

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio n. 7-2007/E

Questioni in tema di titolo esecutivo per il rilascio

Approvato dalla Commissione Esecuzioni Immobiliari e Attività Delegate il 2 febbraio 2007

SINTESI

Condizione minima ed essenziale per l'esistenza di un titolo esecutivo per consegna/rilascio è che l'obbligazione di consegna risulti in modo chiaro e non equivoco dal tenore dell'atto. Non è quindi sufficiente che l'obbligo risulti previsto da una norma di legge, ancorché pianamente applicabile in via di integrazione al rapporto contrattuale.

È dubbio che conferisca valore esecutivo all'atto pubblico la clausola tradizionale di "immissione dell'acquirente nel possesso dell'immobile, con decorrenza degli effetti dalla data del rogito" (o altra equivalente), in cui la giurisprudenza tende a ravvisare nulla più che una clausola di stile.

In ogni caso, mentre è piuttosto sicuro che tale clausola abbia per scopo di regolare il trapasso del possesso giuridico della cosa (*jus possidendi*) e di distribuire vantaggi e pesi della proprietà, è assai più dubbio che essa sia intesa a ribadire all'interno del contratto l'obbligo legale di consegna e quindi conferisca all'atto il valore di titolo esecutivo per il rilascio.

La riforma dell'art. 474 c.p.c. esige quindi un mutamento di prospettiva: il notaio è chiamato a indagare gli accordi tra le parti in merito ai tempi e modi di consegna e, nel caso in cui la consegna non sia anteriore o contestuale al rogito, a inserire nell'atto una pattuizione idonea a dare all'acquirente l'azione esecutiva per rilascio.

Lo studio passa poi ad analizzare alcuni consolidati orientamenti della giurisprudenza in materia di esecuzione per consegna/rilascio: la qualità di esecutato spetta a colui che ha il possesso reale o la detenzione del bene da rilasciare; l'ordine di consegna/rilascio ha efficacia *erga omnes*, può essere cioè *legittimamente* portato a esecuzione nei confronti di qualsiasi terzo si trovi nella materiale disponibilità del bene, ancorché non nominato nel titolo esecutivo; il terzo può reagire all'esecuzione soltanto facendo valere un diritto autonomo al godimento del bene, opponibile al procedente, e pertanto nessuna tutela compete, in linea di principio, all'occupatore *sine titulo*.

L'applicazione di questi argomenti al titolo esecutivo notarile potrebbe – in linea teorica e all'esito di un'approfondita rivisitazione della materia – portare alla conclusione che, ai fini dell'efficacia esecutiva dell'atto pubblico, sia sufficiente l'attestazione che l'immobile è abusi-

vamente occupato, poiché ciò equivarrebbe ad affermare che la pretesa del compratore a ricevere la materiale detenzione del bene è ancora insoddisfatta.

È tuttavia dubbia la compatibilità di queste conclusioni con la naturale efficacia *inter partes* del contratto, limite questo assolutamente connaturato all'autonomia privata.

Infine, lo studio analizza i poteri-doveri del notaio richiesto di spedire l'atto in forma esecutiva e individua l'oggetto del controllo formale di esistenza del titolo nella verifica che l'atto rientri formalmente nella previsione dell'art. 474 c.p.c. e abbia ad oggetto un'obbligazione *astrattamente* suscettibile di essere eseguita. Ogni altra questione (esigibilità della prestazione, esistenza di condizioni ostative etc.) è estranea ai poteri-doveri del notaio, che non può quindi rifiutare il rilascio della copia esecutiva, né incorrere in responsabilità nei confronti di terzi.

SOMMARIO: 1. I QUESITI - 2. CONDIZIONI DI ESISTENZA DEL TITOLO ESECUTIVO PER CONSEGNA/RILASCIO - 2.1. *Scopo della riforma dell'art. 474 c.p.c.* 2.2. *Per essere eseguibile l'obbligazione di consegna/rilascio deve risultare in modo non equivoco dal tenore dell'atto* 2.3. *Precedenti giurisprudenziali in materia.* - 3. INSUFFICIENZA DELLA CLAUSOLA TRADIZIONALE DI TRASMISSIONE DEL POSSESSO 3.1. *Casistica contrattuale in materia di trasmissione del possesso nella vendita (consegna, traditio brevi manu, costituito possessorio etc.)* 3.2. *La clausola tradizionale di trasmissione del possesso ha natura di stile* 3.3. *(Segue) ... essa non attribuisce valore esecutivo all'atto pubblico. Esempio di formulazione idonea ai fini esecutivi* 3.4. *Risposta ai quesiti.* - 4. ORIENTAMENTI IN MATERIA DI PROCESSO ESECUTIVO PER CONSEGNA/RILASCIO 4.1. *L'esecuzione per consegna/rilascio deve farsi contro colui che ha la materiale disponibilità del bene* 4.2. *Il titolo esecutivo per consegna/rilascio ha efficacia erga omnes, salvo il terzo titolare di un diritto opponibile al precedente* 4.3. *Riflessioni critiche sui limiti alla difesa del terzo nel processo di esecuzione per consegna/rilascio.* - 5. SE TALI ORIENTAMENTI POSSANO APPLICARSI ALL'ESECUZIONE PROMOSSA IN BASE A TITOLO STRAGIUDIZIALE 5.1. *Il soggetto passivo dell'esecuzione* 5.2. *L'efficacia erga omnes e le difese spettanti al terzo.* - 6. CONTROLLI DI COMPETENZA DEL P.U. RICHIESTO DI RILASCIARE COPIA ESECUTIVA 6.1. *La perfezione formale del titolo giudiziale richiesta dall'art. 153 disp. att. c.p.c..* 6.2. *Applicazione del principio all'atto pubblico notarile: è sufficiente che l'atto contenga un'obbligazione astrattamente suscettibile di essere eseguita* 6.3. *Risposta ai quesiti.* - 7. RESPONSABILITÀ DEL NOTAIO PER INDEBITO RILASCIO DI COPIA ESECUTIVA 7.1. *Fondamento e limiti della responsabilità del pubblico ufficiale* 7.2. *Possibile esonero da responsabilità per oggettiva dubbio della questione.*

1. I quesiti

Sono pervenuti all'Ufficio studi due quesiti concernenti l'applicazione del nuovo art. 474 comma 3 c.p.c. (nel testo da ultimo modificato dalla legge 28 dicembre 2005 n. 263), nella parte in cui prevede che "l'esecuzione forzata per consegna o rilascio non può aver luogo che in virtù dei titoli esecutivi di cui ai numeri 1 e 3 del secondo comma" e quindi attribuisce oggi all'atto pubblico valore di titolo esecutivo per il rilascio.

In entrambi i casi, il venditore ha dato atto nel rogito che l'immobile compra-

venduto "è in stato di occupazione abusiva", si trova nella disponibilità di un possessore *sine titulo* che non ha preso parte all'atto, né ha assunto alcun impegno a rilasciare l'immobile all'acquirente. Nonostante ciò, le parti hanno pattuito la consueta clausola, in base a cui "gli effetti giuridici del presente contratto, ivi compresa l'immissione nel possesso del bene compravenduto, decorrono dalla data odierna".

L'acquirente ha quindi richiesto al notaio rogante il rilascio di copia esecutiva, al fine di procedere all'esecuzione forzata nei confronti dell'occupante abusivo allegando a fondamento della richiesta il pregiudizio al diritto di proprietà che il rifiuto di rilascio della copia esecutiva implicherebbe, la costante giurisprudenza di legittimità, che riconosce efficacia *erga omnes* all'ordine giudiziale di rilascio, la mancanza del potere del notaio rogante di esercitare un controllo sull'idoneità dell'atto a valere quale titolo esecutivo.

2. Condizioni di esistenza del titolo esecutivo per consegna/rilascio

La prima questione in ordine logico consiste nell'individuazione delle condizioni minime ed essenziali affinché gli atti di cui ai nn. 1 e 3 dell'art. 474 c.p.c. (sentenza e altri provvedimenti dell'autorità giudiziaria; atto pubblico) abbiano valore di titolo esecutivo per la consegna o rilascio.

2.1. Scopo della riforma dell'art. 474 c.p.c.

Alla compravendita segue, oltre al trasferimento della proprietà, anche l'obbligazione personale di consegna della cosa compravenduta (art. 1476 n. 1 c.c.) ed è fuori discussione che le riforme del 2005, estendendo agli atti pubblici l'eseguibilità dell'obbligo di consegna e rilascio, hanno inteso fornire all'acquirente uno strumento più rapido ed efficace di tutela dei suoi diritti *ex contractu*, esonerandolo dall'onere di iniziare un ordinario giudizio di cognizione per ottenere il materiale possesso della cosa (immobile, azienda etc.) oggetto del contratto.

2.2. Per essere eseguibile l'obbligazione di consegna/rilascio deve risultare in modo non equivoco dal tenore dell'atto

E tuttavia, come già è stato affermato in altro studio **(1)**, "non è sufficiente ai fini dell'eseguibilità forzata che l'obbligazione di consegna/rilascio sia prevista da una disposizione di legge – ancorché pianamente applicabile al rapporto come fonte integrativa del regolamento contrattuale *ex art. 1374 c.c.* – ma è necessario che sia *contenuta* nello stesso titolo negoziale (come s'esprime l'art. 474 c.p.c. con riguar-

do alle obbligazioni pecuniarie), cioè *risulti in modo non equivoco dal tenore dell'atto*".

In altri termini, non è sufficiente che il contratto, eventualmente integrato dalle norme di legge, inderogabili o dispositive (in specie: l'art. 1476 n. 1 c.c.), ponga la premessa logica e giuridica dell'obbligo di consegna/rilascio, ma è necessario che tale premessa sia sviluppata e portata alle sue conseguenze nel titolo stesso con l'esplicita previsione dell'obbligo di rilascio.

2.3. Precedenti giurisprudenziali in materia

Quest'opinione, non soltanto è pacifica tra i primi interpreti della riforma **(2)**, ma è anche la lineare e conseguente applicazione all'atto pubblico di un principio che la giurisprudenza già ha avuto modo di esprimere decidendo dell'idoneità dei titoli giudiziali all'esecuzione per consegna/rilascio.

Così Cass. 5 settembre 1994 n. 7650 ha statuito che la sentenza che "si limiti a dichiarare lo scioglimento della comunione ereditaria ... senza nulla disporre in ordine al rilascio dei beni" non vale come titolo esecutivo ai fini del rilascio. Ciò, ancorché la divisione giudiziale dia indubbiamente diritto a ciascun dividendo di ottenere, da parte degli altri, il rilascio del lotto assegnatogli.

E ancora, in materia strettamente contigua a quella che ne occupa, Cass. 7 aprile 1978 n. 1616 ha ritenuto che "la sentenza d'appello, con cui, ai sensi dell'art 2932 c.c., si siano prodotti gli effetti di un contratto preliminare di vendita immobiliare e che non contenga alcuna condanna, né al rilascio dell'immobile da parte del promittente-venditore, né al pagamento del prezzo da parte del promittente-compratore ... non è suscettibile di esecuzione forzata" (in senso conforme vedi ancora Cass. 18 dicembre 1997 n. 12817).

Non esiste quindi una differenza di sostanza tra atti giudiziali e notarili: come la sentenza deve pronunciare la condanna al rilascio o il decreto di trasferimento ordinare il rilascio dell'immobile, così l'atto pubblico deve enunciare – in modo chiaro e non equivoco – l'obbligo dell'alienante di trasmettere all'acquirente la detenzione materiale della cosa.

In difetto, tanto gli uni quanto gli altri non sono titolo esecutivo per il rilascio.

3. Insufficienza della clausola tradizionale di trasmissione del possesso

Così delineato il quadro teorico di riferimento, è evidente che soltanto una clausola contrattuale che in modo chiaro e non equivoco enunci l'obbligo dell'alienante di trasmettere all'acquirente la detenzione materiale della cosa può attribuire

all'atto pubblico il valore di titolo esecutivo per consegna/rilascio.

L'idoneità a tale scopo della clausola di "immissione dell'acquirente nel possesso dell'immobile, con decorrenza degli effetti dalla data del rogito" (o altra equivalente) è quantomeno dubbia.

3.1. *Casistica contrattuale in materia di trasmissione del possesso nella vendita (consegna, traditio brevi manu, costituito possessorio etc.)*

È anzitutto da evidenziare e sottolineare, sia pure senza pretesa di completezza, l'ampia gamma di situazioni che si presenta nella prassi negoziale.

a) Può essere che la consegna avvenga (materialmente o con *traditio* simbolica) contestualmente al rogito o che già sia avvenuta (c.d. *traditio brevi manu*) **(3)**: in entrambi i casi il venditore ha già adempiuto all'obbligazione ex art. 1476 n. 1 c.c. e non è tenuto ad ulteriori prestazioni in base al contratto.

b) Può essere, al contrario, che le parti abbiano convenuto di lasciare la cosa a mani del venditore, affinché la detenga *nomine emptoris* (c.d. costituito possessorio). A sua volta l'accordo può sottendere una detenzione soltanto precaria, con l'obbligo del venditore di consegnare la cosa al compratore a semplice richiesta.

c) O, ancora, l'accordo può attribuire al venditore un possesso e/o detenzione stabile (c.d. qualificata), quando le parti abbiano convenuto di riservare al venditore un diritto reale o personale di godimento sul bene compravenduto (usufrutto, locazione, comodato etc.). Col che, è evidente che la prestazione dovuta dal venditore s'è esaurita con il costituito possessorio e che l'acquirente potrà conseguire la disponibilità materiale della cosa soltanto quando sia cessato il diritto di godimento e in base alla relativa disciplina (morte dell'usufruttuario, scadenza del termine di durata del contratto, sfratto per morosità etc.).

d) Infine, non può neppure escludersi che, al momento del rogito, nessuna delle parti abbia la materiale disponibilità della cosa, perché la stessa si trova a disposizione di un possessore o detentore *sine titulo*. Il venditore è quindi obbligato, ai sensi dell'art. 1476 n. 1 c.c., a recuperare la cosa per farne consegna all'acquirente, ma non è in grado di adempiere a tale obbligazione se non per il tramite di un'azione giudiziale **(4)**.

Il problema dell'efficacia esecutiva dell'atto pubblico di compravendita ha quindi ragione di porsi pressoché soltanto per i casi sopra enunciati "b" (costituito possessorio precario) e "d" (occupazione del terzo).

3.2. *La clausola tradizionale di trasmissione del possesso ha natura di stile*

Data una tale eterogeneità di situazioni, è lecito dubitare che la clausola di trasmissione del possesso faccia – e prima ancora intenda fare – chiarezza in merito ai reali accordi tra le parti in merito alla consegna materiale della cosa.

Anzi, essa ricorre con tanta frequenza nella prassi negoziale, senza alcuna apprezzabile variazione di linguaggio nonostante la varietà di situazioni di fatto, che la giurisprudenza – non a torto – tende a svalutarne la portata, riducendola a una semplice clausola di stile **(5)**.

La svalutazione della pattuizione è implicita nell'orientamento giurisprudenziale che:

a) nega l'esistenza di un costituito possessorio implicito nella compravendita **(6)**;

b) esige un *quid pluris*, sia essa una clausola *ad hoc* o un comportamento materiale successivo delle parti, per ritenere provato il trapasso all'acquirente del *corpus possessionis*, ad es. per legittimarlo ad esperire le azioni possessorie **(7)**;

c) afferma, in termini generali, che "nella vendita con effetti reali, una volta concluso il contratto, l'acquirente consegue immediatamente, e senza uopo di materiale consegna, non solo la proprietà, ma anche il possesso giuridico" ma non l'effettivo potere di fatto sulla cosa, che forma oggetto dell'obbligazione di consegna ex art. 1476 n. 1 c.c. del venditore **(8)**.

3.3. (Segue) ... *essa non attribuisce valore esecutivo all'atto pubblico. Esempio di formulazione idonea ai fini esecutivi*

Alla clausola in esame può quindi senz'altro riconoscersi l'effetto di attribuire all'acquirente il possesso giuridico (*jus possidendi*) della cosa, con decorrenza degli effetti dalla data del rogito e di distribuire quindi tra le parti vantaggi e pesi della proprietà.

Per le considerazioni che precedono (eterogeneità delle situazioni, di fatto regolate in modo uniforme dalla clausola di trasmissione del possesso; sua natura di stile) deve invece – almeno in prima approssimazione – ritenersi *estraneo* alla clausola in esame lo scopo di ribadire, all'interno del contratto, l'obbligo legale del venditore di trasmettere al compratore l'effettivo potere di fatto (la materiale detenzione) della cosa compravenduta.

Col che la clausola non sarebbe adeguata a fornire all'acquirente la tutela esecutiva, tanto nei confronti del venditore, quanto nei confronti dei terzi che si trovino materialmente nella detenzione o nel possesso del bene.

È onesto dire che, fino alle riforme del 2005, il tema del trapasso della materiale disponibilità dell'immobile è rimasto ai margini dell'attività adeguatrice del no-

taio: ciò in quanto, nei rari casi in cui la consegna ancora non era avvenuta al momento del rogito, a fronte del rifiuto del venditore o del terzo possessore di consegnare la cosa, il compratore non aveva altro strumento che l'azione giudiziale di condanna all'adempimento del contratto o un'azione petitoria di rivendicazione.

Il nuovo art. 474 comma 3 c.p.c. esige quindi un mutamento di prospettiva: spetta al notaio di indagare gli accordi tra le parti in merito ai tempi e modi di consegna e, nel caso in cui la consegna non sia contestuale al perfezionamento della vendita, di introdurre nell'atto una pattuizione che ribadisce l'obbligo *ex art. 1476 n. 1 c.c.*, al fine di dare all'acquirente lo strumento dell'azione esecutiva per rilascio.

Ad es. la clausola può essere formulata in questi termini: "Il venditore si obbliga nei confronti del compratore e dei suoi successori o aventi causa a rilasciare l'immobile compravenduto a semplice richiesta" (variante: "nel termine di ...").

3.4. *Risposta ai quesiti*

Venendo infine al caso concreto, i motivi di dubbio persistono.

Nessun espresso obbligo di consegna a carico del venditore è statuito nell'atto.

La stessa enunciazione che l'immobile si trova in stato di occupazione abusiva da parte di un terzo è una chiara ammissione che il venditore non è attualmente investito del potere di fatto dell'immobile e non è quindi in condizione di adempiere all'obbligo di consegna, di sua sola iniziativa.

La "immissione nel possesso" è clausola di stile: il rilievo già formulato sopra in termini generali, esce confermato dalla logica considerazione che, se l'immobile è abusivamente occupato da un terzo, il venditore è privo del possesso (anche indiretto), onde è che egli non può trasmettere alcun possesso materiale all'acquirente, meno che mai dalla data del rogito.

4. Orientamenti in materia di processo esecutivo per consegna/rilascio

C'è però un punto, ancora irrisolto, che merita considerazione e che, almeno in linea teorica, potrebbe portare ad una soluzione diversa da quella sin qui prospettata.

Per mettere a fuoco i termini del problema, è necessario partire da alcuni orientamenti, che ormai possono dirsi consolidati, in materia di esecuzione per consegna/rilascio.

4.1. *L'esecuzione per consegna/rilascio deve farsi contro colui che ha la materiale*

disponibilità del bene

In primo luogo, il soggetto passivo dell'esecuzione per consegna/rilascio coincide con colui che ha la materiale detenzione o il possesso del bene da consegnare o rilasciare, sia egli nominato nel titolo esecutivo come obbligato alla prestazione oppure no.

Ciò in quanto "nell'esecuzione per consegna e rilascio – come nell'esecuzione in forma specifica in genere – la qualità di esecutato viene assunta da colui, nella cui sfera giuridica *di fatto* si producono gli effetti tipici dell'esecuzione; e quindi da colui che ha il possesso reale o la detenzione del bene da consegnare o rilasciare. L'esecuzione per consegna e rilascio, infatti, ha una direzione soggettiva che è *oggettiva*, in quanto solo colui che possiede o detiene il bene è in grado di consegnarlo all'avente diritto, e quindi di soddisfare la pretesa esecutiva dell'istante; correlativamente, se l'esecuzione viene condotta a termine, l'unico soggetto che ne può subire gli effetti è colui che aveva il materiale godimento del bene e che perde questo godimento in forza appunto dell'attività esecutiva" **(9)**.

4.2. Il titolo esecutivo per consegna/rilascio ha efficacia erga omnes, salvo il terzo titolare di un diritto opponibile al precedente

In secondo luogo, l'ordine di consegna/rilascio ha efficacia *erga omnes*, può essere cioè *legittimamente* portato a esecuzione nei confronti di qualsiasi terzo si trovi nella materiale disponibilità del bene.

Nella sua formulazione più radicale – seguita in modo stabile dalla giurisprudenza **(10)** – l'efficacia *erga omnes* dell'ordine prescinde dal fatto che il terzo detentore sia titolare di una posizione dipendente da quella della parte obbligata alla prestazione e sia pertanto soggetto – per il combinato disposto degli artt. 2909 c.c. e 111 c.p.c. – all'efficacia, diretta o riflessa, della sentenza **(11)**.

Questa regola generale conosce, in giurisprudenza, un'unica eccezione: che il terzo sia titolare di un diritto autonomo e opponibile al precedente **(12)** – *id est* uno *jus possidendi* o *detinendi* che la parte istante è tenuta a rispettare e non può far cessare tramite l'attività esecutiva dell'ufficiale giudiziario – e faccia valere tale diritto in un giudizio di opposizione all'esecuzione *ex art. 615 c.p.c.* oppure di opposizione ordinaria di terzo *ex art. 404 c.p.c.* **(13)**.

4.3. Riflessioni critiche sui limiti alla difesa del terzo nel processo di esecuzione per consegna/rilascio

All'efficacia *erga omnes* dell'ordine di rilascio e allo stretto limite in cui la giurisprudenza ammette il terzo ad opporsi alla pretesa esecutiva del precedente segue, quale logica conclusione, che il possessore *sine titulo* – non potendo vantare alcuna situazione giuridica opponibile al precedente – non può in linea di massima sottrarre il bene all'esecuzione forzata.

La ragion d'essere di tale orientamento giurisprudenziale riposa su una considerazione eminentemente empirica – evitare che la parte obbligata alla prestazione eluda indefinitamente gli effetti del giudicato a lei sfavorevole facendosi sostituire nella detenzione materiale del bene da un terzo compiacente, che si protesti estraneo agli effetti del titolo esecutivo, onerando così il precedente di procurarsi *ex novo* un titolo nei confronti di quest'ultimo.

S'è tuttavia acutamente **(14)** osservato che un siffatto orientamento – per quanto assolve al bisogno di effettività della tutela giurisdizionale – apre tuttavia una breccia nel sistema, perché:

a) è in aperto conflitto con il principio del contraddittorio, estendendo l'efficacia della sentenza a un terzo che non è stato messo in condizione di partecipare al giudizio di cognizione in cui il titolo esecutivo è stato formato e a cui non può *de plano* estendersi – secondo i principi generali – l'efficacia del *dictum* giudiziale;

b) è parimenti in conflitto con il tradizionale orientamento giurisprudenziale, che individua il "legittimato passivo" nelle azioni recuperatorie (in particolare: nella rivendica) in colui che ha il possesso del bene al momento della proposizione della domanda, tanto che la mancanza di tale requisito è rilevabile anche d'ufficio e implica il rigetto della domanda; l'attore potrebbe infatti scegliersi un contraddittore di comodo per poi far valere il titolo esecutivo ottenuto contro costui nei confronti del vero possessore;

c) è altresì lesivo del diritto di difesa del terzo, poiché il terzo – se convenuto in petitorio – avrebbe potuto difendersi facendo valere la propria situazione di possesso ("*possideo quia possideo*") onerando l'attore di fornire la prova diabolica dell'acquisto della proprietà per titoli di possesso ultraventennali e, al contrario – quale attore in opposizione all'esecuzione – è tenuto a provare un proprio diritto autonomo.

5. Se tali orientamenti possano applicarsi all'esecuzione promossa in base a titolo stragiudiziale

La questione – come s'è detto, ancora da approfondire – è allora se tali orientamenti, formati prevalentemente con riguardo al titolo giudiziale, siano suscettibili di applicarsi anche all'esecuzione per consegna/rilascio fondata sull'atto pubblico notarile.

5.1. *Il soggetto passivo dell'esecuzione*

Può tranquillamente prevedersi l'estensione anche a quest'ultima dell'orientamento dottrinale e giurisprudenziale che riconosce nel materiale detentore del bene il soggetto passivo dell'esecuzione e quindi anche il soggetto che, in quanto potenzialmente pregiudicato dall'attività esecutiva, ha legittimazione a proporre opposizione all'esecuzione.

Il suo fondamento consiste infatti nello stesso modo d'essere della tutela per consegna/rilascio e non dipende dalla natura del titolo fatto valere.

5.2. *L'efficacia erga omnes e le difese spettanti al terzo*

Più difficile è ammettere l'efficacia esecutiva dell'atto pubblico di compravendita nei confronti del terzo possessore *sine titulo*: che è precisamente la questione ricorrente nei casi in esame.

In primo luogo, l'estensione dell'efficacia esecutiva del titolo al terzo presuppone anzitutto che il titolo esista e sia efficace tra le parti dell'atto (o del giudizio). E se dall'atto non risulta l'obbligo del venditore di consegna/rilascio – e quindi l'atto non può valere come titolo esecutivo nei suoi confronti (vedi par. 2 e 3.4.) – è arduo vedere come possa estendersi a un terzo un effetto (soggezione all'azione esecutiva) che non s'è prodotto nei confronti della parte **(15)**.

Per concludere in senso contrario dovrebbe:

a) ammettersi che il presupposto dell'esecuzione per consegna/rilascio consiste (non tanto in un *obbligo* di prestazione della parte nei cui confronti il titolo s'è formato, ma) nell'esistenza di una *pretesa ancora insoddisfatta* dell'avente diritto a conseguire la materiale detenzione della cosa;

b) desumersi l'esistenza di tale *pretesa ancora insoddisfatta* dall'attestazione che l'immobile, alla data del rogito, è abusivamente occupato da un terzo.

Senonché – a parte il fatto che un tale itinerario concettuale richiederebbe un approfondimento dottrinale che è estraneo ai limiti del presente studio – resta pur sempre da considerare, anche in quest'ipotesi, la naturale efficacia *inter partes* del contratto, limite questo assolutamente connaturato all'autonomia privata. Le stesse lucide obiezioni di Luiso all'efficacia *erga omnes* del titolo giudiziale al rilascio valgono quindi, e a maggiore ragione, nei confronti dell'atto pubblico.

Si pensi a questo caso **(16)**. Tizio, pur non avendo perfezionato l'usucapione, si trova pacificamente nel possesso di un immobile, della cui gestione il vero proprietario s'è disinteressato. Caio e Sempronio, interessati a sostituire Tizio nel possesso, non potendolo convenire in giudizio perché sforniti di un titolo di proprietà,

stipulano tra loro una compravendita. Il compratore mette in esecuzione l'atto pubblico nei confronti di Tizio che nulla può opporre alla pretesa al rilascio: ciò almeno seguendo la giurisprudenza che esige dal terzo la prova di un diritto autonomo e opponibile al precedente.

Quindi, delle due l'una: o si nega l'efficacia *erga omnes* delle obbligazioni di consegna/rilascio contenute nel titolo notarile; oppure, ammessa per ipotesi l'efficacia, deve anche ammettersi che il terzo estraneo, assoggettato all'esecuzione, possa difendere il suo possesso nel giudizio di opposizione con le stesse difese ("*possideo quia possideo*" etc.) che gli sarebbero spettate in un'ordinaria causa di cognizione.

6. Controlli di competenza del p.u. richiesto di rilasciare copia esecutiva

La seconda questione in ordine logico concerne l'ampiezza dei poteri di controllo del notaio rogante, richiesto dall'acquirente di spedire l'atto pubblico in forma esecutiva. In particolare, alla luce del quesito posto, se competa al notaio verificare – oltre che (come è pacifico) l'identità del richiedente e la mancanza di una precedente spedizione in forma esecutiva a favore della stessa parte **(17)** – anche che l'atto pubblico sia idoneo a valere come titolo esecutivo.

6.1. La perfezione formale del titolo giudiziale richiesta dall'art. 153 disp. att. c.p.c..

Anzitutto è da premettere che, con riguardo al titolo esecutivo giudiziale, il codice contiene un'unica disposizione (art. 153 disp. att.) a mente della quale "il cancelliere rilascia la copia in forma esecutiva ... quando la sentenza o il provvedimento del giudice è formalmente perfetto".

Nella relazione del guardasigilli al progetto di codice si legge a commento dell'articolo **(18)**: "Nel disciplinare il rilascio del titolo esecutivo (art. 153), ho chiarito che il cancelliere deve spedire la copia in forma esecutiva delle sentenze, in base ad un esame puramente formale della completezza del provvedimento, senza sindacarne il contenuto o l'efficacia sostanziale, poiché una tale indagine darebbe luogo a insuperabili incertezze. In alcuni casi, la parte può trovarsi nell'impossibilità di dimostrare l'efficacia esecutiva della sentenza ... e il cancelliere si vedrebbe spesso costretto ad un accertamento quanto mai arduo. Ho ritenuto pertanto preferibile lasciare alla parte la responsabilità di affermare l'efficacia sostanziale del provvedimento, giacché contro una esecuzione iniziata senza titolo valido è facile il rimedio della opposizione".

L'art. 153 disp. att. e la relazione ministeriale hanno aperto in dottrina un cer-

to dibattito, perché alcuni autorevoli autori hanno ritenuto di non recepirne l'idea centrale: che le questioni attinenti all'efficacia esecutiva dell'atto sono materia di opposizione all'esecuzione e non di controllo preventivo del cancelliere **(19)**.

Nella recente giurisprudenza è dato rinvenire un unico precedente **(20)** che affronti, sia pure forse in un *obiter dictum*, l'ampiezza dei poteri di controllo del cancelliere, concludendo in termini assai prossimi a quelli della relazione ministeriale: "la spedizione del titolo in forma esecutiva non comporta l'accertamento dell'efficacia del titolo esecutivo, né dell'inesistenza di fatti impeditivi o estintivi della azione esecutiva, ma una *verifica formale ... dell'esistenza dello stesso titolo esecutivo*".

6.2. Applicazione del principio all'atto pubblico notarile: è sufficiente che l'atto contenga un'obbligazione astrattamente suscettibile di essere eseguita

Mutuando queste conclusioni per l'atto pubblico, la verifica formale dell'esistenza del titolo esecutivo esige quindi dal notaio rogante solo e soltanto il controllo che: *a)* l'atto rientri formalmente nella previsione dell'art. 474 c.p.c. (o di altra equipollente norma di legge); *b)* l'atto abbia per contenuto un'obbligazione *astrattamente* suscettibile di essere eseguita, quindi un obbligo di pagamento di una somma di denaro o un obbligo di consegna/rilascio **(21)**.

Ogni altra questione, attenga essa alla esigibilità della prestazione, all'esistenza di condizioni contrattuali, al soggetto nei cui confronti verrà fatto valere il titolo esecutivo etc. è estranea ai poteri e doveri di controllo del notaio rogante, nel duplice senso che egli non può rifiutare in tali casi il rilascio della copia esecutiva e che non può incorrere in responsabilità nei confronti di terzi per aver ottemperato all'obbligo di legge di rilasciare la copia al richiedente.

6.3. Risposta ai quesiti

Alla luce di queste premesse, riconosciuta (par. 3.4.) l'assenza nei casi in esame di un obbligo di consegna in capo al venditore e quindi l'inesistenza di un titolo esecutivo segue *de plano* il potere e il dovere del notaio rogante di rifiutare la spedizione in forma esecutiva.

7. Responsabilità del notaio per indebito rilascio di copia esecutiva

L'ultima questione in ordine logico concerne la possibile responsabilità del notaio nei confronti del terzo possessore *sine titulo* per aver concorso a creare un *ap-*

parente titolo esecutivo con la spedizione in forma esecutiva di un atto intrinsecamente sprovvisto di tale qualità.

7.1. *Fondamento e limiti della responsabilità del pubblico ufficiale*

In termini generali, la responsabilità – che pure non trova fondamento in un'espressa norma di legge – può in linea teorica derivare dalla clausola generale della risarcibilità del danno cagionato *non jure* **(22)**.

È tuttavia evidente che il danno di cui si discute non può mai consistere nella definitiva privazione della detenzione o possesso dell'immobile da parte del terzo occupante. Se infatti l'atto pubblico spedito in forma esecutiva non ha valore di titolo esecutivo (par. 3.4.), il terzo può impedire il rilascio proponendo opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. (par. 5.1.). Se si astiene dall'agire ciò implica che il danno patito dipende da (anche o soltanto) dal suo comportamento colpevole, con evidente riduzione o esclusione della pretesa risarcitoria.

Il danno risarcibile consiste quindi, a tutto concedere, nelle spese giudiziali sopportate per agire in opposizione e/o negli eventuali pregiudizi *medio tempore* sopportati fino all'ottenimento di una pronuncia favorevole.

7.2. *Possibile esonero da responsabilità per oggettiva dubbio della questione*

In via di fatto, è tuttavia da segnalare che la novità della questione e la mancanza di consolidati orientamenti dottrinali e giurisprudenziali fanno classificare la questione tra quelle obiettivamente incerte per le quali la responsabilità professionale del notaio deve intendersi esclusa **(23)**.

Enrico Astuni

(1) E. ASTUNI, *Novità in materia di titolo esecutivo* (Studio n. 8-2006/E, Studio n. 236-2006/C), disponibile sul sito web www.notariato.it, § 5.2.

(2) Vedi per primo G. PETRELLI, *Atto pubblico, scrittura privata autenticata e titolo esecutivo*, in *Notariato*, 2005, pag. 542 ss., spec. pag. 554-5: "detti obblighi di consegna possono essere espressamente previsti dal contratto, o comunque *desumersi con certezza dal contesto complessivo dell'atto*" (corsivo dell'A.) e, con limpidezza, A. SALETTI, *Le (ultime ?) novità in tema di esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 193 ss. spec. 195: "l'atto pubblico è oggi indiscutibilmente idoneo a giustificare l'esecuzione per consegna o rilascio; bisognerà però, onde possa valere a tal fine,

che dal suo testo risulti esplicitamente lo specifico impegno alla riconsegna o al rilascio". In senso conforme P. DEMARCHI, *Il titolo esecutivo*, in P. DEMARCHI (cur.), *Il nuovo rito civile. Vol. III. Le esecuzioni*, Milano, 2006, 36 e, apparentemente, R. NAPOLEONI, *Il titolo esecutivo e il precetto*, in R. CECHELLA (cur.), *Il nuovo processo di esecuzione*, Milano, 2006, 7.

- (3) Per restare ai casi più frequenti nella pratica, si può pensare alla vendita fatta al conduttore o al promissario acquirente che ha ricevuto la consegna anticipata dell'immobile.
- (4) Vedi per un cenno in tal senso Cass. 9 aprile 1964 n. 823.
- (5) Accenna alla "clausola di stile sulla trasmissione del possesso" Cass. 8 settembre 1970 n. 1301.
- (6) L'orientamento è ormai maggioritario: oltre alla cit. Cass. 8 settembre 1970 n. 1301, vedi Cass. 6 dicembre 1971 n. 3543; Cass. 18 marzo 1981 n. 1613 (in *Giur. it.* 1982, I, 1, 374); Cass. 16 dicembre 1983 n. 7419 (in *Foro it.* 1984, I, 1271, con nota di Pardolesi); Cass. 21 dicembre 1993 n. 12621; Cass. 15 febbraio 1996 n. 1156. In precedenza, nel senso del "costituito possessorio implicito", vedi Cass. 22 giugno 1951 n. 1671 (in *Foro it.* 1952, I, 1639); Cass. 15 giugno 1954 n. 2009; Cass. 8 ottobre 1978 n. 4463; Cass. 18 dicembre 1978 n. 6056. In dottrina, vedi tuttora, in tal senso: F. SANTORO PASSARELLI, *Il trasferimento del possesso nel contratto con efficacia reale*, in *Rass. dir. civ.* 1987, 700; R. SACCO e R. CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato dir. civ. comm.* diretto da Cicu e Messineo, vol. VII, II ed., Milano, 2000, pag. 242 ss.
- (7) Cass. 12 marzo 1984 n. 1693 (in *Foro it.* 1984, I, 1271 con la cit. nota di Pardolesi); Cass. 4 marzo 1993 n. 2660.
- (8) L'inciso virgolettato è di Cass. 25 gennaio 1958 n. 189. In senso pressoché conforme vedi Cass. 9 aprile 1964 n. 823, Cass. 12 dicembre 1975 n. 4080 e la già citata giurisprudenza che, negando l'esistenza del costituito possessorio implicito, conseguentemente afferma che il venditore resta obbligato a consegnare materialmente la cosa al compratore.
- (9) Così F. LUIISO, *Novità della S.C. sulla legittimazione del terzo detentore all'opposizione ex art. 615 c.p.c. nell'esecuzione per consegna e rilascio*, in *Riv. dir. proc.* 1986, 965; in precedenza vedi, dello stesso A., *Efficacia ultra partes dell'ordine di rilascio e opposizione all'esecuzione*, in *Giust. civ.*, 1981, I, 413, e la monografia *L'esecuzione ultra partes*, Milano, 1984, spec. 20 e 410 ss.. Nel medesimo senso vedi *ex multis* E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, III; Milano, 1957, 293; B. SASSANI, *Terzo esecutato, opposizione all'esecuzione, cessazione della materia del contendere*, in *Giust. civ.*, 1986, I, 1035; E. FABIANI, *Brevi note in tema di tutela del terzo nell'esecuzione per consegna o rilascio*, in *Toscana giur.*, 1998, 10.
- (10) Vedi per un'ampia rassegna dell'evoluzione giurisprudenziale e degli argomenti di diritto portati a fondamento dell'esecuzione per consegna/rilascio nei confronti del terzo non indicato nel titolo F. LUIISO, *L'esecuzione ultra partes*, cit., 250 ss. (per la giurisprudenza anteriore al 1942) e 256 ss. (per la giurisprudenza successiva; a pag. 258-9 e in note 178-179 la rassegna delle pronunce che hanno sancito l'efficacia *erga omnes* dell'ordine di rilascio).
- (11) A mero fine esemplificativo, rientrano nella categoria dei terzi titolari di una posizione dipendente: a) l'erede o successore della parte *post judicatum* (art. 2909 c.c.); b) l'acquirente *lite pendente* della *res litigiosa* (art. 111 comma 4 c.p.c.); c) il subconduttore rispetto alla pronuncia resa nei confronti del conduttore (art. 1595 c.c.). Vedi, in ogni caso, per una rassegna completa di ipotesi, G. SCARSELLI, *L'opposizione di terzo all'esecuzione per consegna o rilascio*, in *Dir. giur.*, 1995, 293, spec. 312 ss. e 330 ss.; Id., *La tutela del terzo avverso l'esecuzione per consegna o rilascio*, in *Foro it.*, 1997, I, 2122.
- (12) Tale è ad esempio il conduttore rispetto all'acquirente, quando abbia trascritto il suo titolo in data anteriore all'acquisto (locazione ultranovennale), oppure il contratto di locazione e/o la detenzione dell'immobile abbiano data certa anteriore all'acquisto.
- (13) Questo limite alla tutela del terzo – diritto autonomo e opponibile al precedente – è enunciato nella giurisprudenza recente da Cass. 30 marzo 1992 n. 3860 in *Rass. locaz. condom.* 1995, 125 con

nota di Carrato; Cass. 17 ottobre 1992 n. 11410, in *Arch. loc.* 1993, 63 e in *Giust. civ.*, 1993, I, 3047 con nota di Noviello; Cass. 10 novembre 1993 n. 11090 in *Giust. civ.*, 1994, I, 1591, con nota di Del Santo; Cass. 2 aprile 1997 n. 2869, in *Foro it.*, 1997, I, 2122 (con la cit. nota di Scarselli); Cass. 1 dicembre 1998 n. 12174 in *Fallimento*, 1999, 1004.

Mette infine conto di ricordare che, almeno a partire da Cass. 14 dicembre 1985 n. 6330 (in *Riv. dir. proc.* 1986, 965 e in *Giust. civ.*, 1986, I, 1033, con le cit. note di Luiso e Sassani con citazioni di giurisprudenza anteriore), la giurisprudenza riconosce al terzo assoggettato all'esecuzione per consegna/rilascio la legittimazione a proporre l'opposizione ex art. 615 c.p.c., in precedenza negatagli dalla giurisprudenza maggioritaria. Persistono margini di dubbio circa la concorrenza o alternatività delle opposizioni ex artt. 615 e 404 c.p.c.: per questi aspetti e per una disamina ampia e comprensiva dei rimedi giudiziali spettanti al terzo e dell'evoluzione giurisprudenziale in materia possono consultarsi le opere di dottrina citate nelle note 9 e 11.

- (14) Così F. LUISO, *L'esecuzione ultra partes*, cit., 265 ss.. Quest'autore quindi ammette bensì l'esecuzione *ultra partes* del titolo alla consegna/rilascio ma soltanto nei confronti di coloro che sono assoggettati all'efficacia legale della sentenza. In senso contrario all'opinione di Luiso, vedi G. SCARSELLI, *L'opposizione di terzo*, cit., note 115 e 119.
- (15) Lo stesso G. SCARSELLI, *L'opposizione di terzo*, cit., 334 ss. che pure nega al terzo detentore *sine titulo* il potere di far valere l'inefficacia relativa della condanna a consegnare/rilasciare, gli riconosce però la facoltà di opporsi facendo valere tutti gli eventuali motivi di contestazione in merito che avrebbe potuto far valere il soggetto passivo della pronuncia: ivi compresa quindi la stessa inesistenza e/o inefficacia assoluta del titolo esecutivo.
- (16) In definitiva analogo alle stesse situazioni ipotizzate da F. LUISO, *L'esecuzione ultra partes*, cit., 267 ivi alla nota 199 per dare consistenza pratica alle sue obiezioni.
- (17) Per un accenno in tal senso, con specifico riguardo all'atto pubblico, vedi C. CACCAVALE – G. A. M. TRIMARCHI, *Appunti sul titolo esecutivo notarile*, in *C. N. N. Studi in tema di mutui ipotecari*, pag. 141 ss., spec. 146 e in *Notariato*, 2000, pag. 468 ss..
- (18) SOLMI, *Relazione e progetto definitivo del codice di procedura civile*, Roma, 1939, n. 327.
- (19) È emblematico di questa posizione E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957, 141, secondo cui al cancelliere è fatto divieto di rilasciare copia esecutiva di sentenze: che non portano una statuizione di condanna; prive della clausola di provvisoria esecutività; appellate, salvo prova del rigetto dell'impugnazione; annullate in sede di impugnazione etc.. Vedi ancora, sostanzialmente nel medesimo senso E. GRASSO, *Titolo esecutivo*, in *Titolo esecutivo*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano 1992, pag. 685 ss. spec. 696, che estende il controllo ai requisiti di certezza e liquidità della prestazione contenuta nel titolo ed esclude, coerentemente, la possibilità di spedire in forma esecutiva il titolo se non siano provati l'avveramento della condizione sospensiva, l'esecuzione della controprestazione e perfino la scelta nell'obbligazione alternativa. Con accenti in parte diversi, ma sempre nell'ottica di un ampliamento del controllo del cancelliere al di là della verifica della "formale perfezione" dell'atto giudiziale, A. MASSARI, *Titolo esecutivo*, in *Nss. D. I.*, vol. XIX, Torino 1973, 387-8. In senso decisamente contrario a qualsiasi ampliamento dei poteri di controllo del cancelliere vedi invece F. LUISO, *L'esecuzione ultra partes*, cit., spec. pag. 40 ss. e ivi le note 47-48 (con ampia bibliografia).
- (20) Cass. 5 luglio 1990 n. 7074 (in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Esecuzione in genere*, n. 13): si trattava nella specie di un decreto di trasferimento emesso in una procedura esecutiva, che l'aggiudicatario aveva azionato senza farvi apporre la formula esecutiva. La Cassazione, qualificato il ricorso come opposizione agli atti, ne ha pronunciato l'inammissibilità per decorrenza del termine. La massima riportata nel testo è pertanto un semplice *obiter dictum*.
- (21) In tal senso vedi C. CACCAVALE – G. A. M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 146 e *passim* che esattamente traggono da tale premessa la conclusione che non spetta al notaio verificare l'avveramento della

condizione o l'esigibilità della prestazione e che ogni altro, più incisivo controllo implicherebbe il suo sconfinamento nelle attribuzioni riservate all'autorità giudiziaria.

(22) C. CACCAVALE – G.A.M. TRIMARCHI, *op. cit.*, pag. 148 s..

(23) Per un accenno in tal senso vedi P. FAUSTI, *Copia esecutiva e scrittura privata autenticata*, in *Federnotizie*, 2005, nel testo e alla nota 15, il quale rileva nel testo che "l'apposizione della formula esecutiva non è atto vietato" e in nota che anche il mancato rilascio del titolo potrebbe dare causa a responsabilità professionale nei confronti dell'avente diritto al rilascio e che la responsabilità, nei confronti di ambo le parti, deve in ogni caso ritenersi esclusa in caso di obiettive ragioni di incertezza interpretativa.

(Riproduzione riservata)