



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova  
Dipartimento di Diritto Comparato

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO INTERNAZIONALE  
E DIRITTO PRIVATO E DEL LAVORO  
INDIRIZZO: DIRITTO PRIVATO NELLA DIMENSIONE EUROPEA  
CICLO XXIII

**LA FATTISPECIE ACQUISITIVA DELL'ART. 2644 C.C.  
SUL CONCETTO DI ACQUISTO A TITOLO DERIVATIVO**

Direttore della Scuola : Ch.ma Prof.ssa Manuela Mantovani  
Coordinatore d'indirizzo: Ch.mo Prof. Giuseppe Amadio  
Supervisore: Ch.mo Prof. Prof. Giuseppe Amadio

Dottorando: Andrea Todeschini Premuda



## NOTE INTRODUTTIVE

<b>Lo spunto per l'indagine.....</b>	<b>V</b>
--------------------------------------	----------

### CAPITOLO I

#### L'EVOLUZIONE DEL CONSENSUALISMO

<b>1.1. Il Diritto Romano.....</b>	<b>.....</b>
<b>1.2. Il Diritto Intermedio.....</b>	<b>7</b>
<b>1.3. Il Giusnaturalismo e l'epoca delle codificazioni.....</b>	<b>8</b>
<b>1.4. Il codice civile del 1942: il principio del consenso traslativo e il sistema della trascrizione.....</b>	<b>12</b>

### CAPITOLO II

#### GLI EFFETTI DELLA TRASCRIZIONE EX ART. 2644 C.C.: LE PRINCIPALI TEORIE

<b>2.1 La tesi anticonsensualista.....</b>	<b>22</b>
<b>2.2 Le teorie relativistiche:</b>	
2.2.1 la trascrizione quale requisito di opponibilità del diritto.....	29
2.2.2 La teoria della proprietà relativa.....	33
2.2.3 La teoria dell'inefficacia relativa.....	40
<b>2.3 Critica alla teorie relativistiche: l'opponibilità <i>erga omnes</i> (normativa) come tratto caratterizzante la figura del diritto reale.....</b>	<b>42</b>
<b>2.4 La teoria dell'efficacia processuale della trascrizione e conseguente critica.....</b>	<b>63</b>

<b>2.5 La teoria della <i>condicio iuris</i> risolutiva. L'impostazione tradizionale: la retroattività della vicenda risolutoria.....</b>	<b>68</b>
<b>2.6. Il problema della retroattività dell'effetto risolutorio</b>	
2.6.1 Proposta per una diversa soluzione.....	74
2.6.2 L'unitarietà del fenomeno condizionale volontario.....	78
2.6.3 <i>Condicio iuris</i> (risolutiva).....	83

### **CAPITOLO III**

#### **ACQUISTI A TITOLO ORIGINARIO ED ACQUISTI A TITOLO DERIVATIVO**

<b>3.1 La nozione di acquisto.....</b>	<b>97</b>
<b>3.2 Acquisti a titolo originario e Acquisti a titolo derivativo: conferma di una (normativa) distinzione.....</b>	<b>107</b>
<b>3.3 L'acquisto del secondo acquirente come acquisto a non domino.....</b>	<b>121</b>

### **CAPITOLO IV**

#### **L'ACQUISTO DEL SECONDO ACQUIRENTE COME MODO DI ACQUISTO A NON DOMINO A TITOLO DERIVATIVO: SPUNTI RICOSTRUTTIVI**

<b>4.1 La derivatività dell'acquisto dell'avente causa successivo....</b>	<b>141</b>
<b>4.2 La posizione del primo e del secondo acquirente.</b>	
4.2.1 L'acquisto del primo acquirente prima della trascrizione e l'inefficacia portata dalla prioritaria trascrizione di altro acquisto incompatibile. L'opponibilità del diritto e gli atti dispositivi.....	151
4.2.3 In particolare la concessione di diritti personali di godimento.....	.. 157

4.2.4 Conferma della “opponibilità” del primo acquisto.....	163
<b>4.3 La duplice funzione della trascrizione nella ricostruzione proposta.....</b>	<b>164</b>
<b>4.4 Il rapporto tra l’acquisto del secondo acquirente primo trascrivente e il fenomeno dell’usucapione abbreviata: autonomia dei due istituti.....</b>	<b>166</b>
<b>4.5 L’acquisto del secondo acquirente come vendita di cosa altrui e il problema della donazione.....</b>	<b>179</b>

## **INDICE BIBLIOGRAFICO**

<b>Bibliografia.....</b>	<b>191</b>
--------------------------	------------



## ESPOSIZIONE RIASSUNTIVA

Dopo una breve analisi preliminare di carattere storico, condotta a partire dal diritto romano classico, sulle modalità attuative del trasferimento della proprietà, l'indagine affronta la delicata problematica del rapporto tra il principio del consenso traslativo, come codificato dall'art. 1376 c.c., e le norme in materia di trascrizione degli acquisti immobiliari, con particolare riguardo al sistema normativo delineato dall'art. 2644 c.c.

Il problema è quello del coordinamento delle due norme e dell'individuazione di una soluzione che, nell'applicazione della disciplina dettata in materia di trascrizione, finisca per non obliterare la rilevanza del (solo) consenso al fine del verificarsi della vicenda reale.

Attraverso una verifica critica delle principali elaborazioni teoriche sul punto, si giunge a negare valenza non solo alle teorie marcatamente anticonsensualistiche ma anche alle c.d. teorie relativistiche, viceversa confermando l'idoneità del solo consenso (prima e a prescindere dalla formalità pubblicitaria) al trasferimento di un diritto reale immobiliare.

Si prende poi in esame la c.d. teoria della condizione legale risolutiva, che costruisce la prioritaria trascrizione del secondo acquisto come *condicio iuris* risolutiva della prima vicenda, specie al fine di salvare la retroattività di tale risoluzione, considerata come l'unico strumento compatibile con la natura derivativa del secondo acquisto. Anche di questa ricostruzione si criticano gli esiti, e in ispecie la (supposta) necessaria correlazione tra provenienza *a domino* e derivatività dell'acquisto, considerata quale logico presupposto della retroattività della risoluzione.

Lo studio prosegue quindi in una duplice direzione. In primo luogo esso prosegue nel tentativo di dimostrare l'inapplicabilità al fenomeno in esame della disciplina dettata in materia di condizione volontaria risolutiva.

In secondo luogo la ricerca si propone di delineare con maggior precisione i confini tra acquisti a titolo derivativo e acquisti a titolo originario, giungendo a sostenere che l'ascrizione all'una o all'altra categoria prescinda dal

requisito della previa titolarità del diritto ceduto in capo al dante causa e trovi, invece, il suo fondamento nella disciplina normativa riservata alla posizione dell'avente causa.

Qualora lo statuto normativo applicabile a quest'ultimo sia conforme a quello già riconosciuto al dante causa, sarà possibile ritenere il secondo acquirente primo trascrivente avente causa, ancorché *a non domino*, pur sempre a titolo derivativo; e nel contempo si potrà giungere a qualificare l'acquisto del primo acquirente, non tempestivamente trascritto come colpito da inefficacia successiva non retroattiva di fonte legale.

Gli esiti della ricostruzione vengono quindi messi alla prova (e confermati) mediante il raffronto con alcune situazioni che potrebbero in concreto verificarsi in presenza di una doppia alienazione immobiliare; in particolare viene verificata l'interferenza della disciplina dell'art. 2644 c.c. con l'esistenza o la costituzione di diritti (sia reali sia personali) di godimento sul bene oggetto del duplice atto di disposizione.

Il fenomeno così ricostruito viene, infine, posto a confronto con la vicenda acquisitiva (per certi versi assimilabile) dell'usucapione abbreviata immobiliare, il cui operare presuppone, tuttavia, requisiti ulteriori, come la buona fede, il possesso e il decorso del tempo.

E sul punto si conclude, affermando che la differenza di disciplina altro non è se non l'espressione di una diversità strutturale delle due vicende, essendo quello del secondo acquirente primo trascrivente un acquisto a titolo derivativo, proveniente pur sempre da un *ex dominus*, e dovendosi, viceversa, ricondurre l'usucapione abbreviata nell'alveo dei fenomeni acquisitivi di tipo originario.

## ABSTRACT

After a brief historical analysis of the different methods of selling real estate, starting from the classical Roman times, we have investigated the delicate issue of the relationship between translative consensu, as provided for in art.1376 Civil Code, and the laws relating to the transcription of real estate purchases, with particular attention to the laws indicated under art. 2644 Civil Code.

The problem is co-ordinating the two norms and detecting a solution which does not erase the relevance of consensus (exclusively) to sell real estate, during the application of the transcription laws.

By means of a critical ascertainment of the main theoretical analyses involved, we end up negating the value not only of the clearly anti-consent theories but also of the so-called relative theories – confirming, on the contrary, the suitability of the consensus itself (before and regardless of transcription) to sell real estate.

We have then analyzed the so called theory of resolutory legal condition, which creates the previous transcription of the second purchase as a resolutory *condicio iuris* of the first purchase; especially in order to save the retroactive power of such a resolution, which is considered the only instrument compatible with the derivative nature of the second purchase.

The study then goes in two directions. First, it continues in an attempt to demonstrate that the provisions laid down in the field of voluntary termination condition are inapplicable to the phenomenon involved.

Secondly, the research aims to define more precisely the boundaries between original purchases and derivative purchases, coming to claim that the ascription to one or the other category disregards the requirement of the seller's prior ownership of the right, and has instead its foundation in the discipline that law reserves to the position of the successor.

When the law status that applies to the latter is in compliance with the one already recognized for the seller, it will be possible to consider the second buyer first transcriber as a successor, though *a non domino*, still derivative; and at the same time it will be possible to qualify the purchase of the first purchaser, as ineffective because not promptly transcribed.

The results of the reconstruction are then tested (and confirmed) by comparing them with some situations that may occur in the concrete case of a double alienation of real property, in particular the interference of the discipline of art.

2644 Civil Code is analyzed considering the existence or creation of rights (both real and personal) on the asset to which the double act of disposal is referred.

The phenomenon is finally compared with another (in some ways similar) purchase: the abbreviated *usucapio* of real estate, the occurrence of which requires, however, additional requirements, such as good faith, the possession and the passing of time.

We have concluded by saying that the difference of discipline is but the expression of a structural diversity of the two events: being the purchase by the first transcriber second buyer a derivative purchase, anyway deriving from an *ex dominus*, and being, on the other hand, necessary to ascribe the abbreviated *usucapio* to the category of the original purchases.

## NOTE INTRODUTTIVE

### LO SPUNTO PER L'INDAGINE

Le opinioni più recenti in punto di effetti della pubblicità immobiliare e di rapporto tra la disciplina dell'art. 2644 c.c. e il principio consensualistico positivizzato dall'art. 1376 c.c., tendono a ricostruire la dinamica della prevalenza del secondo acquirente primo trascrivente riconoscendo alla prioritaria trascrizione la valenza di evento al verificarsi del quale il negozio del primo acquirente non (o secondo) trascrivente verrebbe retroattivamente a perdere i suoi effetti. In altre parole in omaggio alla c.d. efficacia dichiarativa e non costitutiva della trascrizione ogni atto produttivo di uno degli effetti derivativi o costitutivi di cui al combinato disposto degli artt. 2644 c.c. e 2645 c.c. viene ricondotto ad una fattispecie negoziale che sarebbe risolutivamente condizionata *ex lege* al verificarsi di una prioritaria trascrizione di altro atto il quale, benché successivo, sarebbe diretto ad un effetto (potenzialmente) incompatibile.

Questa ricostruzione viene in qualche modo ritenuta necessitata da un supposto principio logico. Dal momento che, difatti, comunemente si ritiene che il secondo acquirente primo trascrivente sia avente causa dal (comune) autore, conseguentemente, o si ritiene che fino alla trascrizione dell'atto di disposizione il dante causa, pur privo di titolarità, conservi una residua legittimazione ovvero deve ritenersi che, appunto, il primo acquirente abbia acquistato *a domino* dal comune autore e che ciò sia possibile solo perché il verificarsi della condizione legale abbia determinato un retroattivo venir meno dell'atto di disposizione cronologicamente anteriore, ed un conseguente retroattivo riacquisto, ancorché solo logico, di titolarità e legittimazione del dante causa comune.

E' stato, tuttavia, correttamente osservato dal Gabrielli (*Sul modo di operare della pubblicità a norma dell'art. 2644 c.c.*), come questo assunto mal si concilia col principio consensualistico di cui all'art. 1376 c.c. e sia causa dell'insorgere di molte delle contraddizioni e delle difficoltà

che accompagnano la comprensione logica del fenomeno in esame. La contraddizione sembra, in altre parole, trovare il proprio fondamento nel radicato convincimento che l'acquisto del secondo acquirente primo trascrivente sia a titolo derivativo e quindi necessariamente *a domino*.

Lo spunto dell'indagine nasce quindi dall'osservazione del Gabrielli il quale, dopo aver esposto alcune, paradossali, conseguenze che si avrebbero ove la risoluzione del primo acquisto fosse effettivamente retroattiva, provocatoriamente osserva come l'asserzione per cui l'acquisto *a non domino* sia un acquisto a titolo originario, sia tutta da dimostrare ed anzi i dati positivi forniti dal nostro ordinamento sembrano portare verso l'opposta direzione.

Da questa considerazione è quindi partita la presente analisi, tesa a verificare la natura derivativa od originaria di quel particolare acquisto *a non domino* che, in omaggio al principio consensualistico, ricorre quando il secondo acquirente per primo trascrive. Alla luce delle conclusioni che alle quali si è ritenuto di giungere sul punto si è tentato di rivedere alcuni tratti salienti della disciplina della trascrizione immobiliare ed, in ispecie, il rapporto tra immediatezza ed assolutezza dei diritti reali e la disciplina della pubblicità immobiliare.

## Capitolo I

### L'EVOLUZIONE DEL CONSENSUALISMO

#### 1.1 DIRITTO ROMANO

La vicenda giuridica che si concreta nel prodursi di un effetto reale a titolo derivativo e, quindi, - volendo mutuare una terminologia di stampo soggettivistico - nel trasferimento di quella che viene ritenuta la *medesima* situazione giuridica<sup>1</sup> (o una situazione giuridica c.d. minore,

---

<sup>1</sup> Sul fenomeno dell'acquisto del diritto e sulla sua collocazione nell'ambito della teoria generale del diritto si tornerà nel prosieguo del presente lavoro. Preme fin da principio rilevare, tuttavia, come le nozioni di diritto, di soggetto di trasferimento, di situazione giuridica o simili vengono e verranno utilizzati con finalità meramente descrittive esplicando esse in tal modo una funzione comunque imprescindibile e per la quale si rivelano ancora insostituibili: non sarebbe altrimenti possibile spiegare e trattare dei fenomeni giuridici. La rilevanza, in senso atecnico, della richiamata terminologia, deve tuttavia arrestarsi a questo: a strumento volto ad aiutare la comprensione del fenomeno giuridico. In questo, si vuole fin da subito evidenziare la necessità, che abbiamo fatto propria, di evitare di cadere nello "equivoco sostanzialista" (la formula, così come le successive parole ricomprese tra virgolette, è tratta da AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, p. 391) nell'ambito del quale vi è la tendenza all'entificazione soggettiva dei concetti giuridici tale da indurre a riconoscere "spessore ontologico a situazioni che altro non esprimono se non l'operare di una determinata disciplina". La prospettiva che, non senza alcune iniziali incertezze, abbiamo ritenuto di accogliere e porre alla base del nostro ragionamento è, quindi, quella di stampo analitico - oggettivo che suole essere definita, in una delle sue varianti, come "valutazione normativa dei comportamenti" per la cui più recente ricostruzione si può fare riferimento a IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, p. 64 ss.; ID., *Sul concetto di titolarità*, in *Rivista di diritto civile*, 1970, p. 501 ss.; ID., voce "Rilevanza giuridica", in *Novissimo Digesto italiano*, XV, Torino, 1968, p. 1094 ss., ultimi due contributi ora in *Norme e fatti*, Milano, 1984, p. 3 ss., da cui la formula citata tra virgolette e le cui elaborazioni trae, tra l'altro, origine dalle osservazioni di PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche (1919 - 1920)*, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano 1958, pp. 4-5, 10ss., 21ss, 30 s., e di GIULIANO, *Norma giuridica, diritto soggettivo ed obbligo giuridico*, rist. Bologna, 1965, p. 16 ss.. Sul punto non può omettersi di menzionare anche l'importante contributo fornito da ZATTI *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975. In questa prospettiva il concetto giuridico, evocato dalla terminologia di volta in volta utilizzata, viene *dopo* e *non prima*, quasi fosse un *a priori* concettuale, della disciplina concretamente dettata dall'ordinamento - in termini, appunto, di valutazione normativa dei comportamenti - per disciplinare e

ricompresa in quella del dante causa), tal come era conformata in capo al precedente titolare, si attua attraverso fattispecie nell'ambito delle quali, in epoche ed in ordinamenti diversi, viene riconosciuto l'effetto traslativo del diritto soggettivo, ovvero, in altre parole, viene riconosciuto all'avente causa il medesimo statuto normativo già attribuito, dall'ordinamento al suo autore<sup>2</sup>.

Attualmente il nostro ordinamento giuridico, eccettuati i territori delle c.d. nuove province<sup>3</sup>, ove mantiene vigenza il sistema tavolare di impronta asburgica fondato sul valore costitutivo dell'iscrizione nei libri fondiari (intavolazione),

---

descrivere singoli fenomeni aventi in un dato ordinamento rilevanza giuridica. Avverte IRTI (*Norme e fatti*, cit., p. 32, richiamando GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, p. 58, 140 s.) che “*i concetti sono in funzione della norma alla quale appartengono. Essi esistono soltanto come concetti adoperati dal legislatore: in sé e per sé, non hanno valore*”. Il pensiero di IRTI può ricondursi all'applicazione di un metodo di approccio analitico che si deve ai fondamentali studi di HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1966; BOBBIO, *Scienza del diritto ed analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pp. 432 ss.; SCARPELLI, *La definizione nel diritto, n Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976, p. 183 ss. Si vedano anche gli spunti offerti CATAUDELLA, voce “*Fattispecie*”, in *En. Dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 836 ss.; ID., *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1962, p. 447 ss.

<sup>2</sup> Per un'esauriente analisi storico comparativa si può fare riferimento a GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959, p. 3 ss.

<sup>3</sup> Si tratta dei territori già parte dell'impero austroungarico ed annessi al territorio italiano solo come conseguenza della prima guerra mondiale e, quanto alle province orientali, del Trattato di Rapallo del 1920. Il riferimento è, in particolare a tutti i comuni attualmente ricompresi nella Provincia Autonoma di Trento, nella Provincia Autonoma di Bolzano, nella Provincia di Gorizia e nella Provincia di Trieste, nonché ad alcuni comuni ricompresi nella Provincia di Udine, al Comune di Pedemonte (Provincia di Vicenza), ai comuni di Magasa e Valvestino (Provincia di Brescia) ed, infine, in alcuni comuni della Provincia di Belluno: Cortina d'Ampezzo, Colle S. Lucia e Pieve di Livinallongo (sebbene in questo ultimo comune il sistema si presenti in modo leggermente difforme che negli altri territori). Dispone all'uopo l'art. 1 del R.D. 28 marzo 1929 n. 499 (c.d. Legge Tavolare) che “*i libri fondiari, conservati in vigore in forza dell'art. 2 del R.D. 4 novembre 1928, n. 2325, sono regolati dalla legge generale 25 luglio 1871, Bollettino Leggi Imperiali n. 95, nel nuovo testo allegato al presente decreto, firmato, d'ordine Nostro, dal Ministro della giustizia e degli affari di culto. La detta legge si applicherà anche nei territori annessi con il Regio decreto-legge 22 febbraio 1924, n. 211. Sono inoltre conservati in vigore nei territori annessi tutte le altre leggi e regolamenti sui libri fondiari e ferroviari, in quanto compatibili col presente decreto e col nuovo testo della legge 25 luglio 1871, Bollettino Leggi Imperiali n. 95. Nei comuni in cui mancano i libri fondiari rimane temporaneamente in vigore, fino alla istituzione o ricostituzione dei libri stessi, il sistema di archiviazione ora esistente.*”

individua, a coronamento di un percorso evolutivo complesso ed articolato, quale momento necessario e, tuttavia, sufficiente al prodursi di una vicenda effettuale di carattere traslativo – costitutivo, quello del consenso delle parti legittimamente manifestato (art. 1376 c.c.), in ciò accogliendo gli esiti cui era giunta l’elaborazione giuridica sfociata nella produzione del *Code Napoleon* (1804), come trasposta nel codice civile *post* unitario del 1865.

Com’è noto il principio del consenso traslativo costituisce un’acquisizione del pensiero giuridico relativamente recente<sup>4</sup> che trae origine da una molteplicità di variabili storiche e percorsi ricostruttivi, peraltro, nemmeno universalmente condivisi, sotto il profilo comparatistico, in tutti gli ordinamenti di derivazione romanistica, (basti pensare, a titolo esemplificativo, alla disciplina presente in Germania ed in Austria i cui ordinamenti giuridici pure derivano, analogamente al nostro, dal pensiero antico romano e dalla sua lenta, ma costante evoluzione nel periodo intermedio).

Nel diritto romano, assumendo quale paradigma di ogni vicenda reale il trasferimento del diritto di proprietà su di un bene, quella che oggi chiameremmo vicenda traslativa si attua attraverso una scissione procedimentale articolata in due distinti momenti<sup>5</sup>: il *titulus*, inteso quale fattispecie negoziale fonte dell’obbligo di trasferire il *dominium*, ed il

---

<sup>4</sup> Quanto meno considerando il piano del diritto formale: di fatto la positivizzazione del principio del consenso traslativo, da ricondurre alla corrispondente categoria del contratto traslativo, altro non è che la cristallizzazione di un fenomeno che era nato e si era sviluppato nella realtà dei traffici attraverso l’elaborazione di una serie di artifici e di  *fictio* nell’esercizio di quella che oggi definiremmo autonomia privata (cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*<sup>2</sup>, I, in *Il codice civile – commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1998, p. 2 che parla, con riferimento al contratto traslativo di categoria assurta a “tipicità sociale”. Sul punto si vedano anche gli atti del convegno di Pisa su *Vendita e trasferimento della proprietà*, Milano, 1991).

<sup>5</sup> Si deve sul punto esprimere condivisione del pensiero di avverte che vi è “un effetto distorcente nell’impiego retrospettivo di un apparato concettuale formatosi in epoca recente” (così STOLFI, *Appunti sul c.d. principio consensualistico*, in *Riv. di dir. comm.*, 1977, I, p. 2, ripreso da FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008, p. 8 nt. 2. A sostegno di ciò si v. BURDESE, *Istituzioni di diritto privato romano*<sup>4</sup>, Torino, 1993, rist. 2000, p. 299, che evidenzia come il concetto di trasferimento del diritto di proprietà dall’alienante all’acquirente non è originario anche se ad esso sembra si fosse già pervenuti in età classica).

*modus acquirendi*, inteso quale elemento esterno di investitura formale nella titolarità del diritto, variamente collegato, a seconda delle epoche storiche, sotto il profilo causa, con il *titulus*<sup>6</sup>. Più precisamente è stato rilevato come dall'*emptio venditio*, fonte di effetti esclusivamente obbligatori, non nasca in realtà propriamente l'obbligo di trasferire il diritto reale (obbligazione di *dare* in senso tecnico, che nasceva sicuramente, invece, dalla *stipulatio*), ma solo quella del *vacuum possessionem tradere* e di garantire l'acquirente dall'evizione<sup>7</sup>.

La vicenda traslativa consegue, invece, con la *mancipatio* o con la *in iure cessio*, figure alle quali si aggiunge, per assumere col decorso degli anni preminente rilievo, la *traditio*. Questi modi di trasferimento della proprietà, che possono essere descritti quali formalità solenni alle quali i romani ricollegano la funzione di rendere palese la già intervenuta volontà di dismettere e di acquistare la proprietà, hanno, quale tratto comune distintivo, quello di presupporre, appunto, un accordo (*titulus acquirendi*) che oggi definiremmo quale contratto consensuale ed effetti obbligatori<sup>8</sup>.

In particolare la *mancipatio*, in origine una *gestum per aes et libram*, si configura quale atto traslativo astratto della proprietà su *res Mancipi*. Essa si attua mediante una

---

<sup>6</sup> Quanto detto si trova espresso nel principio per cui *traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* (C. 2, 3, 20).

<sup>7</sup> Sul punto si veda, tra gli altri, BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1987, p. 222 ss. (rist.); Id, *Forme primitive ed evolutive della proprietà romana*, in *Scritti giuridici*, II, Torino, 1918, p. 308 ss.; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Milano, 1928, p. 279 ss.; ARANGIO – RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I, Napoli, 1952, p. 87 ss.; LUZZATO, *L'art 1470 cc. e la compravendita consensuale romana*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1965, p. 897 s.; BURDESE, *Istituzioni di diritto privato romano*, 1993, p. 298 ss. Nella dottrina romanistica contemporanea non mancano, tuttavia, quanti, con opinione attualmente ancora minoritaria, ritengono che dall'*emptio – venditio* sorgesse direttamente un'obbligazione di *dare* in senso tecnico: cfr. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà nel diritto romano*, cit. p. 43; CANNATA, *La compravendita consensuale romana*, cit. p. 426.

<sup>8</sup> Cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*<sup>2</sup>, cit., p. 9. PUGLIESE, *La trascrizione. L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, a cura di Giacobbe e La Torre, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1989, p. 185 definisce la *mancipatio* e la *in iure cessio* forme di pubblicità.

dichiarazione solenne con cui il *mancipio accipiens* alla presenza di cinque testimoni e di un *libripens* che ha la funzione di reggere la bilancia, afferma che la cosa era sua da lui comprata col bronzo e con la bilancia. A questa dichiarazione si accompagna, in un primo momento, l'effettiva pesatura del metallo sulla bilancia (il prezzo in bronzo), poi sostituita dalla pesatura simbolica di un pezzetto di bronzo. Il metallo viene quindi consegnato al *mancipio dans* che tace.

Dalla *mancipatio* scaturisce in primo luogo il trasferimento della proprietà sulla *res Mancipi*, ed in secondo luogo la c.d. *auctoritas*, ovvero un vincolo di garanzia per il caso di evizione da parte del *mancipio dans* nei confronti del *mancipio accipiens*<sup>9</sup>.

La *mancipatio* decade in età *post* classica e vede sanzionata legislativamente la sua fine da Giustiniano: nelle fonti giustinianee i riferimenti alla medesima sono, infatti, sostituiti dai riferimenti alla *traditio* e alla responsabilità per evizione<sup>10</sup>.

La *in iure cessio* è un'applicazione a scopo negoziale delle *legis actio sacramento in rem*, avente, per quanto qui interessa, la funzione di determinare il trasferimento del diritto di proprietà sia di *res Mancipi* sia di *res nec Mancipi*. Essa, parimenti da considerarsi quale negozio astratto, si attua mediante una *reivindicatio* effettuata nel tribunale del magistrato giudicante (*in iure*), da parte di chi deve acquistare la proprietà, di fronte al proprietario della medesima il quale, invece che effettuare la *contravindicatio*, tace. A questo consegue l'*addictio* del magistrato che attribuisce il diritto di proprietà al rivendicante<sup>11</sup>. Essa scompare in età *post* classica e nelle fonti giustinianee ogni riferimento dei testi originari alla *in iure cessio* è eliminato con la cancellazione della parole *in iure* e la conservazione del verbo *cedere*<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Cfr. BURDESE, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit. p. 299 ss.; CANNATA, *La compravendita consensuale romana*, cit. p. 417 ss.

<sup>10</sup> BURDESE, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit. p. 302; Id, voce "Vendita (diritto romano)" in *Novissimo Digesto*, XX, Torino, 1975, p. 496 ss. GAIO (1, 119) definisce la *mancipatio* quale *imaginaria venditio*.

<sup>11</sup> Così BURDESE, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit. p. 303.

<sup>12</sup> Così BURDESE, *ult. op. cit.*, p. 304.

Vi è, infine, la *traditio*, intesa, ai nostri fini, quale consegna o messa a disposizione di una *res* che, in presenza di determinate circostanze, ne importa il trasferimento del diritto di proprietà<sup>13</sup>. Essa si configura quale negozio informale e causale determinante l'effetto traslativo della proprietà, inizialmente con riferimento al solo *dominium ex iure Quiritium* per le sole *res nec mancipi*.

All'uopo occorre che la consegna o messa a disposizione della cosa sia accompagnata dalla concorde volontà del tradente e dell'accipiente di trasferire dall'uno all'altro l'appartenenza della cosa<sup>14</sup>. La consegna della *res* avviene quindi, in un primo momento, quale adempimento di una preesistente obbligazione<sup>15</sup>.

In epoca classica per il perfezionamento della *traditio* si richiede l'effettiva consegna della cosa ovvero il suo passaggio; trattandosi di cosa immobile essa avviene con l'abbandono del bene nello stesso momento in cui vi entra l'acquirente ma può altresì avvenire con l'ingresso dell'acquirente nel fondo dietro invito del cedente con contestuale assicurazione che non vi troverà possessore alcuno.

In età *post* classica e giustiniana tende ad essere superato il requisito della materiale consegna o messa a disposizione della cosa. Si riconosce quindi la sufficienza di una *traditio* meramente simbolica, fino a pervenire ad ammettersi che il proprietario non possessore possa attuare la *traditio* con una mera dichiarazione di volontà. E così si perviene, in epoca giustiniana, a ritenere le vendite e le donazioni a chiese, città od opere pie, immediatamente traslative della proprietà senza bisogno di *traditio* alcuna<sup>16</sup>.

In generale si assiste comunque ad una sorta di spiritualizzazione del requisito della materiale consegna del bene<sup>17</sup>: viene quindi ad ammettersi la *traditio brevi manu* ove l'acquirente fosse già nel possesso del bene, ovvero *longa*

---

<sup>13</sup> BURDESE, *ult. op. loc. cit.*

<sup>14</sup> BURDESE, *ult. op. cit.*, cit. p. 305 ss.; BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 271; BARASSI, *Diritti reali e possesso*<sup>2</sup>, I, Milano, 1952, p. 429.

<sup>15</sup> Cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 10.

<sup>16</sup> BURDESE, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit. p. 308 s. V. anche SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, II, Roma, 1933, p. 171 ss.

<sup>17</sup> Si veda FUNAIOLI, *La tradizione*, Padova, 1942, p. 29 ss.

*manu*, se il bene non fosse stato presente al momento della consegna, ovvero, ancora *symbolica* quando ad oggetto della *traditio* non viene posto il bene trasferito ma altra cosa che lo rappresenti.

Infine viene fatto ricorso al *constitutum possessorium* per il caso in cui l'alienante, dopo la vendita, mantenga la detenzione della cosa in nome dell'acquirente<sup>18</sup>: quando, ad esempio, il cedente conserva il diritto di usufrutto sul bene alienato. Col tempo, tuttavia, non essendovi limiti temporali, si viene a creare l'usanza in virtù della quale, al fine di evitare la *traditio* materiale del bene, l'alienante si riserva, anche per pochi giorni, l'usufrutto sullo stesso, provvedendosi quindi all'attuazione dell'effetto reale tramite, appunto, il *constitutum possessorium*<sup>19</sup>.

Impiegando un apparato concettuale frutto, in realtà, di elaborazione giuridiche non coeve, può evidenziarsi come, nell'ambito del diritto romano, la vicenda traslativa consegue unicamente in virtù del perfezionamento del solo *modus* (così nella *mancipatio* e nella *in iure cessio*, negozi astratti idonei a determinare il prodursi dell'effetto traslativo a prescindere dall'esistenza e, financo, della validità di un titolo giustificativo) ovvero all'esistenza sia del *titulus* sia del *modus* (nella *traditio* quale *fattispecie*, appunto, a differenza delle prime, causale e non astratta); il trasferimento della proprietà non consegue invece in alcun caso, salve le evoluzioni di epoca giustiniana, al solo perfezionamento del *titulus*, che continua ad avere valenza effettuale meramente obbligatoria.

Nel diritto romano quindi il nudo patto non determina il prodursi della vicenda traslativa; essa è invece subordinata alla esteriore riconoscibilità dell'acquisto del diritto che consente l'inizio della signoria sulla cosa<sup>20</sup>.

## **1.2 IL DIRITTO INTERMEDIO**

---

<sup>18</sup> Cfr. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, p. 227 ss.

<sup>19</sup> Cfr. la ricostruzione offerta da PUGLIESE, *Sul contratto in diritto romano*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di BURDESE, Padova, 2006, p. 35 s.

<sup>20</sup> BARASSI, *I diritti reali*, cit., 383.

Il diritto intermedio perpetua la regola giustiniana dell'insufficienza del solo titolo al fine della produzione dell'effetto traslativo. Anzi il ritorno all'epoca classica per certi versi attuato dal diritto giustiniano impone con maggiore intensità un atto traslativo esterno quale fonte della vicenda traslativa, *modus acquirendi* che non può non concretarsi nella *traditio*<sup>21</sup>.

Viene, tuttavia, ricostruita con maggiore rigore l'obbligazione nascente dalla vendita obbligatoria che non è più quella di trasmettere la *vacua possessio*, bensì quello di trasferire la proprietà della cosa, attuando quindi un vero e proprio obbligo di dare.

In epoca medievale non tende comunque ad arrestarsi quel procedimento di spiritualizzazione della *traditio* che era andato caratterizzando il fenomeno traslativo nelle epoche precedenti. Così i giuristi medievali giungono ad elaborare la *traditio per chartam* nell'ambito della quale la consegna del bene trasferito viene sostituita dalla consegna del documento rappresentativo sul piano probatorio dell'intervenuto accordo tra le parti<sup>22</sup>.

Il procedimento culmina nella completa vanificazione della *traditio* da ricondurre al momento in cui si pervenne massicciamente ad introdurre nei contratti traslativi la clausola della intervenuta consegna sul piano giuridico, sostituendo il *constitutum possessorium* all'effettivo spossessamento, con formula che divenne, col tempo, di puro stile, finendo pertanto per essere sottointesa e presupposta anche ove non riprodotta<sup>23</sup>.

Il modo di attribuzione esterna soggiace quindi indubbiamente ad un processo sempre più marcato di spiritualizzazione ma, concettualmente, permane la

---

<sup>21</sup> Cfr. RUSSO, *Vendita e consenso traslativo*, cit. p. 80.

<sup>22</sup> Cfr. ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano, Parte generale*, Milano, 1952, p. 357 ss.; LIBERATI, voce "Pubblicità (dir. interm)", in *En. dir.*, XXXXVII, Milano, 1988, p. 975 ss.

<sup>23</sup> BARASSI, *Diritti reali e possesso*<sup>2</sup>, p. 433; SACCO – DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Sacco, Torino, 1993, p. 720, nt. 3; BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Torino, 1972, p. 72; RUSSO, *Vendita e consenso traslativo*, cit., p. 80, che richiama l'orientamento della seconda scolastica che accordava all'individuo una posizione centrale e privilegiava la ricerca della sua intenzione. La *traditio* viene quindi vista come un segno che manifesta la volontà.

distinzione tra la fase consensuale e quella reale, che rimane, quindi, pur sempre necessaria al fine del verificarsi della vicenda traslativa<sup>24</sup>.

### 1.3 IL GIUSNATURALISMO E L'EPOCA DELLE CODIFICAZIONI

La spiritualizzazione della *traditio* pur non eliminando, come visto, la scissione concettuale tra fase consensuale obbligatoria e fase reale, nell'ambito del fenomeno del trasferimento dei diritti reali, pone comunque le premesse per un'unione anche teorico –concettuale in un unico atto dei due momenti.

Questo fenomeno trova terreno fecondo nell'ambito delle elaborazioni di stampo giusnaturalistico teorizzanti, in reazione ai rigidi schemi in cui veniva costretto l'individuo nell'ambito del dominio feudale, contestualmente al modificarsi dell'organizzazione sociale, la forza creatrice della volontà dell'uomo posto con la sua volontà al centro del sistema giuridico: nasce il dogma della forza creatrice della volontà umana<sup>25</sup>. In quest'ottica appare conseguenza ineluttabile quella di individuare l'accordo di due soggetti quale momento, pratico e teorico, idoneo a produrre l'effetto

---

<sup>24</sup> Cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 11 s. Sul punto vedi *amplius* RUSSO, *Vendita e consenso traslativo*, cit., p. 82 ss.

<sup>25</sup> GROZIO, *De jure belli ac pacis*, Losanna, 1751, in particolare lib. II, cap. VI, paragrafi 1 e 2; a riguardo GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 3, nt. 1 osserva che “una nuova scienza dovette sorgere per liberare le menti da tale feticismo [...] Grozio e, dietro di lui, Puffendorf e Wolf, assoggettarono per primi i principii del diritto tradizionale all'esame della ragione [...] Grozio domanda se, per diritto naturale, la tradizione sia necessaria al trasferimento della proprietà, e risponde che la semplice volontà del dominio della cosa dev'essere sufficiente perché un proprietario ne trasmetta la proprietà ad altra persona. Ciò è per noi tanto evidente che duriamo fatica a comprendere come mai si sia potuto sostenere occorrere, oltre alla volontà del proprietario, un fatto materiale che si chiama la tradizione [...]. La proprietà si trasmette per testamento, per successione, senza che il legatario né l'erede abbiano bisogno di consegna veruna. Se la volontà dell'uomo, espressa o tacita, basta per trasmettere la proprietà di tutti i propri beni, perché mai questa volontà non avrebbe il potere di trasferire la proprietà d'una cosa fra vivi?”. Si vedano anche CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 19 e BARASSI, *I diritti reali nel nuovo codice civile*, Milano, 1943, 382, il quale definisce la regola del consenso traslativo un principio a sfondo filosofico fondato sulla rilevanza della pura volontà.

traslativo a prescindere da ulteriori modalità formali o esecutive: il *titulus* diviene pertanto anche *modus acquirendi*.

La disabitudine a compiere l'atto di attribuzione esterna a scopo di alienazione era pertanto pervenuta ad ingenerare la convinzione, poi elevata a dogma, della sua superfluità ai fini della successione nella tutela reale.

L'evoluzione prima pratica e poi teorica della vicenda traslativa viene confermata e cristallizzata nel *code Napoleon* del 1804. Secondo l'art. 711 la proprietà dei beni si acquista e si trasmette per effetto di obbligazione; l'art. 1138 dispone inoltre che in conseguenza dell'obbligazione il creditore è proprietario *a prescindere dalla consegna* della cosa, quindi l'art. 1538 per il quale la vendita è perfetta allorquando vi sia l'accordo *a prescindere dalla consegna della cosa* e dal *pagamento del prezzo*<sup>26</sup>.

La norma fondamentale viene, tuttavia, individuata con riferimento alla disposizione contenuta nell'art. 938 per cui la donazione è perfetta per il solo consenso delle parti e la proprietà delle cose donate si trasferisce al donatario senza che vi sia bisogno di *altra consegna*. Le ultime parole sono state elevate a sintomo dell'idea di partenza del legislatore francese per cui la donazione racchiudesse in sé una *ficitia traditio* secondo lo schema del costituito possessorio<sup>27</sup>.

In questo, tuttavia, il legislatore francese si disinteressa delle conseguenze applicative della richiamata normativa in punto di celere e sicura circolazione dei diritti e della tutela dell'incolpevole affidamento del terzo dinnanzi ad occulte alienazioni del suo dante causa, limitando la tutela dell'acquirente al piano meramente obbligatorio del risarcimento del danno<sup>28</sup>. Queste esigenze emergono ben presto in tutta la loro rilevante gravità al punto da indurre

---

<sup>26</sup> Secondo LAURENT (*Principi di diritto civile*, traduzione italiana, Milano, 1901, XVI, n. 354 ss.) il codice ha quindi consacrato il principio del diritto naturale e non pretende più la tradizione per il trasferimento della proprietà: basta la convenzione, val dire la volontà dell'uomo. E' questa una delle maggiori innovazioni del codice civile.

<sup>27</sup> Per SACCO, *Il contratto*, cit., p. 672 per il quale "l'errore dei redattori del codice Napoleon fu quello di avere identificato le piccole regole sulla tradizione finta come elemento naturale della vendita e della donazione con la grande regola giusnaturalistica che lega il passaggio di proprietà al consenso; e di aver poscia enunziato cumulativamente l'una e le altre regole senza scegliere fra esse con consapevole chiarezza".

l'emanazione di una legge organica sulla trascrizione, introdotta in un primo momento durante la rivoluzione francese con la legge 11 brumaio dell'anno VII (1° novembre 1798). A questa legge, successivamente modificata ed in parte abrogata, segue una disciplina normativa dotata di maggiore organicità, la legge francese 23-25 marzo 1855, ispirata ad analoghi principi, con la quale si dispone la trascrizione di tutti gli atti tra vivi traslativi o dichiarativi di trasferimenti, senza di che essi non potevano essere opposti ai terzi che avessero contrattato senza frode.

I principi e la disciplina del codice Napolèon e delle successive leggi sulla trascrizione vengono integralmente acquisiti nel codice civile italiano unitario del 1865 il quale, da un lato accoglie la categoria dei contratti consensuali ad effetti reali; dall'altro reca un organico sistema di regole dirette a disciplinare la trascrizione dei detti contratti, quasi ad attenuare la portata del principio dagli stessi espresso<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 13 ed *ivi* nt. 32, il quale, richiamando LAUREANT (*Principi di diritto civile*, n. 28) osserva come la scelta doveva ritenersi consapevole, come esito delle discussioni emerse tra i sostenitori della difesa della proprietà da attuarsi con uno strumento pubblicitario, ed i sostenitori del dogma del consenso traslativo in sede di redazione ed approvazione del codice, che indussero a rinviare l'approvazione delle norme disciplinanti il sistema pubblicitario. V. anche FERRI – ZANELLI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 4; DORIA, *Doppia alienazione immobiliare e teoria dell'effetto reale*, Milano, 1994, p. 52 ss.

<sup>29</sup> Cfr. GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 4 e 33; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 14. Per quanto organico il sistema pubblicitario elaborato dal legislatore italiano del 1865 si rivela comunque incompleto, mancando, tra l'altro, norme dirette a presidiare il principio di continuità delle trascrizioni, a prevedere la trascrizione degli acquisti *mortis causa* e a consentire (disciplinandone gli effetti) la trascrizione delle domande giudiziali. Da qui i tentativi di riforma, in parte attuati già prima dell'entrata in vigore del codice civile del 1942.

Non mancarono, peraltro, all'epoca, riflessioni e proposte (poi interrotte e dallo scoppio della guerra, e dalla prevalenza delle istanze ideologiche di affermazione del primato della volontà e da esigenze di carattere logico e pratico), tese ad introdurre anche nel resto del paese i principi e le norme del sistema tavolare ereditate dall'impero asburgico e vigenti nelle c.d. nuove province e progressivamente introdotte, quasi a volere marcare la distanza con il sistema francese, anche per i territori coloniali (Cfr. l'art. 206 del R.D. 31 gennaio 1909 n. 378 quanto all'Eritrea e l'art. 17 del R.D. 26 gennaio 1913, n. 48, quanto alla Libia). Sul punto Cfr. VENEZIAN, *La riforma della trascrizione nel disegno di legge per lo sgravio del debito ipotecari*, in *La temi*, 1905, p. 153 ss.; L. COVIELLO SENIOR, *Osservazioni sulla riforma della pubblicità immobiliare*, in *Temi siciliana*, 1905, p. 9 s.; *Id.*, *La riforma della trascrizione secondo il D.L. 9 novembre 1916*, in

Da subito emergono in dottrina i dubbi ricostruttivi che ancor oggi pervadono la materia in esame, diretti al difficile tentativo di teorica armonizzare di due opposte tensioni: quella espressa dal consenso traslativo e quella che risiede nel riconoscimento della trascrizione quale mezzo di risoluzione dei conflitti tra più aventi causa dello stesso autore. Le difficoltà portate dal nuovo sistema vengono peraltro accentuate dall'incerta formulazione dell'art. 1448 c.c. abr. il quale fa dipendere il trasferimento del diritto dal mero consenso del creditore ma solamente "riguardo al venditore", ingenerando, quindi, il dubbio che nei rapporti coi terzi l'efficacia *erga omnes* dipenda comunque dall'esecuzione di una formalità ulteriore, diretta a fungere da indice esterno del consenso, da individuarsi nella consegna, quanto ai beni mobili, e nella trascrizione, quanto ai beni immobili<sup>30</sup>.

#### 1.4 IL CODICE CIVILE DEL 1942: IL PRINCIPIO DEL CONSENSO TRASLATIVO E IL SISTEMA DELLA TRASCRIZIONE

Superate le tensioni che avevano indotto una parte degli studiosi ad optare per l'introduzione nel nostro ordinamento di un sistema di disciplina delle vicende traslative immobiliare modellata sul modello tavolare austriaco, il codice civile del 1942, pur innovando, in alcuni casi, anche incisivamente, la disciplina della trascrizione,

---

*Rivista di diritto civile*, 1916, p. 740 ss.; GORLA, *La riforma della trascrizione secondo il T.U. sulle tasse ipotecarie 30 dicembre 1923*, in *Rivista di diritto civile*, 1930, p. 205 ss.; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 15 ss.

<sup>30</sup> In questo senso si veda BRUGI, *Della proprietà*, II, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, diretto da Fiore e Brugi, Napoli – Torino, 1923, p. 75. La formulazione della norma indusse anche parte della dottrina a dubitare dell'efficacia reale del contratto avente ad oggetto il trasferimento o la costituzione di diritti reali, ipotizzando che lo stesso avesse in realtà efficacia meramente obbligatoria, e ritenendo gli effetti reali subordinata agli ulteriori atti a rilevanza esterna richiesti dall'ordinamento. In tal senso in forma dubitativa, si veda CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, ristampa inalterata Napoli 2010, p. 88 il quale successivamente muta prospettiva in *Occhio ai concetti*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1950, I, p. 452, come meglio evidenziato *infra* cap. 2.

mantiene saldo l'impianto del codice civile del 1865 e, con esso, la scelta giuridico – ideologica del consenso traslativo, come cristallizzata nel codice *Napoléon* e integrata nelle successive leggi ipotecarie.

Il sistema dei trasferimenti derivativo-costitutivi<sup>31</sup> di diritti reali immobiliari viene pertanto ancora una volta fatto ruotare attorno a due poli apparentemente inconciliabili e, comunque, non facilmente armonizzabili: da un lato l'art. 1376 c.c., che, a coronamento del lento, difficoltoso ma inesorabile percorso evolutivo, conferma la decisa scelta per il principio del consenso traslativo e con esso per la configurabilità di un contratto ad effetti non già meramente obbligatori bensì, anche, reali. Dispone, infatti, la citata disposizione normativa che “nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato”<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> La differenza tra gli acquisti derivativi e quelli costitutivi, che andrebbero individuati nel trasferimento di un diritto minore ma diverso di quello del dante causa (ad esempio nella costituzione del diritto di usufrutto da parte del pieno proprietario) è frutto di un'elaborazione di stampo soggettivistico, tesa a giustificare, pur nella divergenza tra le situazioni, la derivatività di quella trasferita. Si potrà, in omaggio alla tradizione, continuare nell'utilizzazione della detta terminologia, ove la si consideri sul piano meramente descrittivo, posto che dal punto di vista normativo, come si avrà modo di vedere in seguito, non paiono doversi riscontrare apprezzabili differenziazioni tra i due fenomeni.

<sup>32</sup> Sul principio del consenso traslativo si vedano, tra gli altri, ASQUINI, *Titoli di credito*, Padova, 1951; BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 2000; ID., *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile diretto da Vassalli*, VII, 1, Torino, 1972; ID., *Il principio del consenso traslativo*, in *Diritto privato*, 1995, p. 5 ss.; BIGIAMI, *Il trasferimento dei titoli di credito*, in *Rivista Trimestrale di diritto processuale civile*, 1950, I; DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*<sup>2</sup>, in *Tratto. Rescigno*, 10, II, Torino, 2011; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, 3<sup>a</sup> ed., in *Comm. cod. civ.*, IV, 2, Torino, 1980; PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974; RUSSO, *Evizione e garanzia*, Milano, 1965; ID., *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*, Milano, 1965; ID., *Vendita e consenso traslativo*, cit.; TATARANO, *Circolazione dei diritti e accesso ai beni*, in Lipari (a cura di), *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1974; i due volumi degli atti del convegno di Pisa su *Vendita e trasferimento della proprietà*, Milano, 1991; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit.; VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995; GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu Messineo e

Dall'altro il legislatore, preoccupato di fornire adeguata risposta alle esigenze – anche di carattere economico – ad una rapida e sicura circolazione dei beni e per essi della ricchezza, individua quale fatto in qualche misura rilevante, al fine del riconoscimento del diritto acquistato in capo all'avente causa, la prioritaria trascrizione dell'atto traslativo.

Si capisce, quindi, già da questa preliminare descrizione del fenomeno in esame, come la disposizione recata dall'art. 1376 c.c. come poche altre nel nostro ordinamento giuridico ponga gravi e mai compiutamente risolte questioni di ricostruzione astratta del sistema, nel tentativo di piegare e armonizzare norme e principi che “si presentano come intimamente contraddittori ed in grado di elidersi vicendevolmente”<sup>33</sup>. Il problema cui si fa riferimento è dato, infatti, dalla necessità di ricostruire la coesistenza nel nostro ordinamento del principio consensualistico evocato dal citato art. 1376 c.c. e la disciplina, apparentemente inconciliabile, dettata dall'art. 2644 c.c. che perviene a riconoscere la titolarità del diritto trasferito all'acquirente cronologicamente successivo (che quindi, a rigore, acquista da un soggetto non più proprietario) allorquando il suo acquisto venga prioritariamente trascritto<sup>34</sup>.

Ma la portata problematica dell'art. 1376 c.c. non si limita alle difficoltà di coordinamento con la disciplina recata dall'art. 2644 c.c.; queste difficoltà, invero, sono sintomatiche di un altro e non meno grave problema che

---

continuato da Mengoni, Milano 1995, p. 671 ss. Diversamente avviene, come noto, nelle c.d. nuove province ancora soggette al regime tavolare. Dispone, infatti, l'art. 2 del R. D. 28 marzo 1929, n. 499, non abrogato con l'entrata in vigore del codice del 1942, che “a modificazione di quanto è disposto dal codice civile italiano, il diritto di proprietà e gli altri diritti reali sui beni immobili non si acquistano per atto tra vivi se non con la iscrizione del diritto nel libro fondiario. Parimenti non hanno effetto la modificazione o l'estinzione per atto tra vivi dei diritti suddetti senza la relativa iscrizione o cancellazione. I diritti e gli obblighi iscritti nei libri fondiari non si estinguono con la confusione fino a che non siano cancellati.”

<sup>33</sup> GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 2. Parla di fenomeno aberrante GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 5.

<sup>34</sup> Nel corso del presente lavoro si farà spesso riferimento al negozio traslativo del diritto di proprietà da intendersi, tuttavia, quale vicenda paradigmatica del fenomeno disciplinato dall'art. 2644 c.c. senza con questo voler implicitamente escludere o ritenere disciplinate da regole differenti le altre fattispecie disciplinate dall'art. 2643, quanto meno con riferimento a quelle ricadenti nei numeri 1, 2, 2 bis, 3, 4, 5, 6 e 7.

riesiede nel riconoscimento normativo del contratto quale fonte di effetti reali e che comporta, infatti, per l'interprete il sorgere di altre non irrilevanti questioni: basti pensare alle divergenze ricostruttive suscitate dalla responsabilità per evizione e, più in generale, da inattuazione dell'effetto reale<sup>35</sup>. Ancor più si pensi alle rilevanti questioni interpretative che determina la possibilità di utilizzare uno strumento che, pur contrattuale, non esaurisce i propri effetti tra le parti, ma si riflette in misura non irrilevante anche nei confronti dei terzi determinando "talune modificazioni patrimoniali con rilevanza esterna"<sup>36</sup>.

Le difficoltà teoriche che accompagnano la ricostruzione del consenso traslativo sono, quindi,

---

<sup>35</sup> Cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 2; G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974, e bibliografia ivi citata p. 13, nt. 17; RUSSO, *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*, cit.. Nell'ambito dei contratti traslativi il dante causa non risponde quale soggetto passivo di un rapporto obbligatorio e la responsabilità "discende unicamente ed immediatamente dalla insoddisfazione di quell'interesse che doveva essere soddisfatto per il semplice e normale operare di meccanismi giuridici e non in virtù di attività o comportamenti umani specifici" (così RUSSO, *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*, cit., p. 5).

<sup>36</sup> GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 3. Osserva sul punto G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, cit., p. 45 s. come "la c.d. efficacia *erga omnes* .. non [possa] discendere da un atto di autonomia, essendo in principio riservato al legislatore stabilire se (e fino a qual punto) l'interesse di colui che acquista sia prevalente nei confronti di quello facente capo ad altri soggetti". Sull'equivoco insito nell'utilizzo della nozione di opponibilità o di efficacia *erga omnes* si v. *infra* cap. 2.5 Sul punto cfr. anche DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, p. 64 ss.; GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, Torino, 1937, p. 6, il quale, con riferimento alla categoria dei negozi ad effetti reali, ricostruisce il fenomeno come doppia vicenda affiancando l'atto di disposizione al negozio; AURICCHIO, *La simulazione nel negozio giuridico*, Napoli, 1957, p. 194 il quale risolve il problema della distinzione tra efficacia *inter partes* ed efficacia *erga omnes* degli effetti giuridici e dell'autonomia degli uni nei confronti degli altri ipotizzando una "duplicità di valutazioni normative dell'unico comportamento esistente, l'una ad esso esterna e l'altra interna". Con la conseguenza di distinguere il profilo esterno del negozio, con disciplina effettuale eterodeterminata dal legislatore, ed effetto interno rimesso all'autonomia privata. In senso critico rispetto a quest'ultima ricostruzione v. però SCOGNAMIGLIO, *Recensione ad Auricchio*, in *Riv. dir. Civ.*, 1958, p. 342 ss.; BIANCA, *Riflessioni sul principio del consenso traslativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, p. 537. Si v. anche l'attenta analisi di VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione di beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995, p. 85 ss.

sintomatiche delle differenti tensioni che ruotano attorno a questo principio.

Le esigenze di celerità e certezza dei traffici giuridici impongono, infatti, che l'ordinamento giuridico si preoccupi di predisporre degli strumenti correttivi che consentano di garantire il potenziale acquirente dalle alienazioni occulte di diritti incompatibili. E la tutela dell'interesse dell'acquirente al perfezionamento di un acquisto valido ed efficace non può essere limitata alla predisposizione di soli rimedi risarcitori quali quelli predisposti in punto di garanzia per l'evizione. E' necessario, invece, che la vicenda traslativa sia garantita, purché al ricorrere di determinate condizioni, sul piano specifico dell'inattaccabilità del diritto acquistato.

Solo in questo modo può efficacemente risponderci alle esigenze della circolazione ed evitare ogni volta all'alienante la difficile, se non impossibile, prova negativa di non aver già effettuato atti di disposizione incompatibili con la prospettata alienazione<sup>37</sup>.

Il legislatore, nell'esercizio delle proprie prerogative, può variamente determinare le condizioni in presenza delle quali consentire la tutela specifica all'acquirente, tanto sul piano oggettivo (ad esempio prevedendo la consegna, la trascrizione od altro), quanto sul piano soggettivo (attribuendo, quindi, rilevanza o meno allo stato soggettivo di buona o mala fede dell'avente causa); quello che non pare invece consentito, non perché vietato, bensì in quanto inidoneo ad assicurare soddisfacimento della citata esigenza, di stampo prettamente economico, di assicurare una celere e sicura circolazione dei diritti e, quindi, della ricchezza, è limitarsi a riconoscere rilevanza esclusivamente al principio del consenso traslativo, assicurando tutela unicamente sulla base del principio temporale del *prior in tempore potior in iure*: si esporrebbe in tal caso irrimediabilmente il terzo al rischio che il suo dante causa abbia già disposto in modo incompatibile con il programmato acquisto<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 4 s.

<sup>38</sup> Si noti che il rischio di acquistare da chi abbia già alienato il medesimo o altro diritto incompatibile, non è eliminato in via assoluta con il sistema della trascrizione che, come avrà modo di vedersi meglio del prosieguo, non si fonda comunque sul principio dell'apparenza del diritto e sulla tutela dell'affidamento. Da un lato, infatti, il secondo acquirente perfeziona pur sempre il proprio acquisto con un soggetto

Ecco quindi individuata la spinta di fondo che induce il legislatore ad individuare una serie di indici di rilevanza esterna del consenso traslativo, la cui incidenza nel procedimento di formazione della fattispecie acquisitiva varia a seconda dell'interpretazione che ritenga di accogliere del fenomeno.

Il sistema di pubblicità immobiliare incentrato sulla trascrizione (o iscrizione) delle vicende inerenti i diritti reali immobiliari risponde all'esigenza di rendere noti, a chiunque vi abbia interesse, atti o eventi che abbiano una qualche rilevanza giuridica nella circolazione della ricchezza immobiliare<sup>39</sup>. Senza voler indugiare sulla ricostruzione dei tratti generali della pubblicità immobiliare, delle plurime funzioni che la caratterizzano e della questione dell'oggetto della medesima, preme qui focalizzare l'attenzione su quella che viene individuata come efficacia tipica della trascrizione nell'art. 2644 c.c.<sup>40</sup>.

---

che, al momento del perfezionarsi del titolo traslativo, ben risulta dai pubblici registri titolare del diritto (più precisamente non risulteranno a suo carico formalità pregiudizievoli, non essendo invece richiesta anche la previa trascrizione a favore del dante causa); cionondimeno egli è destinato comunque a soccombere ove, dopo il suo acquisto, ma prima della relativa trascrizione, altri abbia provveduto alla trascrizione del suo acquisto. Dall'altro la tutela dei diritti riconosciuta dall'ordinamento sulla base delle norme che regolano la trascrizione è pur sempre limitata agli acquisti a titolo derivativo; l'acquirente di un diritto, pur vincente sul piano pubblicitario, è destinato comunque a soccombere dinnanzi a chi vanta sul medesimo bene un diritto acquistato a titolo originario. Sul punto cfr. *infra* cap. <>

<sup>39</sup> MARICONDA, *La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 19, t. 1, Torino, 1997 (rist. 2008), p. 71.

<sup>40</sup> Si segnalano, senza alcuna pretesa di esaustività, dedicati in generale, o per specifici profili, alla pubblicità immobiliare: GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit.; Nicolò, *La trascrizione*, I, Milano, 1973; PUGLIATTI, *La trascrizione. L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*<sup>2</sup>, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1989; ID., *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1957; TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, in *Tratto. Bessone*, IX, Torino, 2<sup>a</sup> ed., 2004; ZACCARIA, TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, Torino, 2005; LUZZATI, *Della trascrizione*, Torino, 1882, II; CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*<sup>2</sup>, Torino, 1918; FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli-Torino, 1923; N. COVIELLO, *Delle ipoteche nel diritto civile italiano*, Napoli, 1928; FERRARA, *L'ipoteca mobiliare ed insieme un contributo alla teoria della pubblicità*, Roma, 1923; OTTELLO, *La pubblicità automobilistica*, Torino, 1935; MARIANI, *Lineamenti di diritto ipotecario*, Osimo-Milano, 1936; MARIANI, *Ipoteca e trascrizione*<sup>2</sup>, Milano, 1951; MAIORCA, *Della trascrizione*, in *Comm. D'Amelio*, Torino, 1943, 1 ss.; PUGLIATTI, *La*

Questa disposizione, diretta a disciplinare i conflitti tra più aventi causa dello stesso autore e quindi ad incidere sul riconoscimento normativo della vicenda traslativa, si articola sulla base di due differenti enunciati, che rispecchiano due aspetti del medesimo fenomeno: da un lato, vi è la formulazione negativa di cui al 1° comma, che stabilisce che chi ha posto in essere un atto soggetto a trascrizione deve (onere per la parte, obbligo per il pubblico ufficiale) provvedere senza indugio ad effettuare la relativa trascrizione, se vuole che il proprio acquisto possa essere “opposto” a chi a sua volta abbia trascritto<sup>41</sup>. Dall’altro, è individuato l’effetto positivo che segue alla trascrizione e che si concretizza nell’inopponibilità, a colui che ha trascritto, di ogni acquisto, proveniente dal comune dante causa, ed incompatibile col primo, che sia stato successivamente trascritto.

Viene quindi delineata dall’art. 2644 c.c. la funzione comunemente individuata come dichiarativa del fenomeno pubblicitario. Questa definizione terminologica, pur da taluni criticata, è ormai invalsa nell’uso comune<sup>42</sup>; con essa si vuole

---

*pubblicità nel diritto privato, parte generale*, Messina, 1944; ID., *La trascrizione immobiliare*, Messina, 1945-1946, I; FERRI, *La trascrizione degli acquisti «mortis causa» e problemi connessi*, Milano, 1951; COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Milano, 1954; GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959; ID., *Trascrizione immobiliare*, Napoli, 1961; CORRADO, «Pubblicità degli atti giuridici», in *NN.D.I., XIV*, Torino, 1967, 513 ss.; PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968; COLESANTI, *Fallimento e trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1972; AA. VV., *Il nuovo diritto di famiglia*, Contributi notarili, Milano, 1975; BIANCO, *La pubblicità immobiliare*, Torino, 1976; DE PAOLA-MACRÌ, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1978; BIANCA, *Diritto civile*, Milano, 1988; DE CUPIS, «Pubblicità (diritto civile)», in *En. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 997 ss.; ETTORRE-SILVESTRI, *La pubblicità immobiliare e il testo unico delle leggi sulle imposte ipotecarie e catastali*, Milano, 1991; TRIOLA, voce «Trascrizione», in *En. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 937; SICCHIERO, *La trascrizione e l'intavolazione*, in *Giur. sist. civ. comm. Bigiavi*, Torino, 1993; LISELLA, *Acquisti immobiliari di associazioni non riconosciute*, Napoli, 1993; FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008; GABRIELLI, *Sul modo di operare della pubblicità a norma dell'art. 2644 c.c.*, in *Rivista del notariato*, 2009, 63 ss.

<sup>41</sup> MARICONDA, *ult. op. cit.*, p. 78 che parla di rilevante deroga al principio del *priori in tempore priori in iure*.

<sup>42</sup> Per FERRI – ZANELLI, *Della trascrizione. Trascrizione immobiliare*, cit., p. 12 sarebbe preferibile riferirsi alla nozione di pubblicità pura al fine di evitare che il riferirsi alla pubblicità come dichiarativa ingeneri l’equivoco che la pubblicità costituisca una dichiarazione di scienza. Il termine pubblicità dichiarativa si trova, tuttavia, in comune uso sia in

significare, con formula che, allo stato, non può che essere meramente descrittiva e sostanzialmente impropria, come la trascrizione della vicenda traslativa non sia presupposto per il trasferimento del diritto in capo all'avente causa, che si è già verificato per effetto del consenso traslativo, bensì semplicemente per la sua “opponibilità ai terzi”<sup>43</sup>.

La pubblicità dell'art. 2644 c.c. andrebbe perciò stesso distinta da altre ipotesi di pubblicità e precisamente: da un lato, dalla pubblicità c.d. costitutiva, la quale incide direttamente nel meccanismo effettuale della fattispecie: in tali casi l'ordinamento subordina al perfezionamento della pubblicità la stessa esistenza del diritto (è il caso dell'ipoteca, che si costituisce mediante l'iscrizione nei registri immobiliari, art. 2808 c.c.); dall'altro dalla pubblicità notizia, che non avrebbe altra funzione se non quella di facilitare per i terzi la conoscenza di un dato fatto e la cui mancanza, tendenzialmente, non incide sul manifestarsi della relativa fattispecie (è il caso, ad esempio, della trascrizione delle convenzioni matrimoniali disposta dal riformato art. 2647 c.c.).

L'art. 2644 c.c., al pari di ogni altra norma, sul piano dell'analisi del diritto è teso a disciplinare e fornire soluzione ad un conflitto di interessi, non solo potenziale ma anche attuale. Quanto detto non impedisce, tuttavia, di rilevare come, sul piano concreto della disciplina delle vicende giuridiche, il conflitto tra più aventi causa dello stesso autore, alla cui soluzione è tesa la disposizione in esame, è solo ipotetico.

Non può invero darsi il caso, come si cercherà di evidenziare nel prosieguo, in cui vi siano nello stesso istante più titolari di diritti incompatibili sullo stesso bene. Solo uno può essere il titolare del diritto e all'individuazione del medesimo è diretta la disciplina portata dall'art. 2644 c.c. La norma cioè individua, tra più soggetti *potenzialmente* titolari

---

dottrina sia in giurisprudenza, e potrà continuarsi ad utilizzarlo con riferimento, quanto alla fattispecie disciplinata dall'art. 2644 c.c., alla prioritaria trascrizione del primo acquirente.

<sup>43</sup> Si avrà modo di vedere nel prosieguo del presente lavoro come, così formulata, la nozione di pubblicità dichiarativa appaia sicuramente impropria posto che da essa non si ritiene di far dipendere nemmeno l'opponibilità del diritto consensualmente acquistato. Cfr. *amplius infra* cap. 2.3.

di diritti incompatibili sul bene, quello cui l'ordinamento riconoscerà (attraverso la corrispondente e conforme valutazione normativa dei comportamenti) la titolarità del diritto "conteso" e in questo risolve il conflitto di interessi tra le parti e impedisce il conflitto "concreto" tra più aventi causa dello stesso autore: avente causa, in un dato momento temporale, sarà solo un unico soggetto<sup>44</sup>.

La norma in esame si atteggia quale caposaldo dell'intero sistema della circolazione dei diritti reali immobiliari e si pone in apparente antitesi col principio cardine del detto sistema, elaborato del pensiero giuridico francese e cristallizzato nell'art. 1376 c.c., che è quello del principio consensualistico.

La potenziale antinomia tra le due norme appare *ictu oculi*: se, difatti, il solo consenso delle parti, legittimamente manifestato, è riconosciuto dall'ordinamento giuridico quale fatto di per sé idoneo a determinare una vicenda traslativa o costitutiva di diritti reali immobiliari su beni, siano essi mobili o immobili, ne deriverebbe quale logica conseguenza che, in caso di più atti di disposizione di diritti tra di loro incompatibili, sullo stesso bene, la prevalenza, e, quindi, dovrebbe essere riconosciuta in capo all'avente causa cronologicamente anteriore. Nessun diritto dovrebbe invece esser riconosciuto a favore di chi, acquistando per secondo, necessariamente contrae con un soggetto che non è più titolare del diritto trasferendo (o costituendo) e sarebbe (ed è) da considerarsi parte di un negozio che, al momento del consenso, ha ad oggetto un atto descrittivamente definibile come di disposizione su bene altrui.

Se le ragioni pratiche dell'art. 2644 c.c., volte a consentire la circolazione di diritti reali immobiliare con maggiore sicurezza e rapidità, appaiono facilmente individuabili, non così può dirsi per l'organico ed armonico coordinamento tra questa disciplina ed il principio del consensualismo.

Si tratta ora di verificare come nel corso del tempo la dottrina abbia tentato di comporre il contrasto tra queste due disposizioni normative<sup>45</sup> per poi approdare, in ultima analisi,

---

<sup>44</sup> Cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 4 ss.

<sup>45</sup> Sul problema della doppia alienazione immobiliare, tra gli altri, cfr. A. BUSANI, *La doppia alienazione immobiliare*, in *NGCC*, 2003,

a una proposta embrionale di ricostruzione del fenomeno, che partendo dall'inquadramento dell'acquisto consensuale di diritti reali immobiliare come fattispecie sottoposta alla condizione risolutiva legale della prioritaria trascrizione dell'acquisto successivo, consenta, attraverso la negazione della retroattività del fenomeno risolutorio, di superare alcune delle criticità che la accompagnano<sup>46</sup>.

---

73 ss.; DORIA, *Doppia alienazione immobiliare e teoria dell'effetto reale. Il problema della responsabilità dell'alienante e del secondo acquirente*, Milano, 1994; FERRI, D'ORAZI FLAVONI, ZANELLI, *Della trascrizione*, in *Comm. Scialoja, Branca*, sub artt. 2643-2696, Bologna-Roma, 1995; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1998; TOMMASEO, *Problemi attuali del diritto tavolare*, in *Notariato*, 2002; TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La Trascrizione*, in *Tratto. Bessone*, IX, Torino, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2004; VARANO, *Conflitto tra acquirente per usucapione e avente causa dall'usucapito nel sistema della trascrizione immobiliare*, in *Riv. giur. edilizia*, 2006; ZACCARIA, TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, Torino, 2005.

<sup>46</sup> Il merito dell'intuizione di questa tesi va sicuramente ascritto Gabrielli, *Sul modo di operare dell'art. 2644 c.c.*, cit., p. <>. Già altri prima di lui altri aveva parlato, con riferimento al secondo acquirente primo trascrivente, di acquisto *a non domino* a titolo derivativo, nell'ambito, tuttavia, di una ricostruzione che, a differenza di quella di Gabrielli, poneva come dato certo il retroattivo venir meno dell'acquisto del primo acquirente soccombente a seguito della prioritaria trascrizione del successivo avente causa (il riferimento è a MORITTU, *Revisione della dottrina su alcuni principi fondamentali riguardanti la trascrizione dei contratti traslativi della proprietà immobiliare*, Milano, 1936, p. 53 ss.)

## Capitolo II

### GLI EFFETTI DELLA TRASCRIZIONE EX ART. 2644 C.C.: LE PRINCIPALI TEORIE

#### 2.1 LA TESI ANTICONSENSUALISTA

Una dottrina non recente, e ormai isolata, seguendo un filone che ebbe qualche fortuna durante la vigenza del codice civile del 1865, ricostruisce il fenomeno della trascrizione immobiliare e il suo rapporto con la regola del consenso traslativo, obliterando il secondo termine di paragone a tutto favore del primo e finendo per negare autonoma rilevanza al contratto traslativo da ricondurre pur sempre nell'alveo dei contratti ad efficacia meramente obbligatoria<sup>47</sup>.

Il punto di partenza del ragionamento risiede nella ricostruzione della natura dell'acquisto del secondo acquirente primo trascrivente, destinato a prevalere nel conflitto tra più aventi causa (incompatibili) dallo stesso autore, sulla base della regola dettata dall'art. 2644 c.c.. Si osserva che, assumendo come dogma il principio espresso dall'art. 1376 c.c., dovrebbe necessariamente concludersi per la natura originaria dell'acquisto cronologicamente successivo, posto che il secondo acquirente, acquisterebbe da chi non è (più) proprietario<sup>48</sup>. Tuttavia, l'acquisto del secondo acquirente non può ritenersi a titolo originario e ciò sulla base della considerazione per cui, mentre gli acquisti a

---

<sup>47</sup> Il riferimento è alla tesi di GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, cit., 63 ss.

<sup>48</sup> Rileva GENTILE (*La trascrizione immobiliare*, cit., 63 s.), esponendo, però una petizione di principio, non adeguatamente motivata, viziata forse dalla sovrastruttura concettuale propria del sistema soggettivistico, come la conclusione debba considerarsi obbligata, posto che "acquisto derivativo ed acquisto *a non domino* sono espressioni antitetiche. L'acquisto derivativo *a non domino* è uno dei mostri della mitologia giuridica". Né sarebbe dato riscontrare, un acquisto *a non domino* a titolo derivativo nel caso di acquisto dall'erede apparente ex art. 534 comma 3° c.c.. In tal caso – continua l'Autore – l'acquirente dall'erede apparente che fa salvo il suo acquisto non deriva il suo diritto dall'erede apparente che, in quanto non titolare, non può efficacemente disporre di alcunchè, bensì dall'erede vero.

titolo originario (quali quelli derivanti dall'usucapione, dall'apprensione *ex art. 1153 c.c.* e dall'occupazione della *res derelicta*) sono opponibili a tutti (quindi anche al terzo *ex dominus*) viceversa l'acquisto del secondo acquirente, nonostante la trascrizione, "non potrebbe salvarsi dalla rivendicazione del primo proprietario"<sup>49</sup>.

L'unica via percorribile, per far salva la natura derivativa dell'acquisto del secondo acquirente primo trascrivente, e rispettare il principio che sul punto "vige assoluto" secondo il quale *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, sarebbe quella di ritenere che dopo il contratto di vendita e fino alla trascrizione del trasferimento, "il distacco del diritto di proprietà dall'avente causa comune non si sia ancora perfezionato" con la conseguenza che questi rimanga temporaneamente e *sub condicione* proprietario dell'immobile venduto potendo, quindi egli "legittimamente e passivamente" disporre di quel bene<sup>50</sup>.

Il principio consensualistico andrebbe quindi riletto nel senso di ritenere il consenso idoneo a trasferire solo "potenzialmente e *condizionatamente*" la proprietà; con la conseguenza di ritenere i plurimi aventi causa dallo stesso autore tali solo potenzialmente e *sub condicione*, in quanto è destinato a divenire proprietario "*puro solo e vero successore* dell'alienante soltanto chi per primo trascriva"<sup>51</sup>.

La trascrizione richiesta dall'art. 2644 c.c., pertanto, avrebbe rilievo ed incidenza maggiori di quelli ad essa

---

<sup>49</sup> GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, cit., *ibidem*, il quale continua osservando come la trascrizione non sani il difetto di legittimazione da parte dell'alienante. L'Autore riprende quindi altra dottrina (N. COVIELLO, *Della trascrizione*, Napoli 1899, II, 392) ed osserva come, se la trascrizione di una cosa già alienata fosse modo di acquisto a titolo originario, non sarebbe più possibile spiegare l'usucapione decennale, per la quale è pur sempre necessario il titolo viziato e non solo la trascrizione, ma anche l'ignoranza dei vizi del titolo e il possesso protrattosi per dieci anni dalla trascrizione. Del resto, diversamente opinando e quindi ove fosse sufficiente per l'acquisto della proprietà dal non titolare avere la trascrizione di un contratto traslativo, sebbene per sé inefficace, non riuscirebbero a comprendersi le ragioni per le quali il legislatore avrebbe, nell'ambito dell'istituto dell'usucapione abbreviata, richiesto la buona fede soggettiva e il possesso. Inoltre, se la trascrizione fosse modo di acquisto a titolo originario, gioverebbe non solo a chi acquista da colui che una volta era proprietario, ma anche a chi contrattasse con quello che non ha mai avuto la disposizione della cosa.

<sup>50</sup> GENTILE, *ult. op. cit.*, p. 64.

<sup>51</sup> GENTILE, *ult. op. loc. cit.*

generalmente riconosciuti in funzione dichiarativa: la pubblicità della vicenda traslativa finisce infatti per essere configurata quale circostanza costitutiva dell'acquisto soggetto a trascrizione<sup>52</sup>. Questo in quanto “soltanto la trascrizione tempestivamente effettuata, rende efficace, in tutta la sua portata, quell'acquisto che, fino a quel momento era meramente potenziale e condizionato appunto a quell'evento [...]”. La trascrizione opererebbe quindi come *condicio iuris* sospensiva dell'atto traslativo-costitutivo di diritti reali immobiliari<sup>53</sup>. Nei confronti dell'alienante la trascrizione opererebbe come l'evento finale che segna l'estinzione del suo diritto di proprietà; è quindi solo successivamente alla trascrizione che chi acquista dal dante causa acquista, tecnicamente, *a non domino*.<sup>54</sup>

In questa prospettiva la trascrizione non si attergerebbe comunque quale elemento costitutivo dell'atto trascritto, da ritenersi perfetto e definitivo in tutti i suoi elementi già per effetto del consenso<sup>55</sup>. La trascrizione sarebbe pur sempre una mera circostanza da concepirsi quale fatto giuridico secondario, non principale, che accede all'atto trascritto<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> GENTILE, *ult. op. cit.*, p. 65. In senso analogo LUZZATO, *La compravendita*, Torino, 1961, p. 141, il quale critica la dissociazione fra perfezionamento e stabilità dell'acquisto ritenendo i due principi “male armonizzati” e sostenendo come sia “ben più logico e pratico subordinare l'acquisto alla pubblicità”, considerando sempre questa formalità “come costitutiva”.

<sup>53</sup> E' lo stesso GENTILE (*La trascrizione immobiliare*, cit., p. 66) a qualificare la vicenda come sottoposta ad una *condicio iuris* il cui verificarsi rende efficace l'acquisto sino a quel momento potenziale. Osserva, tuttavia, GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 462, nt. 3, come la tesi di GENTILE finisca in sostanza per coincidere con la tesi della *condicio iuris* risolutiva, ed in questo vengono richiamati alcuni passaggi ove l'Autore (GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 76) afferma che “l'acquisto in virtù del titolo non trascritto può venir meno in qualsiasi momento; esso viene meno (*ex tunc*) per effetto di altra trascrizione (contro lo stesso dante causa) incompatibile con l'acquisto non trascritto”: se la *condicio iuris* fosse costitutiva un acquisto precedente alla trascrizione non sarebbe, pur se instabile, ipotizzabile. Si veda, tuttavia, GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 663 s. ove la scelta per la condizione di stampo sospensivo pare inequivocabile.

<sup>54</sup> GENTILE, *ult. op.*, cit., p. 63

<sup>55</sup> GENTILE, *ult. op. loc. cit.* per il quale l'atto “sta da sé con tutte le sue vicende ed i suoi vizi, sui quali nessuna incidenza riverbera la trascrizione”. Con la conseguenza che la trascrizione non sarebbe di certo idonea a sanare i vizi di un atto nullo.

Per questa via, la conciliazione tra la norma enunciata dall'art. 1376 c.c. e quella contenuta nell'art. 2644 c.c. diviene semplice e piana: la regola generale è che il consenso legittimamente manifestato è idoneo a provocare il trasferimento o la costituzione dei diritti reali; ma se l'atto è soggetto all'onere della trascrizione, il trasferimento o la costituzione del diritto sono condizionati al tempestivo adempimento della formalità<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Osserva ancora GENTILE (*ult. op. loc cit.*) come in quest'ottica non può comunque pervenirsi ad attribuire al contratto di vendita valenza meramente obbligatoria, quasi che fosse un contratto preliminare seguito dal definitivo. Pur rilevandosi come il divario tra queste due figure risulti attenuato per effetto dell'art. 2932 c.c. (da leggersi in relazione con l'art. 2652 n. 2 c.c. ed – ora – anche in relazione all'art. 2645 *bis* c.c.) viene osservato come sia ancora dato riscontrare dei tratti distintivi per ciascuna delle due figure. In particolare nel contratto preliminare il promittente venditore non trasferisce nemmeno condizionatamente e potenzialmente la proprietà del bene oggetto del contratto, ma assume una mera obbligazione a consentire il trasferimento e (salvo i danni) a rifiutare il consenso. Viceversa, con il contratto ad efficacia reale di compravendita l'alienante compie "l'estremo passo consentito dai suoi poteri" ed egli non potrà revocare l'adesione al trasferimento, il cui esito resta affidato ad un circostanza futura ed indipendente dalla sua volontà quale la trascrizione.

<sup>57</sup> GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, cit., 67. In senso analogo si veda, in un primo tempo CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, ristampa inalterata Camerino, <>, p. 86, (e prima ancora ID., *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 527 ss.) il quale, forse condizionato dalla formulazione dell'art. 1448 del codice civile abrogato, che faceva, letteralmente, discendere il trasferimento della proprietà per effetto del consenso solo "riguardo al venditore", descrive gli effetti del contratto di scambio immobiliare nei confronti dei terzi come subordinati alla trascrizione (*rectius* pubblicazione del documento mediante deposito nell'*archivio fondiario*), escludendo che la detta fattispecie contrattuale potesse essere ricondotta all'alveo dei contratti ultraletterali. L'Autore prosegue (ID., *Teoria giuridica della circolazione*, cit., p. 88) sostenendo che quello che nasce dal contratto tra le parti, anche senza pubblicità, non è la successione nel diritto reale, ma l'obbligo a carico del venditore di fare quanto necessario affinché la successione nel diritto possa verificarsi. Per effetto del contratto le parti si obbligano, ma non si sposta la situazione di fronte ai terzi. Lo stesso Autore, tuttavia, ebbe poi modo di cambiare orientamento in epoca più recente (ID., *Occhio ai concetti*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, 451 s.) evidenziando come l'acquisto non trascritto sia soggetto non già a condizione sospensiva bensì a condizione risolutiva della (prioritaria) trascrizione di un acquisto altrui. Egli conclude quindi nel senso per cui il trasferimento della proprietà del quale è statuita la trascrizione è efficace ma soggetto alla trascrizione risolutiva di altro acquisto. Sul punto v. anche GORLA, *L'atto di disposizione dei diritti*, Perugia, 1936, 73 ss.; ID., *La compravendita e la permuta*, cit., 3 ss. Si vedano le critiche mosse al Carnelutti da GENTILE, *La trascrizione immobiliare*,

Il corollario di questa ricostruzione va individuato nell'inapplicabilità, anche ove nessuno dei plurimi aventi causa dallo stesso autore di diritti incompatibili abbia trascritto il proprio acquisto, del principio del *prior in tempore potior in iure*<sup>58</sup>; il rimedio della mancata trascrizione altro non sarebbe se non la trascrizione<sup>59</sup>.

Il vizio di fondo della descritta impostazione risiede nel fatto che, nel tentativo di armonizzare due principi apparentemente antitetici quali quello del consenso traslativo e quello della rilevanza della trascrizione nella circolazione dei diritti reali immobiliari, essa perviene di fatto ad obliterare il primo dei due termini contrapposti, finendo per sovrapporre, nella misura in cui il verificarsi della vicenda reale sia subordinata anche tra le parti all'esecuzione della formalità pubblicitaria (seppur con alcune non irrilevanti differenze), il nostro sistema a quello disegnato nell'ambito del regime tavolare<sup>60</sup>. La vicenda traslativa prima della trascrizione viene, infatti, confinata in una dimensione puramente obbligatoria avulsa da ogni implicazione reale e ciò in quanto si finisce per negare portata traslativa al nudo patto, che sarebbe idoneo unicamente a produrre effetti obbligatori tra le parti. La questione viene quindi risolta alla radice giacché uno dei due poli dell'antinomia viene espulso dal sistema<sup>61</sup>.

Questa impostazione, infine, finisce nei fatti per negare la stessa ragion d'essere dell'art. 2644 c.c.: nel momento in cui il consenso delle parti produce effetti solo obbligatori, non sarebbe dato, neppure astrattamente, concepire un conflitto di natura reale tra più aventi causa dallo stesso

---

cit., 73 s.

<sup>58</sup> Così APP. TORINO, 19 luglio 1956, in *Rep. Foro it.*, 1957, voce "Trascrizione", n. 26; In questo senso anche FUNAIOLI, *La proprietà relativa*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, 290 sulla base della diversa teoria della c.d. proprietà relativa in base alla quale l'acquisto da parte del primo acquirente non escluderebbe l'acquisto da parte del secondo, neanche di fronte ai terzi, e neanche se si parli di acquisto sotto condizione. In merito a questa teoria si veda *infra* cap. 2.

<sup>59</sup> GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, cit., 663 s.

<sup>60</sup> Si veda però SACCO, *Il contratto*, I, cit., p. 740 che avverte che "quando si dice che da noi la proprietà passa con il consenso fondato su una causa, mentre in Germania la proprietà passa con la tradizione astratta o con la formalità immobiliare astratta, si finisce per occultare involontariamente la gran massa di punti di contatto che esistono fra i due ordinamenti.

<sup>61</sup> FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., 115.

autore<sup>62</sup>. L'art. 2644 c.c., invece, presuppone e trova la propria giustificazione proprio in virtù dell'operare nel nostro ordinamento giuridico del principio portato dall'art. 1376 c.c.<sup>63</sup> Poco importa, al momento, individuare se l'art. 2644 c.c. presupponga la proprietà o qualcosa di diverso: quello che qui rileva è considerare come esso ha senso in tanto in quanto il consenso determini un acquisto: non uno *jus ad rem* ma uno *jus in re*.

Non convincono, invece, le obiezioni mosse a questa dottrina e riferite al *modus operandi* della condizione. In particolare vi è chi ritiene che, se la tesi della trascrizione quale *condicio iuris* sospensiva fosse esatta, bisognerebbe ritenere che l'acquirente, in base all'art. 1356 c.c., potrebbe, in pendenza della condizione (cioè prima della trascrizione), compiere solo atti conservativi<sup>64</sup>. A prescindere dalla divisibilità dell'assunto che vede la *condicio iuris* e la condizione volontaria ricondotte nell'ambito di una categoria unitaria, caratterizzata da una disciplina tendenzialmente omogenea<sup>65</sup>, a noi pare che l'eventuale richiamo alla disciplina della condizione determinerebbe non solo la possibilità di compiere atti conservativi, ma consentirebbe anche il compimento di atti di disposizione del diritto acquistato sotto condizione sospensiva (art. 1357 c.c.). La differenza tra le due disposizioni risiede in ciò: che gli atti conservativi, in quanto tali, siano essi fatti giuridici o mere operazioni materiali, sono immediatamente "efficaci" e sono destinati a permanere anche ove mancasse la condizione. Viceversa, l'efficacia degli atti di disposizione è "subordinata" al verificarsi della condizione<sup>66</sup>. Ammettendo

---

<sup>62</sup> Cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 461 s.

<sup>63</sup> FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., p. 116, che evidenzia l'utilizzo da parte dell'art. 2644 della locuzione "quantunque l'acquisto risalga a data anteriore".

<sup>64</sup> TRIOLA, voce "Trascrizione", cit. 947. In questo senso cfr. BUSANI, *Doppia alienazione immobiliare*, cit., 80, nt. 27

<sup>65</sup> Sul punto si tornerà in maniera più ampia *infra* cap. 2.<> ove si tratterà della *condicio iuris* risolutiva. Riservandoci in quella sede di meglio motivare la scelta, può sin d'ora anticiparsi come si ritenga di negare una equiparabilità sotto il profilo strutturale e funzionale tra condizione legale e condizione volontaria, semmai assimilabili sul piano meramente descrittivo ma non della disciplina applicabile.

<sup>66</sup> Per una corretta ricostruzione del fenomeno della pendenza della condizione e della c.d. retroattività della medesima, si veda AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionate.*, cit. p.

per un attimo, quindi, anche se non è questa la nostra impostazione, la correttezza dell'anzi descritta tesi circa la valenza costitutiva della trascrizione (quale condizione sospensiva – legale - del pieno prodursi dell'evento traslativo), ed ammettendo anche che al fenomeno vadano applicate le norme dettate per la condizione sospensiva volontaria, potrebbe non apparire del tutto fuori luogo ritenere che gli atti di disposizione dell'acquirente che non abbia ancora trascritto siano validi ed essi stessi parimenti subordinati al verificarsi del medesimo evento dedotto in condizione (legale): la prioritaria trascrizione dell'acquisto. Riprova di questa soluzione potrebbe evincersi nell'art. 2650 c.c. in punto di continuità delle trascrizioni che in caso di un atto di acquisto soggetto a trascrizione, prevede che le successive trascrizioni o iscrizioni a carico dell'acquirente non producano effetto, se non è stato trascritto l'atto anteriore di acquisto.

Neppure convince l'asserzione per cui, in caso di doppia vendita, la condizione verrebbe a mancare per causa imputabile all'altra parte (l'alienante), con la conseguenza che in base all'art. 1359 c.c. essa si dovrebbe considerare avverata, ed il primo acquirente dovrebbe prevalere sul secondo, in contrasto con quanto espressamente disposto dall'art. 2644 c.c.<sup>67</sup>. Circa i tratti salienti del fenomeno descritto come *condicio juris*, si tornerà con maggiore attenzione nel prosieguo; basti, tuttavia, qui considerare che riferirsi alla trascrizione come ad una condizione sospensiva dell'acquisto è formula che appare meramente descrittiva di una situazione di pendenza, che trova titolo nella legge anziché nella volontà delle parti (anzi, sovente contro la volontà della parti) e non può e non deve determinare ingiustificati accostamenti con la disciplina della condizione volontaria, diretta a risolvere conflitti di interesse di tipo diversi, ciò soprattutto ove per questa via si dovesse pervenire, come in questo caso, ad esiti apertamente contrastanti con il dato normativo.

---

<sup>67</sup> Così ancora TRIOLA, voce "*Trascrizione*", *ibidem*.

## 2.2. LE TEORIE RELATIVISTICHE:

### **2.2.1. La trascrizione quale requisito di opponibilità del diritto**

In un piano intermedio si collocano le c.d. teorie relativistiche che, seppure con differenti sfumature, talvolta di impatto non irrilevante, pervengono in sostanza a riconoscere una valenza effettuale al contratto consensuale traslativo, la quale, tuttavia, sarebbe variamente limitata fino al verificarsi della trascrizione dell'acquisto, che comunque si sarebbe già verificato, in misura più o meno rilevante, sul piano consensuale<sup>68</sup>.

Una prima ricostruzione viene offerta da chi individua nel contratto traslativo - costitutivo, ove avente ad oggetto diritti reali immobiliari, un titolo di per sé idoneo a trasferire il diritto che ne costituisce l'oggetto, ma ciò solo *inter partes*, cosicché la trascrizione avrebbe la funzione di "irradiare su tutti i terzi" la realtà del diritto trasmesso e costituito<sup>69</sup>. Ne consegue, pertanto, che la fonte creatrice del

---

<sup>68</sup> Cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 464.

<sup>69</sup> In questo senso, BARASSI, *I diritti reali*, cit., 448. La ricostruzione offerta da BARASSI (*Diritti reali e possesso*, cit., *passim*) viene dalla dottrina spesso ricompresa nell'ambito delle teorie della c.d. inefficacia relativa (si v. in questo senso GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 460 ss.; FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., p. 122 ss.). La collocazione merita un chiarimento. A nostro avviso la teoria in esame appartiene senz'altro alle teorie di carattere relativistico. Tuttavia, la relatività opera qua comunque sul piano ricostruttivo del diritto reale e non invece sul piano dell'efficacia del contratto nei confronti dei terzi ad esso estranei. Per questo motivo abbiamo ritenuto di trattarla separatamente dalla teoria di SCALISI (voce "*Inefficacia*", cit., p., cui si è sopra fatto riferimento) per avvicinarla alla teoria comunemente nota della c.d. proprietà relativa con la quale, pur non mancando differenze anche di notevole portata, presenta pur sempre punti di contatto in comune, come avrà meglio modo di comprendersi nel prosieguo del lavoro. Cfr. anche MIRABELLI, *Del diritto dei terzi secondo il codice civile italiano*, Torino, 1889, 101 ss. il quale evidenzia come dopo la vendita il compratore non sia più proprietario del bene trasferito nei confronti dell'acquirente e dei suoi aventi causa; tuttavia, prima che il compratore abbia pubblicato il suo acquisto la legge tutela chi, contrattando col venditore, "legittimamente" acquista diritti da questi, ritenendo il medesimo "proprietario apparente". Il fatto che vi siano contemporaneamente due proprietari del medesimo bene viene quindi giustificato sulla base della considerazione che taluno non è proprietario rispetto a determinate persone pur essendo tale rispetto a tutte le altre. Vi sarebbero

diritto reale *erga omnes* andrebbe individuata nel titolo sommato alla trascrizione<sup>70</sup>.

Non deve, tuttavia, confondersi questo tentativo di risolvere il problema di coordinamento tra artt. 1376 e 2644 c.c. facendo leva sulla rilevanza della trascrizione ai fini dell'opponibilità *erga omnes* del diritto trasferito, con l'ipotesi ricostruttiva che abbiamo sopra definito anticonsensualistica e, quindi, operando una possibile, anche se superficiale e imprecisa, equiparazione con il sistema

---

conseguentemente dei proprietari relativi e dei proprietari assoluti: se il contratto è trascritto l'acquirente diviene assoluto proprietario *erga omnes*; ma se non è stato trascritto, l'acquirente diviene proprietario relativo, tale cioè rispetto all'alienante ed ai suoi eredi. La costruzione viene ulteriormente argomentata sottolineando la qualità di proprietario apparente dell'alienante e quella di proprietario vero dell'acquirente. Sul punto si vedano anche le osservazioni di GIOVENE, *Il negozio giuridico rispetto a terzi*, Torino, 1917, 325. Per una critica a questa impostazione v. GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, cit. 51 ss. Circa la non appartenenza della trascrizione al fenomeno dell'apparenza v. FALZEA, voce "Apparenza", in *En. Dir.*, Milano, 1958, II, 682 ss.; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 45 ss. ed *infra* nel testo, in particolare cap. <>

<sup>70</sup> BARASSI, *Diritti reali e possesso*, cit., 435 s. Pur con le dovute differenziazioni può essere ricondotta alle teorie relativistiche anche la variante, recentemente elaborata, che definisce la regola di priorità della trascrizione quale limite interno del consensualismo traslativo (FERRANTE, *op. ult. cit.*, p. 141). La norma sul conflitto limiterebbe *ab interno* l'operare del principio consensualistico. La teoria muove dalla considerazione del diritto soggettivo non come "blocco monolitico" ma come "coacervo di situazioni attive e passive, che ne fanno un'entità complessa"; questo insieme di situazioni attive e passive vengono dalla legge accorpate in vista della "definizione normativa di diritto soggettivo" che altro non è se non quanto risulta dal tale accorpamento (ID., *ult. op. cit.*, p. 142 s.). Viene quindi rilevato come una delle attribuzioni di cui si compone la proprietà è la sua opponibilità assoluta e si afferma, da qui il collegamento con le teorie relativistiche, "che questa facoltà primaria s'acquista per trascrizione e non per nudo patto" ID., *ult. op. cit.*, p. 147 s.). Questo in quanto il consenso sarebbe "impotente a trasmettere l'opponibilità assoluta" e produrrebbe invece un "effetto reale non definitivo, né irreversibile, come provvisorio e cedevole sarà il diritto alienato, finché non sia curato quell'indice di manifestazione oggettiva che è dato dalla pubblicità" (ID., *ult. op. cit.*, p. 149 s.). L'Autore (ID., *ult. op. cit.*, p. 155 s.) si preoccupa, invero, di precisare che la proprietà debole non trascritta non è proprietà relativa o relativamente inefficace ove con ciò si voglia intendere "un diritto di pseudo dominicale di incerta realtà"; si tratterebbe invece di una proprietà opponibile al dante causa ed ai terzi, fatto salvo quel terzo che provveda a trascrivere anteriormente.

In contrario può osservarsi come non si riesca a cogliere la differenziazione rispetto alla costruzione elaborata dal BARASSI. In altre parole, o si ammette che la proprietà è piena, assoluta ed opponibile a chiunque, salvo venir meno per effetto della prioritaria trascrizione,

tavolare. La tesi anticonsensualistica, infatti, subordina alla trascrizione non già la “mera” opponibilità del diritto ai terzi, bensì, addirittura, l’esistenza stessa del trasferimento reale *inter partes*<sup>71</sup>.

Ciononostante, non può negarsi che anche la teoria relativistica in esame finisce pur sempre per attribuire alla prioritaria trascrizione del primo acquirente una valenza di carattere costitutivo<sup>72</sup>. In particolare, il titolo rileverebbe quanto ai rapporti tra le parti, la trascrizione, invece, ai fini dell’opponibilità ai terzi del già avvenuto trasferimento del diritto reale. In questo senso la pubblicità completerebbe “la formazione di un trasferimento o di una costituzione relativa a un perfetto diritto reale, coordinandosi in un blocco inscindibile col titolo<sup>73</sup>”.

---

ovvero si ritiene che la stessa non sia pienamente opponibile, ma allora, al di là delle differenze semantiche, non sarebbe proprietà. Del resto è lo stesso autore (ID., *ult. op. loc cit.*) che precisa come “l’effetto costitutivo della trascrizione, innegabile pure nella fattispecie in esame [primo acquirente primo trascrivente] concerne esclusivamente [ma pur sempre!, aggiungiamo noi] l’opponibilità assoluta, ma non la restante gamma di attribuzioni proprietarie che circolano solo con il consenso. Sul punto v. *infra cap.*

<sup>71</sup> Rileva BARASSI, *Diritti reali e possesso*, cit., p. 480 che la registrazione nei libri fondiari è di per sé solo elemento costitutivo nell’acquisto del diritto reale; viceversa la trascrizione limiterebbe la propria funzione a quella della “pubblica notificazione del titolo originario”. Si tratterebbe di una notificazione “necessaria per la piena formazione di un trasferimento o la costituzione di diritti reali”.

<sup>72</sup> Cfr. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, cit., 480 ss., 486 s., il quale, superando la sua stessa affermazione (ID., *ivi*, p. 482) per cui la trascrizione parteciperebbe di un mero carattere di necessità che deriverebbe dal fatto che “gli effetti giuridici opponibili ai terzi non derivano dalla pubblicità ma dall’atto reso pubblico”, ammette (ID., *ivi*, 487) che si possa parlare di “forme costitutive [di trascrizione] limitatamente all’opponibilità ai terzi”. La trascrizione sarebbe quindi bensì *modus acquirendi*, ma solamente nei confronti dei terzi e non tra le parti ove l’effetto reale si sarebbe già prodotto. Precisa ulteriormente l’Autore (ID., *ivi*, p. 487) che nell’ambito delle vicende traslative e costitutive di diritti reali immobiliare, la trascrizione non aggiunge qualche cosa al titolo, ma lo integra, concorrendo alla trasmissione o costituzione del diritto. Vi sarebbe quindi una sorta di attenuazione del principio della volontà a tutela dei terzi (parla di contenimento dell’efficacia reale del consenso FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., p. 122).

<sup>73</sup> BARASSI, *Diritti reali e possesso*, cit., 481; sullo stesso piano posso collocarsi le opinioni di chi (BARBERO, *Il Sistema di diritto privato*, cit., p. 317; BENCINI, *Brevi considerazioni sulla natura della trascrizione*, in *Rivista di diritto. Ipotecario*, 1966, p. 242) ritiene che la trascrizione comporti l’avveramento della *condicio iuris* sospensiva dell’efficacia *erga omnes* dei diritti reali. Come visto di *condicio iuris* parla anche GENTILE (*La trascrizione immobiliare*, cit., p. 66) con

Quanto alla spiegazione del prodursi dell'effetto reale in capo a chi acquista da colui il quale non aveva più il diritto (avendolo già trasferito), viene fatto richiamo al concetto per cui la proprietà sarebbe da considerarsi "trasmessa al secondo acquirente per effetto puramente della trascrizione: sia pure appoggiata dal titolo. Come nel sistema germanico"<sup>74</sup>.

### 2.2.2 La teoria della proprietà relativa

Si discosta per alcuni aspetti dall'impostazione sopra descritta la tesi di altro noto autore<sup>75</sup>, che perviene tuttavia, di fatto, a negare comunque carattere pienamente reale al diritto trasferito prima della trascrizione e determina, esplicando una conseguenza che forse potrebbe apparire logicamente ineludibile anche seguendo la precedente ricostruzione, la configurabilità di una scissione tra titolarità del diritto e potere di disposizione del medesimo.

La considerazione iniziale muove dal dato, suffragato dalla lettera dell'art. 2644 c.c., per cui gli atti contemplati dal primo comma dell'art. 2644 c.c. sono inefficaci non verso tutti, bensì unicamente verso coloro i quali abbiano acquistato a qualunque titolo diritti reali immobiliari sulla base di un atto trascritto o iscritto anteriormente<sup>76</sup>. A questo

---

riferimento, tuttavia, non già alla sola opponibilità ai terzi, bensì all'esistenza stessa del diritto reale. Cfr. anche COMPORI, *Diritti reali in generale*, cit. p. 99 per il quale la trascrizione rileva "come fatto giuridico formale, destinato ad aggiungersi ad altri fatti giuridici (fra cui l'atto di acquisto) al fine di completare la fattispecie attributiva di diritti irrevocabili." Per MESSINEO (*Manuale di diritto civile e commerciale*, II, 1, Milano, 1952, 545), la trascrizione varrebbe quindi a "trasformare un'impossibilità giuridica (quella di acquistare da chi ha già alienato, o costituito, il dato diritto) in una possibilità giuridica. Senza la trascrizione è fuori dubbio che il secondo (o ulteriore) avente causa dal medesimo autore non potrebbe fare acquisto efficace. Pertanto il primo acquisto non trascritto o trascritto tardivamente, è inefficace, soltanto nei confronti del secondo [...] e non nei confronti del dante causa e di ogni altro terzo (inefficacia relativa)". In altre parole il negozio perfezionatisi per primo sarebbe inefficace solo nei confronti del primo trascrivente al quale solo spetterebbe far valere la carenza di trascrizione del primo acquisto.

<sup>74</sup> BARASSI, *Diritti reali e possesso*, cit., 498.

<sup>75</sup> Il riferimento è alla teoria della proprietà relativa espressa da FUNAIOLI, *La cosiddetta proprietà relativa*, in *Studi in onore di Cicu*, I, Milano, 1951, p. 103 ss., ora in *La proprietà relativa*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, 287 ss.

<sup>76</sup> FUNAIOLI, *La proprietà relativa*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, 287 s. il quale continua precisando ulteriormente come "prima della trascrizione

rilievo di matrice marcatamente letterale viene aggiunta la considerazione che la trascrizione non può assurgere a modo di acquisto del diritto<sup>77</sup>, essa, cioè, non può valere come titolo ma si limita a rendere noto il titolo<sup>78</sup>.

La conseguenza che viene tratta da quanto sopra risiede nel ritenere che già prima della trascrizione *tutti* gli acquirenti dal comune autore di diritti incompatibili sono proprietari.<sup>79</sup> In altre parole, il disponente potrebbe con due o più alienazioni spogliarsi della proprietà del medesimo bene nei confronti di più soggetti che diventerebbero tutti proprietari (titolari quindi, anche i secondi – cronologicamente - aventi causa di un diritto reale e non meramente di credito) sulla base del concetto di inefficacia relativa del diritto reale, dal momento che il diritto del primo acquirente non varrebbe nei confronti del secondo e viceversa<sup>80</sup>.

---

l'acquisto [anteriore] sia valido ed efficace tanto tra le parti che di fronte ai terzi, ma diventa inefficace solo di fronte a chi per primo trascrive o iscrive rendendo così il proprio diritto *potiore*. I terzi non possono eccepire, come tali, la mancanza di trascrizione, per evitare che ad essi sia opponibile il rapporto non trascritto.” Tale Autore nell’elaborare l’impostazione in parola si rifà alla teoria del CICU (*Servitù prediali*, Bologna, 1931, 44 ss.) circa la inorganicità, ossia la fondamentale relatività e indipendenza reciproca dei rapporti patrimoniali privati, in relazione al gioco dei singoli interessi individuali presi in considerazione dalla norma (FUNAIOLI, *ivi*, 291 e 296).

In questo quindi si identifica la principale differenza con la sopra esposta tesi del BARASSI che non distingue tra terzi che abbiano trascritto o iscritto diritti incompatibili ed altri terzi. Cfr. inoltre MIRABELLI, *Del diritto dei terzi secondo il codice civile italiano*, cit., 124 e GIOVENE, *Il negozio giuridico rispetto a terzi*, che ipotizza l’esistenza di due proprietà “che potrebbero dirsi l’una *naturale*, l’altra *civile*” che coesisterebbero sulla medesima cosa in favore di diverse persone.

<sup>77</sup> FUNAIOLI, *La proprietà relativa*, 290; cfr. anche ID., *La cosiddetta proprietà relativa*, in *Studi in onore di Cicu*, I, Milano, 1951, 386 nonché ID., *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in *Giust. civ.*, 1953, I, 175 s.

<sup>78</sup> Cfr. N. COVIELLO, *Della trascrizione*, cit., 7 e 369.

<sup>79</sup> FUNAIOLI, *La proprietà relativa*, 290.

<sup>80</sup> FUNAIOLI, *ivi*, 291 ss. Osserva peraltro FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit. 126, come l’Autore in esame mostri una “singolare oscillazione di vedute”. Se, infatti, in *La cosiddetta proprietà relativa*, cit. p. 292 afferma che “prima della trascrizione [...] il conflitto si risolve nel senso che l’acquisto del primo rende del tutto inefficace di fronte a chiunque gli acquisti successivi, finché non segua la trascrizione di uno di questi” anteriormente in *Efficacia della trascrizione*, in *Riv. not.*, 1949, p. 290 aveva affermato che “prima della trascrizione il primo acquirente è proprietario nei confronti del

Il conflitto non è quindi tra l'esistenza dell'un diritto e l'inesistenza dell'altro: entrambi (o tutti) i diritti sono perfettamente validi ed esistenti e potranno essere opposti nei confronti dei terzi; così tutti gli acquirenti dal medesimo autore potranno parimenti agire in rivendica nei confronti di chi ingiustamente possenga la cosa.

Ne consegue che gli acquirenti successivi dal medesimo dante causa sono tutti acquirenti *a domino*. Secondo questa ricostruzione, quindi, la trascrizione avrebbe sempre valenza costitutiva e non sarebbe configurabile un'asimmetria nel modo di operare della stessa al fine del prodursi della vicenda traslativa<sup>81</sup>. L'asimmetria trova, difatti, il suo fondamento nella qualificazione, quanto meno nella fase iniziale, del secondo acquisto come *a non domino*, circostanza che, si è visto, deve essere secondo questa ipotesi ricostruttiva esclusa alla base. Il titolo d'acquisto sarebbe sempre a carattere derivativo<sup>82</sup>.

“Ne consegue che abbiamo più diritti esistenti, validi, ma relativamente inefficaci: fra questi singoli diritti concorrenti, in quanto coesistono, vi è collisione relativamente a tali rapporti tra loro, nei limiti in cui l'acquisto di ciascuno sia di egual contenuto, e così determinano i confini dell'affermata relatività del dominio, la quale cessa solo con l'atto trascritto, riguardo al

---

secondo che ha acquistato prima di lui”, mentre in *Intorno al concetto di realtà ed ai diritti di godimento su cosa altrui*, in *Riv. int. Fil dir.*, 1942, 256, nt. 1 aveva osservato che “finchè il secondo compratore non trascrive avanti che trascrive il primo non v'è dubbio [...] che solo il primo acquirente è proprietario”. Oscillazione di vedute che, si potrebbe aggiungere, altro non significano se non un mutato orientamento dell'autore rispetto alle prime ipotesi ricostruttive frutto della maturazione del proprio pensiero. Sul punto V. anche le osservazioni di GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 467, nt. 20.

<sup>81</sup> Come si vedrà meglio *infra* e come già traspare dopo aver considerato alcune delle opinioni in passato espresse sul punto, pare invece che il sistema della trascrizione, così come concepito dal legislatore, nel dettare l'art. 2644 c.c., debba ritenersi asimmetrico; ciò in quanto la natura e la rilevanza che la trascrizione ricopre a seconda che essa venga prioritariamente effettuata per il primo o per il secondo acquisto, pare radicalmente diversa (cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 461).

<sup>82</sup> FUNAIOLI, *La cosiddetta proprietà relativa*, in *Studi in onore di Cicu*, cit. 290; cfr. le osservazioni sul punto di GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 467. Che l'acquisto sia a titolo derivativo, peraltro, come si cercherà di dimostrare, con argomentazioni che non pare di anticipare in questa sede, non comporta l'impossibilità che esso sia *a non domino*; sul punto v. *infra*, cap. <>

contenuto dell'atto trascritto<sup>83</sup>". Questo comporta una rideterminazione del concetto di efficacia *erga omnes* dei diritti reali che possono essere tutelati contro i terzi, contro i successivi aventi causa, contro violazioni di chi si impossessi della cosa, ma non occorre, invece, per essere considerati tali, che siano opponibili a *tutti* i terzi, nessuno escluso<sup>84</sup>.

Una volta eseguita tempestivamente la trascrizione, il diritto dell'acquirente trascrivente diventa opponibile a tutti e viene meno l'efficacia nei confronti dei terzi del diritto degli altri acquirenti non (o successivi) trascriventi<sup>85</sup>. La trascrizione finisce quindi per alterare la parità tra i più aventi causa di diritti incompatibili e attribuire rilevanza a uno dei due acquirenti<sup>86</sup>.

Questa tesi, tra gli altri aspetti controversi, perviene in ultima analisi ad ammettere in capo al dante causa, che pur si sarebbe privato della titolarità del diritto, una "legittimazione residua, finché nessuno trascriva"<sup>87</sup>. Solo così del resto, secondo l'impostazione tradizionale, può ammettersi che il comune autore possa disporre più volte del medesimo diritto senza per ciò stesso che gli acquisti successivi siano da ritenersi *a non domino*<sup>88</sup>.

Una ricostruzione per certi versi analoga, quanto meno ove si consideri la peculiarità della scissione tra legittimazione e titolarità è stata da altri proposta mutuando un apparato concettuale proprio della circolazione dei titoli

---

<sup>83</sup> FUNAIOLI, *La cosiddetta proprietà relativa*, in *Riv. dir. comm.*, 294. Cfr. inoltre MAIORCA, *Della trascrizione*, in *Commentario D'Amelio, Tutela dei diritto*, Firenze, 1943, 141 ss. il quale pure aderendo al concetto di risoluzione che si illustrerà nel prosieguo, asserisce che fino al verificarsi della trascrizione vi sarebbe comunque una collisione fra i diritti del primo ed i diritti del secondo acquirente e che le due fattispecie possano coesistere perché non sono complete, né gli effetti di efficacia o inefficacia son definitivi. Tuttavia tale Autore precisa ulteriormente come fino alla trascrizione sia da ritenersi provvisoriamente efficace solo l'acquisto del primo, e non anche quello del secondo.

<sup>84</sup> FUNAIOLI, *ivi*, 295.

<sup>85</sup> FUNAIOLI, *ivi*, 297.

<sup>86</sup> Cfr. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit.,

<sup>87</sup> FUNAIOLI, *La cosiddetta proprietà relativa*, cit., p. 393. In questa direzione sembra anche esprimersi VETTORI, *Consenso e trascrizione*, cit., p. 107 per il quale "il *dominus* non ha consumato, nei confronti dei terzi, il suo diritto con l'atto dispositivo, perché prima della trascrizione non è ancora definita la vicenda connessa all'atto traslativo".

<sup>88</sup> Cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 467.

di credito<sup>89</sup>: il comune autore a seguito dell'atto di alienazione si priverebbe sì della titolarità del diritto, ma conserverebbe la legittimazione della medesima situazione giuridica.

Viene precisato, difatti, come “trascrizione e girata [siano] fenomeni giuridici della stessa specie, perché per loro natura producono effetti analoghi; non trasferiscono il diritto, né rappresentano integralmente il fatto da cui il diritto dipende: rendono solo riconoscibile l'aspetto formale di tale fatto, le dichiarazioni degli interessati – e quindi modificano [...] solo la legittimazione, mentre l'aspetto sostanziale di esso, lo scambio in vista del quale è statuita l'efficacia del contratto e da cui questa dipende, resta in entrambi i casi occulto... ”<sup>90</sup>. Ne consegue che anche in base a questa impostazione ci si può trovare in presenza di più atti di alienazione aventi a oggetto diritti reali immobiliari tutti idonei a trasferire la titolarità, mentre sul piano della legittimazione è destinato a prevalere l'acquirente il cui titolo per primo sia stato trascritto<sup>91</sup>. Anche qui, quindi, non vi è spazio, in assenza della trascrizione, per l'applicazione della regola del *prior in tempore prior in iure*.

Sembra, tuttavia, a differenza di quanto è possibile constatare con riferimento alla assimilabile teoria della proprietà relativa, che in questo caso la situazione giuridica riconosciuta all'avente causa prima della trascrizione sia

---

<sup>89</sup> Viene, peraltro, da parte della dottrina, rilevato come la legittimazione altro non sia se non la titolarità del potere di disporre, pervenendo sul piano sostanziale, ed equiparare la tesi descritta della scissione tra potere di disposizione e titolarità e quella descrittiva della scissione tra legittimazione e titolarità. In questo senso v. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 468, L. FERRI – ZANELLI, *Della trascrizione*, cit., 43 ss.. Cfr. anche FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., 127, nt. 74.

<sup>90</sup> RAVÀ, *Legittimazione e rappresentanza indiretta nell'alienazione*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1952, I, 31.

<sup>91</sup> Precisa, infatti, RAVÀ, *Legittimazione e rappresentanza indiretta nell'alienazione*, cit. 31, che “la trascrizione non incide sulla titolarità dei diritti che fanno capo ai contraenti, poiché questa è retta dall'intera fattispecie negoziale [...] ma sulla legittimazione”. Di questo avviso pare anche PUGLIATTI, *La trascrizione*, II, *l'organizzazione e l'attuazione*, cit., 177 s., secondo il quale “finché la trascrizione non si attua, l'alienante rimane titolare della legittimazione e in base a questa legittimazione può costituire a favore d'altri un titolo ulteriore. [...] La legittimazione si mantiene presso l'alienante, finché non si opera la trascrizione contro di lui e si acquista all'acquirente con la trascrizione in di lui favore.”

riconducibile al diritto di credito piuttosto che a un diritto reale, per così dire, affievolito<sup>92</sup>.

Sicchè in presenza di più atti di disposizione aventi il medesimo o, comunque, incompatibile oggetto, si avrebbero più titoli “validi ed efficaci sul piano della titolarità”, mentre la legittimazione a disporre “si manterrebbe presso l’alienante, finchè non si opera la trascrizione contro di lui (e si acquisterebbe dall’acquirente con la trascrizione in di lui favore)”<sup>93</sup>.

Parte della dottrina ha ritenuto di fondare la non divisibilità della prospettata tesi sulla base del convincimento che non sia rinvenibile, nel nostro ordinamento giuridico, un potere di disposizione slegato dalla titolarità del diritto cui esso si riferisce<sup>94</sup>. La legittimazione non può circolare indipendentemente dalla titolarità<sup>95</sup>. Del resto si osserva come ciò possa eventualmente accadere ove si discorra di diritti di credito: in tal caso è sì possibile ipotizzare una pluralità di negozi con i quali si assuma la medesima obbligazione o si trasferisca il medesimo diritto personale di godimento, posto che in tal caso la facoltà di disposizione non si consuma<sup>96</sup>. In

---

<sup>92</sup> RAVÀ, *Legittimazione e rappresentanza indiretta nell’alienazione*, cit., 150ss, 167 ss.

<sup>93</sup> PUGLIATTI, *La trascrizione. L’organizzazione*, cit., p. 177 s.

<sup>94</sup> Cfr. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, cit., p. 79 che dubita dell’autonomia giuridica della legittimazione e della sua stessa configurabilità come elemento della fattispecie; THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padova, 1951, p. 319, per il quale “il potere di disposizione non si può qualificare come forza che logicamente dovrebbe preesistere al diritto su cui agisce”; NATOLI, *La proprietà*, Milano, 1970, p. 101 per il quale tale facoltà rappresenta “soltanto una situazione virtuale del soggetto cioè la giuridica possibilità di assumere un certo comportamento e quindi un’attività meramente eventuale”.

<sup>95</sup> Negano la possibilità che il potere di disposizione possa circolare separatamente dalla titolarità del diritto GABRIELLI, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 453; CORRADO, *Pubblicità*, cit., 322; MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, cit. 13 ss.; L. FERRI, *Note introduttive*, cit., 353.

<sup>96</sup> GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 470, secondo il quale non pare “ipotizzabile un atto astratto che costituirebbe base per l’investitura sul piano formale mediante trascrizione a fianco ad un atto causale che attribuirebbe la proprietà”. Cfr. GABRIELLI, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, 453, il quale (*ivi*, nt. 78) osserva come un vero e proprio conflitto di diritti, assimilabile a quello previsto dall’art. 1380 c.c. e per ciò stesso contrapposto a quello dell’art. 2644 c.c., si configura in casi di più acquirenti per atto tra vivi dal medesimo dante causa di diritti tra essi

questo tuttavia si avvicina la situazione di cui si diviene titolari dopo il negozio dispositivo e prima della trascrizione del medesimo a quella della titolarità di un diritto di credito, in aperto contrasto, quindi, con la regola portata dall'art. 1376 c.c.<sup>97</sup>

### 2.2.3 La teoria dell'inefficacia relativa

Il problema della doppia alienazione immobiliare è stato da altra dottrina trattato e risolto nell'ambito dello studio dell'inefficacia (relativa) del contratto, muovendo, quindi, le proprie considerazioni da una prospettiva diversa di quella proprie delle altre teorie relativistiche cui si è fatto sopra riferimento<sup>98</sup>.

Trattando del negozio colpito da inefficacia relativa, viene rilevato che esso produce ugualmente tutti gli effetti che gli appartengono di fronte ai terzi "compresi i soggetti nei cui confronti opera il rimedio" dell'inefficacia<sup>99</sup>. E una riprova di questa ricostruzione viene individuata

---

incompatibili nell'ambito del sistema tabolare (sul punto cfr. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, cit., 11 s.; cfr. ID., *Conflitto tra locatari possessori successivi (art. 1380, comma 1°)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 702, il quale osserva che la locazione successiva non solo è valida ma anche pienamente efficace); NATOLI, *Trascrizione*<sup>2</sup>, 8 ss. e 13 ss.

<sup>97</sup> Per giustificare questa situazione vi è chi (FERRARA SEN., *I negozi sui patrimoni altrui (proposito di una recente pubblicazione)*, in *Riv. dir. comm.*, 1937, I, 179) perviene ad individuare in capo al *non dominus* un vero e proprio potere di disposizione tale da consentirgli nei casi previsti dalla legge, tra i quali viene annoverata la doppia alienazione immobiliare, il potere di compiere negozi sui patrimoni altrui.

<sup>98</sup> SCALISI, voce "*Inefficacia*" (*dir. priv.*), in *En. Dir.*, Milano, 1971, XXI, 353 ss. Questa impostazione viene sovente trattata unitamente a quella della c.d. proprietà relativa. Si è, tuttavia, ritenuta preferibile una trattazione distinta delle due teorie al fine di evitare di incorrere nell'equivoco di considerarle equipollenti e ciò nel dichiarato intento di evidenziare i diversi piani in cui esse si muovono: quello dell'efficacia del contratto, quanto alla tesi c.d. dell'inefficacia relativa, e quello della struttura e delle caratteristiche normologiche del diritto reale, quanto alla tesi c.d. della proprietà relativa. E' vero che l'una e l'altra finiscono, di fatto, per attribuire alla trascrizione rilevanza ai fini dell'opponibilità ai terzi (o ad alcuni di essi) e ad ammettere la coesistenza di più diritti "reali" potenzialmente ed astrattamente incompatibili sullo stesso bene. Non può, tuttavia, obliterarsi la circostanza che a questo risultato si perviene per vie a nostro avviso diverse.

<sup>99</sup> SCALISI, *ult. op. cit.*, p.

nell'ambito dell'istituto della trascrizione immobiliare ove, si sottolinea, l'atto non trascritto è, cionondimeno, efficace e produce, in quanto tale, l'effetto traslativo tipico che non può non operare nei confronti di tutti.

La spiegazione del fenomeno viene individuata nella considerazione per cui l'inefficacia relativa, cui sarebbe in ultima analisi affetto anche il negozio traslativo non trascritto, non incide sulla vigenza ed esistenza degli effetti ed anzi presuppone che gli effetti in questione si producano nella sfera dei terzi tutelati dall'inopponibilità stessa. L'inefficacia relativa, infatti, viene configurata quale "rimedio posto nella tutela dell'interesse del terzo, in quanto titolare di una situazione incompatibile con gli effetti dell'atto da cui riceve pregiudizio". Viene quindi osservato come, dal momento che "gli effetti riflessi verso i terzi sono conseguenza ulteriore e mediata della realizzazione degli effetti tipici del negozio, consegue che in tanto l'inefficacia relativa può tutelare il terzo dal pregiudizio [...], in quanto essa venga a incidere sulla fase di attuazione (intesa come *concreta* e non solo astratta attuabilità) degli effetti tipici di tale atto rispetto ai terzi"<sup>100</sup>. Questa spiegazione che vede nel fenomeno in esame una forma di tutela dell'interesse del terzo (l'altro acquirente) non esclude ed, anzi, presuppone (giacchè altrimenti ci si troverebbe in presenza di un effetto essenzialmente inattuabile che non potrebbe nemmeno esistere come effetto<sup>101</sup>) la realizzazione dell'effetto interno, cioè, sembra da doversi intendere, della vicenda traslativa tra le parti.

La tutela del terzo quindi "si risolve in un limite alla realizzazione nei confronti dei terzi dell'interesse negoziale in questo senso: che la situazione giuridica nascente dal negozio relativamente inefficace, mentre potrà operare tra le

---

<sup>100</sup> SCALISI, *ult op. cit.*, p. . il quale si richiama alla distinzione elaborata da autorevole dottrina (FALZEA, *Teoria dell'efficacia giuridica*, cit., 100 s.; ID., voce "Efficacia", in *En. dir.*, XIV, 1965, p. <> ss.) tra il profilo della validità o della vigenza degli effetti giuridici e quello della loro attuabilità, intesa come traduzione in corrispondenti azioni o comportamenti umani. Il rapporto tra i due profili viene quindi precisato nel senso che, mentre non vi può essere attuabilità senza validità né validità senza astratta possibilità di attuazione, può aversi, invece, validità senza attuabilità in concreto, "anche cioè se manchi l'efficienza dell'effetto giuridico [...] verso i terzi (ad esempio, mancanza di pubblicità dichiarativa)".

<sup>101</sup> FALZEA, *Teoria dell'efficacia giuridica*, cit. 96 s.

parti e in confronto a determinate categorie di persone (terzi indifferenti), resterà invece inefficiente (cioè inattuabile) rispetto ad altre categorie (terzi interessati) alle quali non potrà essere opposta<sup>102</sup>”.

### 2.3 CRITICA ALLA TEORIE RELATIVISTICHE: L'OPPONIBILITÀ ERGA OMNES (NORMATIVA) COME TRATTO CARATTERIZZANTE LA FIGURA DEL DIRITTO REALE

Come si cercherà di dimostrare nelle righe che seguiranno, il principale rischio insito nella descritta ricostruzione appare quello di pervenire comunque a negare l'attualità del principio del consenso traslativo nel nostro ordinamento, di fatto sotto questo profilo accostandosi, pur con le dovute differenziazioni, alla teoria anticonsensualistica.

E' evidente, infatti, che nel momento in cui si perviene a riconoscere la trascrizione quale elemento costitutivo dell'opponibilità del diritto reale ai terzi, si perviene di fatto a negare che il consenso delle parti possa di per sé solo trasferire o costituire un diritto reale immobiliare. Infatti, con le dovute precisazioni che seguiranno in ordine ai tratti caratterizzanti la figura del diritto reale, può asserirsi che, negare l'opponibilità del diritto reale ai terzi e, quindi precludere all'avente causa non trascrivente gli strumenti di tutela tipicamente predisposti per quelle che vengono descritte situazioni giuridiche di carattere reale, significa negare in nuce la stessa esistenza, prima della trascrizione, del diritto reale.

Il diritto reale, infatti, altro non è che una formula descrittiva di una situazione tipica configurata dall'ordinamento attraverso la previsione di una serie caratterizzante di norme di valutazione dei comportamenti che si traducono, a loro volta, in peculiari strumenti di tutela. Negare l'esistenza dei predetti strumenti di tutela, significa escludere a monte l'esistenza del diritto reale, che non può

---

<sup>102</sup> SCALISI, voce “*Inefficacia*” (*dir. priv.*), cit. 354 che riprende FALZEA, voce “*Efficacia giuridica*” cit., 463. In questo senso sembra anche BARBERO, *Sistema*, cit., I, 515, per il quale l'inefficacia relativa del negozio esprime soltanto che i suoi effetti non possono essere invocati contro certe persone..

essere ritenuto una realtà ontologica concettuale, in grado addirittura di “vivere” senza le caratteristiche normative che le competono.

Per meglio comprendere questa affermazioni occorre affrontare una breve indagine circa la ricostruzione strutturale e funzionale del diritto reale, muovendo dalla figura paradigmatica del diritto di proprietà.

In ciò pare doveroso avere presente che il principio del consenso traslativo postula l' idoneità del (solo) consenso delle parti legittimamente manifestato al trasferimento o alla costituzione di un diritto reale. Conseguentemente, il solo consenso delle parti dovrebbe essere sufficiente a determinare la disapplicazione dello statuto normativo caratterizzante il diritto reale in capo al dante causa e la conseguente applicazione del (medesimo) statuto normativo in capo all' avente causa<sup>103</sup>.

Il punto è comprendere, senza alcuna pretesa di esaustività e, cioè, nei limiti in cui ciò possa agevolare la comprensione del problema in esame, quale sia lo statuto normativo del diritto reale tale da distinguerlo dall'altra categoria, da concepirsi sempre sul piano descrittivo dei concetti, del diritto di credito.

In particolare e senza alcuna pretesa di affrontare una trattazione di teoria generale del diritto che non competerebbe al presente lavoro, può condividersi, nella ricostruzione del diritto reale, l' abbandono della c.d. teoria, pur autorevolmente sostenuta, personalistica, caratterizzata dalla ricostruzione del diritto assoluto, e con esso, del diritto reale, che ne costituisce la figura principe, attraverso lo schema del rapporto giuridico.

Questa impostazione, negando rilevanza giuridica alla relazione fra soggetto e cosa, ricostruisce la costituzione e la conformazione del diritto, ancorchè reale, sulla base delle regole attinenti alle relazioni intersoggettive; anche ove riferito ad una *res*, il rapporto giuridico può dirsi intercorrente unicamente fra soggetto e soggetto e non fra soggetto e cosa<sup>104</sup>. Da qui la costruzione del diritto reale in termini meramente negativi attraverso l' accentuazione del

---

<sup>103</sup>Sono estranee alla presente indagine le problematiche relative alla derivatività o originarietà degli acquisti che verranno trattate nei capitoli successivi.

dovere generale che incombe su tutti i soggetti dell'ordinamento di non turbare il titolare nell'esercizio del suo diritto. La distinzione tra diritti relativi od assoluti viene quindi ricondotta alla distinzione tra diritti vevoli nei confronti del solo soggetto tenuto all'adempimento, quanto ai primi, e nei confronti di tutti i consociati, quanto ai secondi<sup>105</sup>.

La dottrina più recente<sup>106</sup> reagisce criticamente verso la descritta concezione personalistica del diritto reale e verso le concezioni c.d. eclettiche che su quella teoria si sono sviluppate<sup>107</sup>. Viene, invero, osservato come solo a seguito della violazione del diritto potrebbe nascere un rapporto tra soggetto titolare del diritto e responsabile della sua violazione<sup>108</sup>.

---

<sup>104</sup> Configurano il diritto reale quale potere o pretesa di un soggetto nei confronti di tutti i consociati, i quali sono tenuti ad astenersi da ogni ingerenza sulla cosa, tra gli altri, ARANGIO – RUIZ, voce “*Ius in re aliena*”, cit., p. 118 ss.; VENEZIAN, *Lezioni sui diritti reali*, Bologna, 1903-1904, p. 3 ss.; ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*<sup>5</sup>, Torino, 1958, p. 193 ss. In questo modo la costruzione del diritto soggettivo viene ricondotta alla tutela della situazione soggettiva verso gli altri soggetti dell'ordinamento, ed il diritto si traduce in una posizione di preminenza di un soggetto verso gli altri.

<sup>105</sup> Per superare le difficoltà insite nell'ammettere l'esistenza di un unico rapporto giuridico tra titolare del diritto e tutti i consociati, si perviene a ricostruire il diritto reale come fascio o complesso di rapporti giuridici a contenuto negativo tra titolare e terzi gravati dal dovere di non ingerenza (ALLARA, *Nozioni fondamentali*, cit., p. 193 ss., 587 ss.).

<sup>106</sup> GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940, I, p. 159 ss.; ROMANO S., *Diritti assoluti*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit. p. 52 ss.; BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 28 ss., 44 ss.; BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, cit. p. 120; PERLINGERI, *Introduzione alla problematica della “proprietà”*, Camerino, 1971, p. 2

<sup>107</sup> Le teorie eclettiche, infatti, prendendo spunto anche delle vecchie ricostruzioni classiche, considerano ora il lato interno del diritto (che si concreta nel potere immediato e diretto sulla cosa,) ora il suo lato esterno (che si concreta nell'assolutezza del diritto, e quindi nella sua opponibilità *erga omnes*). Cfr. UBERTAZZI, *Studi sui diritti reali nell'ordine internazionale*, Milano, 1949, p. 37 ss., che individua i tratti salienti del diritto reale considerando il lato attivo nel diritto di soddisfarsi immediatamente sulla cosa e considerando quello passivo nel dovere di astensione di tutti i consociati; PUGLIESE, voce “*Diritti reali*”, in *En. dir.*, XII, p. 765 ss.

<sup>108</sup> NICOLÒ, *Istituzioni*, cit., p. 36; PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, cit., I, p. 23. Si vedano inoltre diffusamente le critiche di COMPARTI, *Diritti reali in generale*<sup>2</sup>, in *Tratto. Cicu – Messineo*, continuato da Mengoni e diretto da Schlesinger, Milano, 2011, p. 9 ss.

Superate quindi le concezioni personalistiche del diritto reale, come diritto assoluto che si traduce in una relazione intersoggettiva *erga omnes*, e le concezioni classiche che fanno idea sul potere diretto ed immediato sulla cosa o della cosa quale essenziale oggetto del rapporto, la moderna dottrina si è preoccupata di fornire nuove ricostruzioni in ordine alla nozione di diritto reale ed alla sua distinzione con il diritto di credito. In questo deve confermarsi la permanenza della validità della distinzione tra le due categorie di diritti, posto che l'ordinamento giuridico ricollega pur sempre alle situazioni comunemente definite reali una speciale disciplina che consente di distinguerle dalle situazioni c.d. relative, di credito<sup>109</sup>.

Al riguardo viene da parte della dottrina evidenziato come l'analisi del profilo contenutistico del diritto (poteri, facoltà, obblighi, limiti ecc.), pur rilevante per la individuazione dei singoli tipi di diritti reali<sup>110</sup> non possa formare il criterio di individuazione della categoria<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> Cfr. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, cit., 66, circa la specificità della disciplina dettata dall'ordinamento per le situazioni reali, l'Autore richiama, a titolo esemplificativo, la tutela possessoria, l'acquisto a titolo originario *a non domino* o su *res nullius*, la competenza per territorio o per valore relative ai diritti reali immobiliari, la legittimazione attiva o passiva per l'esperienza delle azioni reali cui può aggiungersi anche l'applicabilità delle norme di diritto internazionale privato. V. più ampiamente ID., *ult. op. cit.*, p. 209 ss.

La prospettiva andrebbe meglio precisata: in tanto appare utile distinguere i diritti reali dai diritti di credito in quanto l'ordinamento giuridico detti delle norme che disciplinano in maniera uniforme alcuni aspetti comuni a tutti i diritti reali ed alcuni aspetti comuni a tutti i diritti di credito, mentre disciplina in maniera costantemente difforme alcuni aspetti appartenenti all'una ed all'altra categoria. Quello che si vuole evidenziare, cioè, è che il diritto reale non può e non deve essere concepito come una categoria concettuale che esiste prima e fuori dall'ordinamento, ma può e deve essere concepita quale formula descrittiva che si riferisce a determinate norme valutative dell'ordinamento che presuppongono in maniera uniforme e costante determinati fatti.

<sup>110</sup> Cfr. COMPORTI, *ult. op. cit.*, 67; NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 79 ss.; BARASSI, *Diritti reali e possesso*, cit., I, p. 56; MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, cit., 160 ss.

<sup>111</sup> COMPORTI, *ult. op. loc. cit.* Con questo non pare che l'Autore voglia negare che il diritto sia qualcosa di diverso dal suo contenuto (conclusione cui perviene nell'interpretazione del pensiero del COMPORTI, invece, FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., p. 144 ed *ivi* nt. 14); come di vedrà, infatti, a prescindere dalla qualificazione che debba darsi del diritto reale, a noi sembra che comunque il COMPORTI pervenga a qualificare il diritto reale, pur attraverso il concetto di inerenza, comunque riferendosi ai rimedi ed agli strumenti

Questo in quanto il “profilo fondamentale dell’utilizzazione” che apparterebbe ai tratti distintivi della proprietà e degli altri diritti reali di godimento mancherebbe nei diritti reali di garanzia, sia perché viene evidenziata la comunanza del detto profilo con i diritti personali di godimento<sup>112</sup>.

Il punto di vista da cui muove questa dottrina è quello della relazione tra diritto e cose, onde verificare la valutazione normativa che l’ordinamento compie di talune situazioni quando conferisce loro una disciplina definibile come reale e quale la *ratio* della medesima, a tal fine approfondendo il fenomeno indicato con l’espressione “inerenza del diritto reale alla cosa” che viene oggi individuato quale tratto distintivo e caratterizzante il diritto reale<sup>113</sup>.

Descrittivamente si evidenzia come l’inerenza “si verific[hi] quando l’ordinamento giuridico attribuisce al descritto collegamento funzionale fra il potere e la cosa, la virtù di rendere possibile al titolare il soddisfacimento del suo interesse, qualunque sia l’essenza dei rapporti di fatto e giuridici che involgeranno la cosa”<sup>114</sup>. Il diritto reale, “costituendo una situazione giuridica con caratteristiche sue proprie per quanto concerne il fenomeno del c.d. diritto di seguito, non sembra configurabile come categoria assoluta, ma come categoria strumentale che serve, nell’attuale momento dell’esperienza storica, ad individuare un

---

di tutela che accompagnano detti diritti e finendo pertanto anch’esso per qualificare il diritto reale sulla base delle norme dell’ordinamento giuridico che altro non fanno che attribuire peculiari diritto, poteri, facoltà obblighi. In altre parole, se l’inerenza viene individuata nel garantire al titolare del diritto reale la possibilità di esercitare il diritto stesso nei confronti di ogni altro soggetto, e ciò al fine di consentire l’affermazione del suo contenuto, a noi pare non possa pervenirsi ad altra conclusione se non ad ammettere che anche la garanzia di poter attuare il contenuto del diritto appartenga pur sempre al contenuto del diritto, come tale comune a tutti i diritti reali.

<sup>112</sup> COMPORTE, *ult. op. loc. cit.*

<sup>113</sup> Cfr. COMPORTE, *ult. op. cit.*, p. 67 s.

<sup>114</sup> GIORGIANNI, voce “*Diritti reali*”, cit. p. 752 che precisa come, dal punto di vista processuale, l’inerenza si risolve nel c.d. diritto di seguito *adversus omnes*, cioè “nella possibilità che il titolare del diritto reale persegua la realizzazione del suo interesse, consegua cioè l’oggetto della tutela nei riguardi di chiunque, in un dato momento venga a trovarsi in una determinata situazione rispetto alla cosa”.

particolare tipo di regolamentazione di diritti patrimoniali su cose, dotati dell'inerenza e del seguito"<sup>115</sup>.

Conseguenza di quanto detto è che la realizzazione della stretta inerenza tra il diritto e la cosa comporti la necessità che l'ordinamento garantisca al titolare del diritto reale la possibilità di esercitare il diritto stesso "nei confronti di ogni altro soggetto che comunque si trovi in rapporto con la cosa", all'uopo predisponendo adeguati strumenti normativi<sup>116</sup>.

E la caratteristica fondamentale del diritto reale che riassume gli strumenti predisposti dall'ordinamento per garantire tutela al titolare del diritto appare essere quella dell'opponibilità. L'inerenza, quindi, si traduce nella sostanza nell'opponibilità del diritto reale.

La dottrina sottolinea la necessità di distinguere la nozione di opponibilità da quella di rilevanza. La prima era, difatti, utilizzata dalla dottrina classica per definire il potere del titolare di rendere efficace ed esercitare il diritto sulla cosa nei confronti di ogni soggetto che si trovi in rapporto con la cosa stessa<sup>117</sup>, in questo, tuttavia, sovente incorrendo nell'equivoco di collegare l'opponibilità con l'assolutezza del diritto e nella conseguente ricostruzione del diritto reale, come diritto assoluto, attorno all'idea del rapporto ovvero, limitando l'opponibilità al diritto di seguito<sup>118</sup>.

La nozione di opponibilità viene quindi ritenuta ancora attuale nei limiti in cui la si distingue da quella di rilevanza,

---

<sup>115</sup> COMPORTI, *Diritti reali in generale*, cit., 69 che osserva come in questo modo il diritto reale non venga più ad essere configurato come potere bensì come strumento di tutela.

<sup>116</sup> COMPORTI, *Diritti reali in generale*, cit., 69. In realtà a noi pare che la situazione debba essere verificata anche secondo un diverso ordine logico. Assodato che il tratto distintivo del diritto reale risieda nell'inerenza, per come la si è descritta nel testo, ne consegue per l'interprete il dovere di verificare concretamente dinnanzi ai fatti giuridicamente rilevanti se essi determinino nell'ordinamento il sorgere di una valutazione normativa dei comportamenti che consenta di ritenere esistenti un insieme di facoltà e doveri tali da poter essere ricondotti alla nozione di strumenti normativi volti a garantire il titolare del diritto, da cui derivare, come conseguenza, la sussistenza di un diritto reale. La ricerca va quindi fatta sul piano del diritto positivo e non ontologico.

<sup>117</sup> GIORGIANNI, *Contribuito*, cit., p. 164; si veda anche il pensiero di BARASSI, *Diritti reali e possesso*, cit., I, p. 129ss.; MESSINEO, *Manuale*, cit., II, paragrafo 76, p. 239.; BARBERO, *Sistema del diritto privato*, cit., p. 714 ss.

<sup>118</sup> Cfr. BARASSI, *I diritti reali limitati*, cit. p. 38.

intesa come inviolabilità del diritto, e la si riconduca sia al profilo della tutela del diritto, sia a quello del diritto di seguito o di sequela<sup>119</sup>. La rilevanza del diritto assoluto, cioè, che si esplica nel ritenere tali diritti valevoli *erga omnes* accompagna tutti i diritti soggettivi, siano essi reali o di credito, i quali in quanto tali hanno la loro sfera di rilevanza rispetto ai terzi e presentano perciò caratteristiche di comune inviolabilità da parte dei consociati<sup>120</sup>.

Invero, nel momento in cui l'ordinamento giuridico, attraverso le norme di valutazione dei comportamenti, attribuisce tutela ad una data situazione giuridica per ciò stesso ne riconosce la rilevanza, la quale va garantita, a prescindere dalla natura del diritto, nei confronti di tutti i consociati<sup>121</sup>.

Diverso dalla rilevanza sarebbe, invece, il "profilo funzionale dell'opponibilità del diritto, cioè dell'efficacia delle varie altre situazioni strumentali (poteri, facoltà, ecc.) previste nel contenuto della situazione finale, e variamente atteggiate per la diversità di contenuto"<sup>122</sup>.

Conclusivamente si afferma come la rilevanza *erga omnes* appaia propria di tutti i diritti soggettivi, mentre l'opponibilità, che deriva dalla inerenza del diritto alla cosa, caratterizzerebbe unicamente i diritti reali<sup>123</sup>.

La tesi sopra esposta può essere condivisa nei limiti in cui si esuli dalla visuale soggettivistica: non è solo il diritto

---

<sup>119</sup> COMPORTE, *Diritti reali in generale*, cit., 70.

<sup>120</sup> Cfr. FADDA – BENZA, *Note*, cit., p. 575; MAIORCA, *L'oggetto dei diritti*, cit., p. 59; CARRARO, *Il valore attuale della massima "Fraus omnia corrumpit"*, in *Scritti giuridici in onore di Carnelutti*, III, Padova, 1950, p. 447 ss.; SATTÀ, *Esecuzione forzata*, cit., p. 3; COMPORTE, *Diritti reali in generale*, cit., p. 17 ss.

<sup>121</sup> Si vedano però le ricostruzioni delle nozioni di rilevanza e di efficacia fornite da FALZEA, voce "*Efficacia giuridica*", cit. p. 481 ss. e da SCALISI, voce "*Inefficacia (dir. priv.)*", cit. p. 322 ss. e, con un'analisi diversa, da IRTI, *Norma e fatto*, cit., p. 2 ss.. Tali autori muovono peraltro dalla problematica del fatto giuridico e non da quella delle situazioni giuridiche che sono qualificate quali effetti giuridici dei fatti (FALZEA, voce "*Efficacia giuridica*", cit. p. 477) ovvero, preferibilmente, quale formula descrittiva della valutazione normativa dei comportamenti ad essa collegata dall'ordinamento giuridico (IRTI, *Norma e fatto*, cit., p. 2 ss.). Viene peraltro rilevato (COMPORTE, *Diritti reali in generale*, cit., p. 71 s., nt. 57) che in base all'idea relativistica della fattispecie quello che in una norma appare come fatto od elemento causale, in altra norma ben possa apparire quale effetto e viceversa.

<sup>122</sup> COMPORTE, *Diritti reali in generale*, cit., p. 71

<sup>123</sup> COMPORTE, *Diritti reali in generale*, cit., p. 72.

reale a non dover essere concepito come categoria concettuale ed aprioristica entificata ma anche e, soprattutto, la l'inerenza e la sua spiegazione in termini di opponibilità.

Anche questi concetti devono, cioè, essere intesi, nella prospettiva normativa, in via meramente descrittiva, quale formula cui ricondurre un determinato statuto normativo disegnato dall'ordinamento giuridico<sup>124</sup>. Il concetto di inerenza del diritto e quello conseguente di opponibilità possono quindi senz'altro agevolare il giurista nella comprensione del fenomeno e nella ricostruzione della categoria del diritto reale, ma ciò non deve esimere dal considerare l'inerenza come una descrizione di un dato assetto normativo comunemente riconducibile alla nozione, altrettanto descrittiva, dell'opponibilità<sup>125</sup>.

E lo stesso deve dirsi per l'opponibilità. La tentazione, infatti, potrebbe essere quella di "isolare il termine, assumendo che abbia lo stesso valore in ogni caso, fino ad astrarre dalla pluralità di dati un solo riferimento concettuale da definire per *genus proximum et differentiam specificam*"<sup>126</sup>. Invero, per meglio comprendere l'idea stessa di opponibilità ed evitare che "ogni riferimento ontologico ne offuschi il reale"<sup>127</sup> il metodo analitico appare il più idoneo: l'opponibilità infatti non ha la funzione di descrivere una nuova realtà, essa "non è qualcosa che è, ma qualcosa che potrà essere o non essere" si tratta quindi di una parola

---

<sup>124</sup> Condivisibili sul punto le osservazioni di LUMINOSO, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, cit. p. 220 s., per il quale l'inerenza "non esprime alcuna nota strutturale o funzionale, chiaramente individuabile del diritto reale [...] l'inerenza non definisce una entità la quale possa considerarsi propriamente come "elemento dei diritti reali".

<sup>125</sup> L'inerenza del diritto alla cosa, "lungi dall'assurgere a dignità di conetto tecnico giuridico, in nient'altro si risolve se non in un'immagine". Espressione, quindi in ordine alla quale può proporsi il giudizio secondo il quale anche l'inerenza "pur potendo apparire ben accetta in quanto raccoglie in sé, in forma plastica e perentoria (...) caratteristiche della realtà che altrimenti dovrebbero essere diffusamente rilevate, non cessa di essere un'immagine" (così LUMINOSO, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*", cit. p. 221 s. che riprende la definizione data da ARANGIO - RUIZ, voce *Ius in re aliena*, cit. p. 118 della formula di individuazione del tratto caratterizzante il diritto reale quale *immediatezza del potere sulla cosa*).

<sup>126</sup> VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, cit., p. 42 che si riferisce con queste parole al metodo d'indagine usato da FERRARA - SANTAMARIA, *Inefficacia e inopponibilità*, Napoli, 1939, p. 37 ss.

<sup>127</sup> VETTORI, *ult. op. cit.*, p. 43

ellittica che implica una serie di giudizi da ordinare in un procedimento logico<sup>128</sup>.

Ne consegue che se il concetto stesso di opponibilità, lungi dal poter essere entificato, non riconduce ad alcun referente reale immediato, esso serve solo ad autorizzare determinare conclusioni di diritto e “se definire un termine significa enunciare le regole che ne governano l’uso”<sup>129</sup>, essa sarà definita individuando le condizioni dalle quali può essere affermata correttamente<sup>130</sup>.

Ecco quindi che usciti dal campo delle immagini si può rilevare come il concetto di inerenza del diritto alla cosa e la conseguente caratterizzazione del medesimo in termini di opponibilità, altro non sia se non una formula empirica “attraverso la quale si è tentato di tradurre compendiosamente, anche se in modo confuso [...] una realtà giuridica positiva assai più ricca che investe esclusivamente il contenuto della disciplina dettata per la vicenda estintiva dei (soli) diritti reali limitati (di godimento) i quali, una volta costituiti [...] sopravvivono *tendenzialmente* alle vicende traslative o estintive nelle quali rimanga coinvolto il diritto (ordinariamente di proprietà) del costituente”<sup>131</sup>.

La formula dell’inerenza del diritto ed il corollario dell’opponibilità possono quindi legittimamente utilizzarsi in via descrittiva, ma, appunto, solo quali conetti idonei a richiamare la realtà giuridica positiva sottostante<sup>132</sup>.

L’opponibilità, quindi, utilizzando un procedimento logico deve tradursi sempre in una data e costante valutazione normativa di determinati comportamenti, tale cioè, da poter accomunare l’insieme delle valutazioni normative costanti dettate per un certo tipo dall’ordinamento nella categoria dei diritti reali. In altre parole, occorre

---

<sup>128</sup> D’ALESSANDRO, *Recenti tendenze in tema di concetti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, I, p. 20, 38 ss.; v. anche ID., *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Padova, 1989,; già in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, I, Milano, 1963, p. 241.

<sup>129</sup> IRTI, *Il concetto di titolarità*, cit., p. 502.

<sup>130</sup> VETTORI, *ult. op. cit.*, p. 43 s.

<sup>131</sup> LUMINOSO, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, cit., p. 222, il quale (*op. loc. ult. cit.*, nt. 178) dà atto di come la proprietà debba considerarsi separatamente dagli *iura in re aliena*, non potendo condursi, in termini generali, su l’una e sugli altri un discorso unitario.

<sup>132</sup> Rileva LUMINOSO, *op. loc. ult. cit.*, come in ogni caso la formula dell’inerenza del diritto alla cosa rimanga sempre povera di contenuto e vada inserita in un contesto di più ampio respiro.

partire dalla disciplina dettata dall'ordinamento giuridico per i diritti reali, la si voglia qualificare come opponibilità o come inerenza o altro, e da qui desumere che con riferimento a certi specifici fatti vi è una disciplina costante ed uniforme.

Conseguentemente, l'opponibilità, lungi dal configurare una vuota categoria, deve tradursi in una specifica disciplina normativa che ai fini della realizzazione dell'interesse del titolare del diritto, sia dotata di maggiore o minore efficacia nei confronti degli altri soggetti concretamente interessati; per questa via, quindi, l'opponibilità altro non è che una formula cui ricondurre una data valutazione normativa di comportamenti (con conseguente maggiore sfera di efficacia verso i terzi) che l'ordinamento fa con riferimento a dati fatti c.d. reali.

Ne consegue che si può quindi ritenere esistente un diritto reale ogniqualvolta l'ordinamento predisponga in relazione ad una determinata fattispecie, specifici mezzi di tutela che consentano al soggetto di realizzare l'interesse garantito<sup>133</sup>.

Ecco quindi che questa tutela si differenzia da quella dei diritti di credito in quanto non si esprime soltanto attraverso il risarcimento del danno, ma si attua per mezzo di strumenti che comportano il reintegro in pristino del titolare del soggetto leso nel suo esercizio e garantiscono al medesimo "una sfera di attività materiale, anche a mezzo di azioni inibitorie finali o provvisorie"<sup>134</sup>.

Il diritto reale è quindi una categoria che descrive il ricorrere di determinate conseguenze normative, che l'ordinamento collega a determinati fatti. Esso ricorre ogni qual volta (e solo quando) sia dato verificare una data tutela specifica<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup> Si può sul punto richiamare LUMINOSO, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, Milano, 1972, p. 220 ss., per il quale l'inerenza darebbe luogo soltanto ad un'immagine, e non esprimerebbe alcuna nota strutturale o funzionabile individuabile come elemento dei diritti reali. Con la conseguenza che il criterio distintivo tra diritti reali e diritti personali di godimento andrebbe ravvisato esclusivamente nella diversa disciplina delle rispettive vicende costitutive, traslative ed estintive.

<sup>134</sup> Cfr. COMPORTI, *Diritti reali in generali*, cit., p. 72 ss.

<sup>135</sup> Osserva LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 225 come la locuzione *diritto di seguito* e quella dell'opponibilità *erga omnes*, costituiscano semplici formule di comodo che indicano, in maniera pur incisiva, un profilo della disciplina dei diritti reali. L'Autore ritiene, tuttavia, che detto

Giova a questo punto una, seppur rapida, individuazione esemplificativa di quali siano le norme dell'ordinamento giuridico che predispongono degli strumenti rimediali di tutela specifici per i diritti reali ed estranei invece ai diritti di credito. Spiegare la *ratio* di questa tutela particolare<sup>136</sup> è altro e trascende i limiti del presente lavoro. Quello che importa, invece, individuare è un nucleo di tutela rimediale specifica da cui dedurre l'esistenza del diritto reale; in ciò tralasciando quindi l'individuazione di quegli strumenti di tutela che, pur appartenenti alle situazioni reali, sono cionondimeno comuni anche a diverse situazioni<sup>137</sup>.

Sul punto può preliminarmente farsi riferimento allo specifico mezzo di tutela di carattere dichiarativo che viene dall'ordinamento riconosciuto (cfr. art. 949, 2651, 2653 n. 1 c.c.) ove si verifichi una contestazione circa la titolarità del diritto reale o la legittimità del suo esercizio, che si attua attraverso la possibilità, desumibile dalle citate norme, di ottenere una sentenza di accertamento che rimuova l'incertezza circa la titolarità e la legittimazione all'esercizio del diritto; azione che andrebbe distinta da quella di rivendicazione e negatoria, posto che nel caso in oggetto "il diritto reale è dedotto in giudizio come oggetto principale del medesimo, sicchè la sentenza dovrà avere effetto di cosa giudicata proprio in ordine a tale oggetto principale di lite<sup>138</sup>".

---

profilo di disciplina si collochi su di un piano diverso con quello dell'inerenza che attiene alle vicende dei diritti reali minori, in quanto individuerebbe il profilo che attiene al momento della lesione e della difesa del diritto.

<sup>136</sup> Da ravvisarsi secondo taluni in un inscindibile rapporto tra diritto e *res* e nella conseguente tutela dell'interesse alla titolarità, al godimento ed utilizzazione della cosa (cfr. COMPORTI, *ult. op. cit.*, p. 85 ss.)

<sup>137</sup> Si pensi, a titolo esemplificativo, all'azione aquiliana di danno *ex* art. 2043 c.c., ormai riconosciuta anche dinanzi a lesioni dei diritti di credito che può tradursi in un risarcimento del danno in forma specifica *ex* art. 2058 c.c.

<sup>138</sup> Così COMPORTI, *ult. op. cit.*, p. 75 che qualifica le dette azioni di accertamento pur sempre come azioni petitorie aventi cioè lo scopo di affermare la titolarità del diritto sulla cosa; Cfr. in ordine all'ammissibilità dell'azione di mero accertamento: CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale*<sup>2</sup>, Napoli, 1935; BETTI, *Rivendicazione e azione di mero accertamento della proprietà*, in *Temi emiliani*, 1925, c. 695 ss.; PUGLIATTI, *Rivendica, reintegra e azione per restituzione*, in *Foro ti.*, 1933, I, c. 1532 ss.; BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, cit. p.

Ancor prima, il diritto reale è tutelato dall'azione tipica petitoria e reale di rivendica, la quale, pur presupponendo un'innegabile caratteristica di accertamento della titolarità della cosa, è diretta ad ottenerne la condanna alla restituzione (cfr. art. 949 c.c.)<sup>139</sup> e da quella negatoria (cfr. artt. 948), la quale mirerebbe alla tutela della pienezza del diritto contro le altrui contestazioni e pretese<sup>140</sup>.

A tutela del contenuto del diritto reale è l'azione *confessoria servitutis* (cfr. art. 1079 c.c.)<sup>141</sup>.

Altro tratto distintivo dei diritti reali sotto il profilo normativo sarebbe da ravvisarsi nella *restitutio in integrum*, che sarebbe assicurata da una pluralità di norme dell'ordinamento giuridico (art. 949, 1079, 872, 873 c.c. oltre alle norme di buon vicinato la cui violazione sarebbe tutelabile con l'azione negatoria)<sup>142</sup>.

Un'ulteriore tratto qualificante può essere individuato nella prescrizione, quanto meno con riferimento ai diritti reali di godimento, ferma l'imprescrittibilità del diritto di proprietà. Solo per essi la legge prevede la prescrizione per non uso ventennale in ciò diversamente disponendo da quanto

---

827 ss.; DE MARTINO, *Della proprietà*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, III, Bologna – Roma, 1976, p. 534 ss.; ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit. p. 94; PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, p. 69 ss.

<sup>139</sup>Per DE MARTINO, *Della proprietà*, cit., p. 53 ss. e BARASSI, *Proprietà*, cit. p. 826, l'azione di rivendica avrebbe come primo scopo l'accertamento del diritto, e come secondo scopo, consequenziale al primo, la condanna del convenuto alla restituzione della cosa; v. BUTERA, *La rivendicazione nel diritto civile, commerciale e processuale*, Milano, 1911, p. 369 ss. che già aveva capovolto l'insegnamento tradizionale ponendo in evidenza il primario scopo restitutorio dell'azione. In questo senso in seguito cfr. PROTO PISANI, *La trascrizione*, cit., p. 75 ss.

<sup>140</sup>Cfr. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, cit., p. 852 ss. per il profilo tradizionale. Non manca in dottrina chi distingue fra azione negatoria di accertamento di condanna e azione negatoria di danni: DEIANA, *Servitù prediali*, cit., p. 1288 ss.; BURDESE, *Servitù prediali*, cit., p. 115; BARBERO, *La legittimazione ad agire in confessoria e negatoria servitutis*, Milano, 1950, p. 77 ss.

<sup>141</sup>Cfr. BARBERO, *ult. op. cit.*, p. 8 ss.; PROTO PISANI, *ult. op. cit.*, p. 99 ss. Sul rapporto tra azioni personali e reali COMPORTI, *ult. op. cit.*, p. <>. L'azione confessoria di certo non potrebbe essere legittimamente esperita da chi, ad esempio, su un dato fondo abbia un mero diritto di credito di passaggio e non reale. Il titolare del diritto di credito di passaggio, peraltro, nemmeno potrebbe agire, con azione personale, nei confronti dell'avente causa dell'originario concedente; proprio perché la sua posizione diverge da quelle di carattere reale.

<sup>142</sup>Cfr. COMPORTI, *ult. op. cit.*, p. 81.

previsto, come regola, per i crediti (per i quali, come noto, il termine ordinario di prescrizione è quello decennale).

Sotto altro profilo la situazione reale è caratterizzata da quelle norme che vengono ricondotte alla nozione del diritto di seguito, che si apprezza, ad esempio, in caso di trasferimento della cosa principale, e che implica la possibilità di esercitare il diritto reale limitato sulla medesima esistente anche nei confronti del nuovo titolare. E' vero come questa peculiare caratteristica dell'opponibilità, che si concreta nel diritto di seguito, non riceve una previsione espressa da parte dell'ordinamento giuridico; essa, tuttavia, è presupposta nel momento in cui il codice ammette la perpetuità dell'enfiteusi e delle servitù e la lunga durata dell'usufrutto, e dà per scontata, in caso di alienazione del diritto del concedente, la continuazione del diritto dell'enfiteuta, stabilendo quando esso debba adempiere i propri obblighi nei confronti del nuovo proprietario (cfr. art. 967 ult. comma c.c.)<sup>143</sup>.

Ora, se queste sono le (principali ma non tutte) caratteristiche dei diritti reali, descrittivamente riconducibili al profilo dell'opponibilità, e se nel nostro ordinamento il trasferimento del diritto reale avviene per effetto del consenso, ne consegue che l'opponibilità, per come sopra la si è intesa<sup>144</sup>, non può essere fatta dipendere dalla

---

<sup>143</sup> COMPARTI, *ult. op. cit.*, p. 91. In questo deve, tuttavia, condividersi il pensiero di LUMINOSO (*La tutela aquiliana*, cit., p. 220 ss.) per cui anche il c.d. diritto di seguito costituisce una mera formula di comodo per individuare il profilo della disciplina positiva attenente al momento della lesione o della difesa del diritto. Il quale, tuttavia, sembrerebbe negare una differenza tra diritti personali e diritti reali di godimento. Conclusione questa avversata da COMPARTI, *ult. op. cit.*, p. 93, per il quale la disciplina delle vicende offre elementi essenziali alla ricostruzione delle situazioni sul piano strutturale e funzionale e per il quale, come va abbandonata una raffigurazione concettuale separata dalla disciplina normativa, così non sembra concepibile una identità strutturale tra situazioni che presentino vicende disciplinate in modo diverso. A noi sembra, tuttavia, che in una logica di tipo normativa e quindi svalutante il momento ontologico, le due impostazioni, al di là degli esiti più o meno condivisibili circa l'equiparabilità di diritti reali o personali di godimento, si muovano sullo stesso piano: indicare nel concetto la formula di comodo con cui individuare un dato profilo disciplinare comporta pur sempre l'inutilizzabilità di quel concetto ove il dato profilo disciplinare caratterizzante la figura concettuale stessa non possa essere rinvenuto.

<sup>144</sup> E quindi come formula per come noi la intendiamo, che racchiude in sé l'immagine di una peculiare disciplina che caratterizzerebbe il diritto reale e lo distinguerebbe dai diritti dei crediti.

trascrizione ma deve essere ricondotta al consenso. In quest'ottica cioè, da un lato non può condividersi la prospettiva che distingue l'opponibilità ai terzi che il diritto reale ha in sé, dalla (diversa) opponibilità che dipende dalla trascrizione del titolo sul quale il diritto è fondato<sup>145</sup>: si tratta di una concezione marcatamente ontologica che sembrerebbe peccare di apriorismo<sup>146</sup>. Dall'altro lato non sembra potersi neppure individuare nella pubblicità il mezzo volto a garantire l'inerenza della situazione alla *res*<sup>147</sup>: così sostenendo, si finisce per assegnare alla pubblicità un funzione travalicante i confini per essa disegnati dall'ordinamento. Dalla trascrizione si farebbe, infatti, dipendere l'esistenza di un diritto reale e conseguentemente si riconoscere alla stessa la facoltà di qualificare in modo diverso la natura delle situazioni soggettive<sup>148</sup>.

Analoghe motivazioni spingono, tuttavia, a negare l'accogliabilità anche dell'ulteriore ricostruzione per cui alla pubblicità spetterebbe la funzione nel sistema normativo, di completare l'opponibilità di certi diritti<sup>149</sup>. Anche in questo caso si finirebbe per subordinare l'opponibilità e, quindi, l'esistenza stessa dei diritti come reali, all'esecuzione della formalità pubblicitaria. Né varrebbe in contrario osservare che “se l'ordinamento accorda efficacia verso i terzi ad una situazione risultante da determinate forme di pubblicità, ciò significa che l'ordinamento già considera dotata della caratteristica dell'opponibilità quella situazione, e ne stabilisce la prevalenza in concreto sulle altre in conflitto, una volta attuata la pubblicità prevista<sup>150</sup>”.

Nella prospettiva normativista asserire che le facoltà ricomprese nella nozione di opponibilità, non possono essere esercitate, se non “una volta attuata la pubblicità”, significa dire che fino all'attuazione della pubblicità dette facoltà, e con esse l'opponibilità e quindi, per quanto sopra detto

---

<sup>145</sup> Cfr. NATOLI *ult. op.*, cit., p. 91 s.

<sup>146</sup> Cfr. COMPORTI, *ult. op. cit.*, p. 95 s.

<sup>147</sup> GIORGIANNI, voce “*Diritti reali*”, cit. p. 753

<sup>148</sup> COMPORTI, *ult. op. loc. cit.*

<sup>149</sup> Così invece COMPORTI, *ult. op. cit.*, p. 96.

<sup>150</sup> COMPORTI, *ult. op. loc. cit.*, il quale quindi rileva come l'attuazione della pubblicità non determinerebbe il cambiamento della natura della situazione che da personale non diviene reale: si tratterebbe invece di un mero criterio che l'ordinamento ha prescelto per risolvere possibili conflitti tra più soggetti aventi concorrenti titoli sullo stesso bene.

l'esistenza stessa del diritto reale, non esistono. Salvo quindi peccare di apriorismo e abbracciare una prospettiva di tipo ontologico, per questa via non si evita di attribuire alla pubblicità la funzione di "qualificare in modo diverso la natura delle situazioni soggettive"<sup>151</sup>.

Alla pubblicità non può riconoscersi, invece, alcun rilievo nell'ambito del procedimento normativo di qualificazione dei diritti reali che sarebbero tali a prescindere dalla pubblicità<sup>152</sup>. Del resto, se così fosse, non si comprenderebbe perché in caso di diritti reali mobiliari, l'opponibilità e quindi la configurabilità stessa del diritto, non dovrebbe parimenti essere fatta dipendere da una analoga pubblicità.

Sembra quindi doversi ritenere che, fino alla trascrizione incompatibile, a chi abbia consensualmente acquistato un diritto reale, ancor prima della trascrizione, l'ordinamento riconosca tutti i mezzi di tutela, *nessuno escluso*, che riconosce alla categoria dei diritti reali. Il venir meno di questa disciplina di tutela, che segue alla prioritaria trascrizione da parte di altri di diritto incompatibile, altro non è se non da ricondurre alla perdita del diritto reale pieno che l'esecuzione della pubblicità determina. In altre parole la prioritaria trascrizione dell'acquisto successivo non priva di opponibilità un diritto che pur rimarrebbe in capo al primo acquirente, ma priva direttamente il primo acquirente del diritto nella sua pienezza.

Sotto altra prospettiva, l'esecuzione della prioritaria trascrizione nulla aggiunge all'opponibilità del diritto, che è già piena, impedendone solo, in tutto o in parte, la caducazione. Per questo motivo non possono essere accolte le tesi relativistiche. Esse, infatti, per l'una o per l'altra via, finiscono di fatto per negare cittadinanza nel nostro

---

<sup>151</sup> COMPARTI, *ult. op. cit.*, p. 96 il quale quindi perviene, a nostro avviso, al medesimo risultato che nella pagina subito precedente aveva ritenuto di dover escludere

<sup>152</sup> In questo appare contraddittorio COMPARTI, *ult. op. cit.*, p. 98, ove ammette, a nostro avviso correttamente, che prima della pubblicità il diritto reale è pur sempre pienamente efficace ed opponibile a tutti i successivi aventi diritto sull'immobile che non abbiano trascritto il loro diritto fino a che altri aventi causa non abbiano trascritto il loro titolo. Non si riesce, invero, a comprendere come questa impostazione possa essere conciliata con l'asserzione (p. 97) per cui l'opponibilità sarebbe subordinata all'attuazione della pubblicità.

ordinamento al principio del consenso traslativo (quanto meno con riferimento ai diritti reali immobiliari). Comunque la si voglia qualificare, la situazione che secondo queste impostazioni sarebbe da riconoscere al primo acquirente in attesa della trascrizione non sarebbe riconducibile al diritto reale nella sua pienezza. Conseguentemente, il procedimento di trasferimento del diritto reale finirebbe pur sempre per richiedere, per il suo completamento, la formalità pubblicitaria, alla quale pertanto, anche con riferimento alla prioritaria trascrizione del primo acquisto, non potrebbe non riconoscersi portata costitutiva del diritto.

Le norme in materia di trascrizione, invece, devono essere conciliate con il principio del consenso traslativo, ma non prevalere fino ad eliminarne la portata. Come meglio si vedrà in seguito, infatti, la situazione del primo acquirente in attesa della trascrizione in nulla deve essere considerata divergente rispetto alla situazione del primo acquirente primo trascrivente. La trascrizione nulla aggiunge all'opponibilità del diritto e quindi alla sua realtà.

Ove si voglia tradurre quanto detto sul piano della valutazione normativa dei comportamenti, può osservarsi come, in presenza di fatti ai quali le norme riconoscono l'attitudine di determinare l'acquisto del diritto, l'ordinamento giuridico, attraverso la valutazione di comportamenti, autorizzerà le conclusioni di diritto tese a riconoscere in capo all'avente causa la titolarità di quello che con formula descrittiva viene definito diritto soggettivo reale con tutte le facoltà, i poteri i limiti e le prerogative derivanti dalla disciplina giuridica positiva.

A tal fine l'ordinamento giuridico non sembra richiedere il fatto trascrizione: il trasferimento del diritto e, quindi, il riconoscimento della particolare tutela descrittivamente individuata, nella caratteristica portante, nell'inerenza del diritto alla cosa e nella conseguente opponibilità e diritto di seguito, in capo all'avente causa, è normativamente collegato al "consenso delle parti legittimamente manifestato" (art. 1376 c.c.). E' questo fatto che comporta la disattivazione della tutela in capo all'avente causa e il conseguente riconoscimento della medesima in capo all'avente causa, non l'adempimento pubblicitario al

quale, nel procedimento fisiologico, deve riconoscersi il ben più limitato effetto di impedire la sopravvenuta inefficacia del primo acquisto.

Queste considerazioni critiche possono essere parimenti estese alla teoria della proprietà relativa elaborata dal Funaioli, la quale sebbene abbia il pregio di aderire, più di altre, alla lettera dell'art. 2644 c.c., finisce pur sempre per tradire, anch'essa, lo spirito dell'art. 1376 e del principio da esso recato, scontrandosi con la teoria dei diritti reali e la costruzione di essi come diritti assoluti opponibili *erga omnes*<sup>153</sup>.

Essa inoltre postula una scissione tra potere di disposizione e titolarità del diritto: posto che il secondo acquirente acquista comunque un diritto reale, ancorchè relativamente inefficace, ciò significa, nonostante la lettera dell'art 1376 c.c., che la prima alienazione non ha privato il (comune) dante causa del potere di disporre<sup>154</sup>. In altri termini, può osservarsi come l'effetto dispositivo sia dall'ordinamento condizionato al verificarsi di una fattispecie acquisitiva<sup>155</sup>. A tal fine quello che rileva è la rispondenza dei concreti elementi costitutivi del negozio alla fattispecie (quale somma di fatti rilevanti) legale; il potere di disposizione, quindi, lungi dall'aver rilevanza autonoma altro non è se non il riflesso "dell'atteggiamento

---

<sup>153</sup> Cfr. CARNELUTTI, *Occhio ai concetti*, cit., 451 s. per il quale "proprietà relativa, per chi abbia una elementare nozione della differenza tra diritti reali e diritti di credito, è un modo come di chi dicesse: circolo quadrato; una proprietà insomma che non è proprietà"; in ciò il citato Autore si dichiara consapevole che nell'asserire quanto sopra la dottrina in esame voglia "denotare la situazione di chi, non avendo trascritto il titolo di acquisto soggetto a trascrizione, è e non è proprietario ossia è meno proprietario di quel che sarebbe se avesse trascritto [...]". Cfr. in questo senso anche GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, cit., 47.

<sup>154</sup> E la giustificazione viene fornita non tanto ricorrendo direttamente all'idea di una sorta di scissione tra titolarità e legittimazione, bensì osservando come l'alienante non abbia addirittura mai perduto il suo diritto e fosse da considerarsi ancora proprietario e conseguentemente legittimato, non solo apparente, a disporre. Questa legittimazione residua avrebbe fonte direttamente nella legge. FUNAIOLI, *ivi*, 298. Cfr. anche VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, Milano, 1995, 107, per il quale "il *dominus* non ha consumato, nei confronti dei terzi, il suo diritto con l'atto dispositivo, perché prima della trascrizione non è ancora definita la vicenda connessa all'atto traslativo".

<sup>155</sup> MENGONI, *L'acquisto "a non domino"*, cit., p. 2

dell'ordinamento in ordine alla fattispecie di modificazione del diritto"<sup>156</sup>.

Non appare quindi convincente la costruzione in virtù della quale l'alienante, pur avendo disposto del diritto, conservi un residuo potere di disposizione che lo legittimerebbe a "costituire a favore di altri un titolo ulteriore"<sup>157</sup>.

Ora, come visto, la caratteristica del diritto reale risiede nell'opponibilità, per come la si è sopra descritta, che si concreta nella predisposizione di mezzi da parte dell'ordinamento giuridico che consentano al soggetto di realizzare l'interesse garantito dalla situazione giuridica. Se questo è vero, non può non trarsi come logica e normativa conseguenza il fatto che l'ordinamento giuridico possa fornire la piena tutela dell'opponibilità unicamente a un unico soggetto ad un tempo considerato<sup>158</sup>.

In altre parole, la disciplina di diritto positivo sembra presupporre che, salvo il caso della contitolarità del medesimo diritto *pro quota*, vi possa essere con riferimento ad un dato bene un solo titolare di un dato diritto ad esso relativo: sia esso il diritto di proprietà, o siano essi diritti reali limitati, i quali, certamente, ove diversi e non incompatibili potranno anche coesistere.

Ne consegue che riconoscere una pluralità di proprietà c.d. relative in capo ai plurimi aventi causa dal medesimo autore altro non significa se non riconoscere la mera rilevanza delle situazioni trasferite, da poter ricondurre eventualmente alla nozione dei diritti di credito, per come sopra delimitata in relazione all'idea del diritto reale<sup>159</sup>.

---

<sup>156</sup> MENGONI, *ult. op. loc. cit.*

<sup>157</sup> PUGLIATTI, *ult. op. cit.*, p. 178; osserva VETTORI (*ult. op. cit.*, p. 80) che l'atto di disposizione cronologicamente (sul piano del consenso traslativo) successivo, è di per sé illegittimo e causa quindi di responsabilità ed appare conseguentemente difficilmente qualificabile come "un'ideale manifestazione di volontà".

<sup>158</sup> E ciò in linea di principio, volendo con questa affermazione significarsi al possibilità che un determinato bene risulti interessato solo ed unicamente da un diritto di proprietà per volta, senza con ciò volersi assolutamente escludere il fenomeno della comunione dei diritti reali e quello, altrettanto rilevanti, della coesistenza di più diritti reali limitati sul medesimo bene tra di loro ovvero con il diritto di proprietà.

<sup>159</sup> Come già visto con formula efficace CARNELUTTI, *Occhio ai concetti*, cit., p. 450 ha precisato che parlare di proprietà relativa, per chi abbia una elementare nozione della differenza tra diritti reali e diritti di credito, è come parlare di un circolo quadro; una proprietà, insomma,

La teoria da ultimo esposta finisce oltretutto per negare ogni rilevanza al principio del consenso traslativo, in quanto il corollario *normativo* (ex art. 1376 c.c.) del *prior in tempore prior in iure* non viene applicato nemmeno alla situazione antecedente la trascrizione, come comprovato dal riconoscimento del diritto di proprietà (relativa) anche il capo all'avente causa cronologicamente successivo. Del resto questo viene ritenuto possibile proprio ammettendo la scissione tra titolarità e potere di disposizione o legittimazione.

Anche la teoria di Scalisi non può ritenersi immune dalle accennate considerazioni critiche, pur nella precisione argomentativa che la caratterizza. Non pare, infatti, corrispondente al vero l'affermazione per cui prima della trascrizione il contratto sarebbe inefficace nei confronti dei terzi: tale diviene, in realtà, solo a seguito della (previa) trascrizione del titolo perfezionato successivamente al primo, prevalendo invece il trasferimento nei confronti di qualsivoglia atto non trascritto sulla base del principio *prior in tempore potior in iure*<sup>160</sup>. Si è visto, infatti, che la disciplina recata dall'art. 1376 c.c. impone di considerare l'acquisto del primo acquirente, prima di ogni trascrizione, come acquisto valevole *erga omnes*, e ciò in quanto la detta vicenda traslativa determina il trasferimento di un diritto reale, come tale rilevante nei confronti di tutti i consociati.

Sebbene questa impostazione arrivi a ritenere che la mancata trascrizione non si traduca in altro se non in una "limitazione del contenuto dell'effetto"<sup>161</sup>, di fatto perviene, negli esiti, comunque a incidere, ancorchè mediatamente, sul contenuto del diritto (reale) oggetto del trasferimento, minandone il suo connotato di assolutezza<sup>162</sup>. Anche questa tesi finisce, in altre parole, pur sul diverso piano

---

che non è proprietà. Per SCALISI (*ult. op. cit.*, p. 353) un diritto reale o è tale nei confronti di tutti, o non lo è nei confronti di nessuno, mentre non pare concepibile che i medesimi effetti si producano per alcuni consociati e per altri no.

<sup>160</sup> Cfr. CORRADO, *Pubblicità*, cit., 314; NICOLÒ, *La trascrizione*, I, 118; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit. 464,5 s.; ma in questo senso si era già espresso N. COVIELLO, *Della trascrizione*, 421 ss. Di contrario avviso GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 663 per il quale in assenza di trascrizione non è comunque destinato a trovare applicazione il principio del *prior in tempore potior in iure*.

<sup>161</sup> SCALISI, voce "*Inefficacia*" (*dir. priv.*), cit. 354. Osservazioni critiche di Gazzoni, *ult. op. cit.*, p. 465

dell'efficacia contrattuale, a concepire una “efficienza minorata, capace di evolversi nella piena efficienza o di ridursi fino all'estinzione”<sup>163</sup>.

A quanto detto si aggiunga come trattando di inefficacia relativa del contratto non si individua chiaramente il meccanismo in virtù del quale il comune autore possa, fino alla trascrizione, in maniera potenzialmente efficace disporre del medesimo diritto nei confronti di più aventi causa. Si è visto, infatti, che secondo questa ricostruzione, l'inopponibilità dell'effetto in realtà presupponga la sua sussistenza e quindi il suo prodursi anche e soprattutto nei confronti del comune dante causa che non dovrebbe più poter efficacemente disporre del diritto di cui già si sarebbe privato<sup>164</sup>.

#### 2.4 LA TEORIA DELL'EFFICACIA PROCESSUALE DELLA TRASCRIZIONE E CONSEGUENTE CRITICA

Una suggestiva, ma poco convincente spiegazione del fenomeno descritto dall'art. 2644 c.c. viene fornita focalizzando l'attenzione esclusivamente sul piano processuale e non sostanziale della vicenda circolatoria<sup>165</sup>. Viene, infatti, rilevato come tutte le teorie che limitino o condizionino l'effetto reale in difetto di trascrizione, rinviino, di fatto, ad un comune concetto di inefficacia

---

<sup>162</sup> Cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit. 465, che osserva come seguendo questa impostazione - peraltro definita rigorosa - si ritorni al punto di partenza, che è quello, pur sempre, di spiegare come sia possibile una proprietà relativa.

<sup>163</sup> SCALISI, *ult. op. cit.*, 362.

<sup>164</sup> Il tema è notevolmente complesso ed esula, ove trattato nella sua interezza, i confini del presente lavoro; potrebbe, tuttavia osservarsi, in aggiunta a quanto sopra evidenziato, i che il problema dell'opponibilità rilevante ai sensi dell'art. 2644 c.c. attenga maggiormente al piano del diritto trasferito e non a quello dell'efficacia del contratto. Rileva VETTORI (*ult. op. cit.*, p. 52) che l'opponibilità del contratto “prescinde dagli effetti reali od obbligatori che esso produce e dalla natura, assoluta o relativa, del diritto che ne deriva. Essa attiene non al piano dei rapporti, bensì del fatto ed esprime il suo grado di rilevanza a seconda del conflitto che l'ordinamento deve, a volta a volta, risolvere per realizzare un complesso ordinato di soggetti, beni e diritti.

<sup>165</sup> Il riferimento è a FERRI - ZANELLI, *Della trascrizione immobiliare*, p. 15 ss.

relativa, sia essa del titolo o del diritto: si sostiene che l'acquirente acquisti nei confronti di tutti ma non del secondo acquirente che per primo abbia trascritto. Questo, tuttavia rivelerebbe un'intima contraddizione giacché si ammette l'efficacia reale del consenso ma se ne limita l'opponibilità<sup>166</sup>.

La soluzione della questione andrebbe quindi rivenuta, secondo questa teoria, sul piano processuale, considerando le norme in materia di pubblicità immobiliare come norme sulle prove legali, che vincolano inderogabilmente il giudice nella formazione del suo convincimento<sup>167</sup>. Il diritto processuale, invero, non limita la sua portata al solo processo ma comprende anche le norme che “creano una tutela al diritto [sostanziale] prima e fuori del processo, per quanto in vista del medesimo” tra cui, appunto, le norme dettate in materia di trascrizione, che, ancorché non riguardino le prove in senso stretto, interagiscono pur sempre con l'efficacia; la trascrizione andrebbe quindi annoverata tra i fatti che attuano la tutela del diritto in vista di un futuro processo<sup>168</sup>.

L'inesistenza (o la tardività) della trascrizione dell'acquisto anteriore verrebbe pertanto apprezzata sul piano processuale come ordine del giudice, che dovrebbe reputare *tamquam non esset* nei confronti del successivo acquirente primo trascrivente l'acquisto prioritario non reso pubblico per primo<sup>169</sup>. Il giudice dovrebbe quindi “ignorare la verità sostanziale per giudicare sulla base di una verità formale o legale. Non così le parti, le quali, fuori del processo possono, anzi debbono attenersi alla verità sostanziale, e possono altresì far trionfare nel processo questa verità, ad esempio rinunciando ad eccepire il difetto di trascrizione”<sup>170</sup>.

Le norme in materia di pubblicità immobiliare consentirebbero quindi di individuare la verità, circa

---

<sup>166</sup> Si veda da ultimo Ferrante, *ult. op. cit.*, p. 140 ss., che parla della trascrizione come limite interno del consenso traslativo.

<sup>167</sup> L. FERRI – ZANELLI, *ult. op. cit.*, p. 20 ss.

<sup>168</sup> L. FERRI – ZANELLI, *ult. op. loc. cit.*

<sup>169</sup> L. FERRI – ZANELLI, *Della trascrizione immobiliare*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna – Roma, 1995, 18 ss. e 181 ss.

<sup>170</sup> L. FERRI – ZANELLI, *ivi*, 18. In ordine alla problematica circa la rilevabilità d'ufficio o meno del difetto di trascrizione, problema di notevole rilevanza ma del quale non ci si occuperà nell'economia del presente lavoro se non in modo marginale v. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., <>; FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., 133 ss. e la numerosa bibliografia *ivi* citata.

l'appartenenza del diritto, processuale; sul sostanziale, tuttavia, il primo avente causa rimarrebbe pur sempre titolare del diritto ancorché il medesimo processualmente non possa essergli riconosciuto. Per converso il secondo acquirente non avrebbe una posizione giuridica sostanziale di proprietario, bensì, solamente, un diritto conformato alla decisione giudiziale e come tale contrassegnato dai limiti soggettivi della cosa giudicata.

Vi sarebbe conseguentemente uno sdoppiamento della tutela reale che, sul piano sostanziale opererebbe a favore del primo acquirente, sul piano processuale, invece, a favore del secondo acquirente primo trascrivente. Ne discenderebbe che in caso di controversia tra il primo acquirente e terzi, al primo non potrebbe comunque esser negata tutela come invece accadrebbe in caso di controversia con il secondo acquirente primo trascrivente.

La contraddizione tra 1376 e 2644 sarebbe quindi stemperata da un'incomunicabilità dei piani<sup>171</sup>: la trascrizione non opererebbe sul piano sostanziale, ove sarebbe pur sempre destinata a prevalere la lettera dell'art. 1376 c.c., ma unicamente sul piano processuale. Il primo acquirente non trascrivente viene quindi considerato titolare sul piano sostanziale; il secondo acquirente (primo) trascrivente, ha un'azione che gli consente con certezza di vincere sul primo acquirente.

Il secondo acquirente, quindi, acquisterà non già la proprietà, bensì “un diritto che può essere variamente concepito”, basato come esso è esclusivamente sul giudicato, che fa stato solo tra le parti, suoi eredi od aventi causa<sup>172</sup>. La proprietà spetta invece al primo acquirente al quale essa può sempre “venire riconosciuta in giudicati formati in altri processi, nei quali il primo acquirente non si trovi di fronte al secondo acquirente, ma ad un soggetto diverso<sup>173</sup>”.

---

<sup>171</sup> GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, cit., 41; FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., 131.

<sup>172</sup> L. FERRI – ZANELLI, *Della trascrizione*, cit., 182.

<sup>173</sup> L. FERRI – ZANELLI, *Della trascrizione*, cit., 182. Cfr. sul punto le numerose ed argomentate critiche di GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, cit., 39 ss., il quale, tra l'altro, partendo dall'osservazione del FERRI per cui la soccombenza del primo acquirente è paragonabile a quella del rivendicante (*vero proprietario*) che non ha ricevuto la prova della proprietà, correttamente si interroga su come faccia l'insigne autore a sapere che il rivendicante che abbia

Ci sembra sul punto di poter ampiamente condividere le numerose critiche che la dottrina ha fornito di questa acuta e sottile ricostruzione della funzione della pubblicità immobiliare. Pare, infatti, che la disciplina della trascrizione sia concepita per operare direttamente sul piano sostanziale al quale dovrebbe adeguarsi il piano processuale. Inoltre se si convenisse con l'impostazione criticata, dovrebbe ammettersi una, invece, inaccettabile scissione tra titolarità sostanziale e titolarità processuale che comporterebbe, peraltro una ingiustificata differenziazione della tutela a seconda di chi agisca in giudizio con conseguenti incertezze in ordine alla spettanza della titolarità del diritto.

Se tale teoria fosse esatta, inoltre, tenuto conto dei limiti oggettivi e soggettivi del giudicato, il secondo acquirente diverrebbe titolare di un diritto che non è di proprietà (cioè con efficacia *erga omnes*) e di incerta definizione, il che non sembra conciliabile con il disposto dell'art. 2644 c.c., in base al quale l'inefficacia del primo acquisto preesiste al suo accertamento giudiziale, e non ne è, invece, conseguenza<sup>174</sup>. A sua volta il secondo acquirente primo trascrivente non acquisterebbe la medesima situazione giuridica del primo acquirente, bensì un diritto conformato alla decisione e come tale contrassegnato dai limiti soggettivi della cosa giudicata sostanziale<sup>175</sup>.

A ciò si aggiunga la considerazione per cui si correrebbe il concreto rischio di esporre il primo acquirente all'arbitrio del secondo acquirente, il quale potrebbe rinunciare ad eccepire la trascrizione ove gli convenisse.

Tutto questo determinerebbe, peraltro, la totale vanificazione della trascrizione intesa quale strumento di pubblicità teso, in ultima istanza, a rispondere alle esigenze della sicurezza e della celerità dei traffici giuridici, le sole che potrebbero, eventualmente, giustificare la compressione (ove ritenuta tale) del principio consensualistico<sup>176</sup>.

---

fallito la prova della proprietà fosse “il *vero proprietario*”; posto che la detta circostanza non deriva dall'accertamento processuale, ipotizzando quindi una sorta di “rivelazione [...] divina”.

<sup>174</sup> TRIOLA, voce “*Trascrizione*”, cit. 937

<sup>175</sup> L. FERRI – ZANELLI, *ivi*, 182.

<sup>176</sup> Così GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 493 s.; Cfr. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., 132 s.

Senza contare che se il proprietario fosse effettivamente il primo acquirente, il secondo acquirente godrebbe solo di tutela di fatto e quindi diverrebbe proprietario sostanziale solo per mezzo dell'usucapione, eventualmente abbreviata ove ne sussistano i presupposti, con tutto quanto ne consegue ove insorga una controversia che pur, non avendo ad oggetto in via diretta e immediata proprietà del bene, presuppongano pur sempre un accertamento della titolarità del diritto<sup>177</sup>

L'infondatezza di questa tesi, che finisce, di fatto, per trasporre in chiave processuale la teoria dell'inefficacia relativa<sup>178</sup>, si risolve in ultima analisi nell'erroneo tentativo di individuare la soluzione a un problema schiettamente sostanziale mercè l'utilizzo di elementi di diritto processuale<sup>179</sup>. La soluzione della questione va cercata

---

<sup>177</sup> GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 492, il quale cita ad esempio l'azione intentata nei confronti del terzo che abbia danneggiato la *res* oggetto del dominio quanto alla legittimazione della parte attorea. Viene, infatti, rilevato come il terzo convenuto potrebbe difendersi eccependo il difetto di legittimazione dell'attore sulla base della considerazione che proprietario – ai fini processuali – debba essere il primo trascrivente: in caso contrario il convenuto correrebbe il rischio di esser tenuto due volte per il medesimo danno. L'esempio, pur calzante nei presupposti, e ferma la non divisibilità della tesi c.d. processualista, non convince pienamente negli esiti: a noi pare che il terzo corra sì il rischio di essere chiamato in causa dal primo trascrivente ma che, ove condannato, abbia diritto di ripetere quanto corrisposto al primo attore acquirente non trascrivente. In ordine alla problematica esposta nel testo cfr. anche NANNINI, *Sulla pretesa non rilevabilità d'ufficio del difetto di trascrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, 217 ss. Analoghe considerazioni possono essere svolte sul piano della legittimazione passiva: il primo acquirente il cui acquisto deve ritenersi risolto a seguito della prioritaria trascrizione del secondo acquirente, convenuto per il risarcimento danni da rovina di edificio *ex art. 2053 c.c.*, potrebbe eccepire di non essere proprietario del bene (GAZZONI, *ivi*, 493, il quale osserva come potrebbe comunque ipotizzarsi un'obbligazione risarcitoria a carico del primo acquirente non (o secondo trascrivente) *ex art. 2051 c.c.* quale omessa custodia dell'immobile detenuto).

<sup>178</sup> GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 491.

<sup>179</sup> Cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 492; NICOLÒ, *La trascrizione*, I, 119; FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., 131 s. PAVONE LA ROSA, che considera, inoltre, come il primo acquirente si troverebbe, ove non primo trascrivente, in una posizione di precarietà, posto che il secondo acquirente potrebbe ben decidere di non avvalersi del proprio diritto, se fonte di effetti svantaggiosi, facendo ricadere ogni conseguente onere sul primo acquirente, salvo poi successivamente avvantaggiarsi nei confronti di questi per tutto ciò che di positivo dalla posizione processuale potrebbe derivarsi. *Recensione*, cit., 244; v anche GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, cit. 39 ss.;

esclusivamente sul terreno che le compete, quello materiale, e l'aspetto processuale altro non sarà se non una conseguenza: non potrà che riconoscersi proprietario, *erga omnes*, colui che per primo avrà trascritto l'acquisto e la motivazione di detta prevalenza non potrà che essere riscontrata sul medesimo piano nell'ambito del quale sono dettati gli artt. 2644 e 1376 c.c..

## 2.5 LA TEORIA DELLA CONDICIO IURIS RISOLUTIVA. L'IMPOSTAZIONE TRADIZIONALE: LA RETROATTIVITÀ DELLA VICENDA RISOLUTORIA

Le opinioni più recenti, non senza eccezioni<sup>180</sup>, nel tentativo di superare le criticità, che sopra si sono evidenziate, delle tesi relativistiche, le quali finiscono tutte per attenuare la portata del principio consensualistico, con l'ulteriore conseguenza di pervenire ad ammettere l'esistenza di situazioni ibride quale è c.d. la proprietà relativa, tendono a ricostruire la prioritaria trascrizione del secondo avente causa come evento risolutivo del primo trasferimento altrimenti pienamente valido ed efficace.

La soluzione alle problematiche derivanti dal coordinamento tra l'art. 2644 c.c. e l'art. 1376 c.c. viene fornita muovendo da due presupposti: da un lato quello per cui l'acquisto del secondo acquirente primo trascrivente deve necessariamente essere qualificato come acquisto *a domino*, trattandosi di acquisto a titolo derivativo; dall'altro quello per cui appare ineluttabile dover escludere la contemporanea vigenza di una pluralità di acquisti *a domino* aventi ad oggetto il medesimo diritto, e questo anche al fine di negare vigenza nel nostro ordinamento giuridico a una supposta permanenza del potere di disposizione successivamente a un atto di alienazione<sup>181</sup>.

Tenuto conto dei due presupposti di partenza, la spiegazione del fenomeno viene individuata, pertanto, nel riconoscere alla prioritaria trascrizione del secondo acquirente la valenza di evento cui è *ex lege* risolutivamente condizionata l'efficacia del primo acquisto non trascritto. Con la conseguenza che, fino al verificarsi dell'evento

---

<sup>180</sup> Si vedano ad esempio le recenti osservazioni di Ferranti, *Consensualismo e trascrizione*, cit., p. 118 ss. e 140 ss.

<sup>181</sup> GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 473.

condizionante, il primo acquirente deve essere ritenuto *ex art. 1376*, pieno titolare di un diritto reale assoluto ed azionabile *erga omnes*, pur se sottoposto alla detta condizione risolutiva legale<sup>182</sup>.

Quanto al secondo acquirente, questi, nel momento del perfezionamento consensuale del titolo acquisitivo, acquisterebbe sul piano teorico inizialmente *a non domino*, posto che il comune dante causa col primo atto di alienazione ha integralmente consumato il proprio potere di disposizione; purtuttavia la prioritaria trascrizione dell'acquisto successivo, risolvendo *retroattivamente* l'acquisto prioritario, determinerebbe il sorgere *ex post* del potere di disposizione in capo al comune autore, facendo sì che il secondo acquirente debba pur sempre essere considerato come *a domino*<sup>183</sup>.

La fattispecie qui descritta viene ritenuta assimilabile alla vendita di cosa altrui solo sul piano meramente descrittivo del fenomeno, senza che si possa pervenire ad una vera e propria identificazione tra le due figure. In caso di avveramento della condizione risolutiva legale, infatti, il comune autore non (ri)acquista la titolarità del bene già ceduto, bensì è come se quella titolarità non l'avesse mai persa<sup>184</sup>.

---

<sup>182</sup> Aderiscono, di base, pur con alcune differenziazioni a questa ricostruzione: MAIORCA, *Trascrizione*, cit., 139; CARNELUTTI, *Occhio ai concetti*, cit., p. 451 s.; COLORNI, *Per una storia*, cit., 238 s.; LUZZATO, *ult. op. cit.*, cit. 141 s.; si v. anche MORITTU, *ult. op. cit.*, p. 59, che (p. 29 n. 31) a differenza di GAZZONI, *ult. op. cit.*, p. 482, attribuisce alla trascrizione del secondo acquisto un effetto insieme estintivo e costitutivo del primo; ALLARA, *La teoria delle vicende*, cit., p. 106. SALV. ROMANO, *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1955, p. 1025, adotta la tesi della risoluzione muovendosi nella prospettiva del procedimento: vi sarebbe una prima fase successiva culminante consensuale del contratto; da ultimo v. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 473; sul punto cfr. anche PUGLIATTI, *Teoria dei trasferimenti coattivi*, Messina, 1931, p. 20; Per una critica alla ricostruzione in termini di *condicio iuris* risolutiva della trascrizione v. FUNAIOLI, *La cosiddetta proprietà relativa*, cit., p. 290; NATOLI, in NATOLI - FERRUCCI, *Della tutela dei diritti, Trascrizione*, cit., p. 91; GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 73 ss., CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, cit. p. 95; VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, cit., p. 81 ss.

<sup>183</sup> GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 473; MAIORCA, *Trascrizione*, cit., 139 ss.; MENGONI, "L'acquisto a non domino", cit. p. 132.

<sup>184</sup> GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 475, che precisa come il cessare degli effetti del primo atto non determini una retrovendita in

La prioritaria trascrizione, quindi, non interviene a sanare un vizio del secondo acquisto (da reputarsi comunque inefficace e non già invalido), né si collega ad esso sul piano strutturale della fattispecie acquisitiva. Il titolo di acquisto del secondo avente causa è sempre l'atto dispositivo posto in essere dal comune autore, e solo questo.<sup>185</sup> Questo in quanto la prioritaria trascrizione opera come mero fatto idoneo ad incidere, facendoli venire meno, sugli effetti reali prodotti dal primo atto di alienazione; da qui la piena efficacia *ab origine* del secondo atto di alienazione quale atto *a domino*<sup>186</sup>.

Ne consegue, seguendo questa impostazione, che in realtà solo in maniera descrittiva e atecnica può parlarsi di seconda alienazione giacché, in ultima analisi, l'alienazione efficace sarebbe solo una. Da qui il corollario, per il vero comune anche ad altre ricostruzioni, per cui la norma dell'art. 2644 c.c. risolve un conflitto meramente potenziale tra situazioni che concretamente non possono confliggere<sup>187</sup>.

Con queste argomentazioni verrebbe, quindi, confermata la natura di *condicio iuris* risolutiva della trascrizione, tale da determinare il *retroattivo* venir meno degli effetti del primo atto con conseguente riconduzione del comune autore nella medesima condizione giuridica antecedente l'atto dispositivo, quando egli era titolare e *dominus* di quel diritto<sup>188</sup>.

In questa prospettiva viene comunque negato che la trascrizione del secondo acquisto abbia efficacia costitutiva in quanto essa pur sempre non inciderebbe sugli effetti dell'atto, che rimangono gli stessi. Parimenti viene respinta

---

capo al comune autore, ma elimini con efficacia retroattiva *ex art.* 1360 c.c. le modificazioni patrimoniali prodottesi nelle more dell'avveramento. La qualificazione in termini di vendita di cosa altrui consente quindi di escludere che all'alienante permanga il potere di disposizione ovvero la legittimazione traslativa dopo la formazione del titolo cronologicamente anteriore. Cfr. inoltre MAIORCA, *Della trascrizione*, cit., p. 139; CORRADO, *Pubblicità*, cit., p. 323 ss.; BIANCO, *La pubblicità immobiliare*, Torino 1976, p. 66; GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 725. In giurisprudenza si può fare riferimento a Cass. 19 ottobre 1977, n. 4669, in *Mass. Giust. Civ.*, 1977 e Trib. Messina, 27 luglio 1967, in *Giur. Sic.*, 1961, p. 728 ss.

<sup>185</sup> GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 475 che precisa trattarsi quindi di un *fatto semplice* e non di una *fattispecie complessa*.

<sup>186</sup> GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 475.

<sup>187</sup> Cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 475.

<sup>188</sup> GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 476.

la qualificazione, da taluno fatta del secondo acquisto destinato a prevalere in virtù della prioritaria trascrizione, di fattispecie a formazione progressiva: viene sottolineato come la trascrizione incida sul primo acquisto e solo mediatamente sul secondo.

Così ricostruito il fenomeno, la trascrizione si presenterebbe pur sempre come un fatto semplice, in nessun modo collegato, quanto meno in via diretta ed immediata con la produzione degli effetti giuridici dell'atto trascritto<sup>189</sup>.

Da un lato la trascrizione tempestivamente curata del primo acquisto, avrebbe quale funzione quella di fungere da fatto impeditivo all'avverarsi della condizione risolutiva costituita dalla trascrizione prioritaria dell'acquisto pur cronologicamente successivo sul piano consensuale, in questo svolgendo quindi una funzione conservativa e cautelare<sup>190</sup>.

Dall'altro, tuttavia, si perviene a rilevare la medesima funzione conservativa e cautelare anche con riferimento alla trascrizione prioritaria del secondo acquisto: questa funzione è infatti svolta nei confronti di acquisti da parte di ulteriori aventi causa dal comune autore, sia successivi, sia precedenti, con l'eccezione del primo tra questi che è l'unico acquisto fin da subito *a domino*. Rispetto a questo acquisto la prioritaria trascrizione, determinandone la risoluzione, non potrebbe non esser qualificata come fatto costitutivo; si tratterebbe, tuttavia, di un fatto esterno all'atto trascritto a cui non sarebbe collegato se non indirettamente<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> GAZZONI, *ult. op. cit.*

<sup>190</sup> GAZZONI, *ult. op. loc. cit.*, che parla di funzione “meramente conservativa e cautelare, con efficacia esterna rispetto agli effetti tipici dell'atto trascritto, i quali sono prodotti esclusivamente dall'atto medesimo”. In questo modo alla trascrizione viene essenzialmente riconosciuta natura dichiarativa, precisandosi, tuttavia che “quale fatto contrario rispetto all'operatività della *condicio iuris risolutiva*, essa può ben dirsi assolvere ad una funzione costitutiva, in quanto si pone quale situazione nuova e diversa rispetto a quella creata dall'atto in sé e per sé considerato” con la conseguenza che sotto questo profilo “innova le realtà finendo per incidere sul meccanismo che sovrintende alla circolazione dei diritti immobiliari”; CORRADO, *ult. op. cit.*, p. 330 il quale parla di efficacia “impeditiva della rilevanza del secondo atto dispositivo trascritto”.

<sup>191</sup> GAZZONI, *ult. op. cit.*, p. 486, il quale evidenzia come il meccanismo della retroattività dell'evento risolutivo impedisca di “considerare la trascrizione collegata all'atto sotto l'aspetto di una fattispecie complessa”. Diversa la posizione di NICOLÒ, *La trascrizione*, cit., p. 119 per il quale ci si troverebbe dinnanzi ad una “fattispecie acquisitiva complessa, diversa e prevalente rispetto agli atti di

La trascrizione del secondo acquisto determina, quindi, un effetto risolutorio che retroagisce al momento del perfezionamento dell'atto risolto, mentre gli effetti dell'acquisto, destinato a prevalere con la prioritaria trascrizione, iniziano a decorrere, almeno *inter partes*, dalla data dell'atto e non da quella della (prioritaria e prevalente) trascrizione<sup>192</sup>.

In questo si viene a verificare uno sfasamento sul piano temporale - a nostro avviso non condivisibile - tra l'efficacia risolutoria della trascrizione e l'efficacia attributiva da riconoscersi al secondo acquisto. Questo sfasamento confermerebbe, quindi, la rilevanza esterna della trascrizione rispetto alla fattispecie acquisitiva al punto che essa ha un punto di riferimento temporale anteriore al momento in cui essa si verifica<sup>193</sup>.

Viene confermata l'erroneità di concepire il fatto o negozio acquisitivo e la trascrizione come una fattispecie unica a formazione successiva: la trascrizione e l'atto trascritto assolverebbero, invece, a funzioni autonome, pur se collegate<sup>194</sup>. In altre parole la trascrizione, "operando con effetto risolutivo in via retroattiva, elimina gli effetti reali dell'acquisto *a domino* mentre il secondo, una volta determinatasi tale eliminazione, costituisce, da solo e autonomamente, il titolo dell'acquisto (*a domino*) del successivo avente causa"<sup>195</sup>.

Viene per questa via confermata la natura derivativa dell'acquisto del secondo acquirente in quanto *a domino*, sulla base di quella che viene definita una *fictio iuris*, di concepire la risoluzione del primo acquisto a seguito della

---

disposizione non trascritti". Ciò in quanto "non sembra corretto ipotizzare che la trascrizione prima risolva gli acquisti non trascritti e poi, quale effetto del riacquisto del potere di disposizione dell'alienante, rende efficace l'atto trascritto; in realtà, la successione logica è inversa, nel senso che l'acquisto di chi ha per primo trascritto risolve, con effetto riflesso, gli acquisti di tutti gli altri".

<sup>192</sup> GAZZONI, *ult. op. cit.*, p. 486 s.

<sup>193</sup> GAZZONI, *ult. op. cit.*, p. 487; il quale a VETTORI (*Consenso traslativo*, cit., p. 85 s.) che osserva come in tal modo, tuttavia, l'effetto risolutorio potrebbe anche rilevare da un atto nullo, replica che ai fini in esame il titolo del secondo acquirente debba pur sempre essere (astrattamente) idoneo al trasferimento del diritto, non fosse per la carenza di legittimazione.

<sup>194</sup> GAZZONI, *ult. op. loc. cit.*; PUGLIATTI, *La trascrizione. L'organizzazione*, cit. p. 176.

<sup>195</sup> GAZZONI, *ult. op. loc. cit.*,

prioritaria trascrizione del secondo<sup>196</sup>. Viceversa, viene rilevato, a voler attribuire rilevanza esclusiva al principio dell'art 1376 c.c. si perviene necessariamente a ritenere il secondo acquirente *a non domino* affermando, pertanto, che il suo acquisto non potrebbe che essere a titolo originario<sup>197</sup>.

## 2.6. IL PROBLEMA DELLA RETROATTIVITÀ DELL'EFFETTO RISOLUTIVO.

### 2.6.1 Proposta per una diversa soluzione

La soluzione che si è da ultima esposta, pur facendosi preferire alle varie teorie relativistiche in quanto appare quella maggiormente incline a confermare la valenza del principio evocato dall'art. 1376 c.c. nel nostro ordinamento, non è immune da alcune, condivisibili, critiche. Tralasciando le problematiche ricostruttive che essa ingenera, in punto di qualificazione della responsabilità del comune autore nei confronti del primo dante causa, deve soffermarsi l'attenzione sulla ricostruzione del meccanismo di risoluzione del primo acquisto e sulle ragioni che ne costituiscono il fondamento.

In base alla ricostruzione testè riprodotta, la prioritaria trascrizione dell'acquisto successivo determina il retroattivo risolversi del primo acquisto e la conseguente attribuzione *ex post* di titolarità e legittimazione in capo al comune autore, determinandosi così in ogni caso, anche con riferimento al secondo acquirente primo trascrivente, un acquisto a titolo derivativo in quanto *a domino*. Sul punto viene, tuttavia, riscontrato come il percorso argomentativo

---

<sup>196</sup> GAZZONI, *ult. op. cit.*, p. 514.

<sup>197</sup> GAZZONI, *ult. op. loc. cit.*; Così infatti NATOLI, *Doppia alienazione*, cit., p. 1189 che fonda e giustifica la fattispecie acquisitiva sulla base del concetto di apparenza; sull'irrilevanza dell'apparenza e, conseguentemente, della buona fede nel sistema dell'art. 2644 cfr. *infra* cap. 4. <> e diffusamente GAZZONI, *ult. op. cit.*, p. 40 ss., 52 ss. e 514 ss.; analogamente a NATOLI, v. POLETTI, *Doppia alienazione immobiliare e "responsabilità extracontrattuale da contratto"*, in *Contratto e impresa*, 1991, p. 737 ss. Si veda però la successiva evoluzione del pensiero di NATOLI (*Della trascrizione*, cit., p. 94) che afferma che se si sta all'apparenza più che alla sostanza deve ammettersi che l'acquisto è a titolo derivativo ed esso quindi "come tale viene trattato in tutti i casi in cui l'apparenza soppianta la sostanza e rappresenta la sola realtà giuridicamente rilevante".

dovrebbe svolgersi diversamente, e cioè occorrerebbe prima spiegare la valenza della trascrizione nel secondo acquisto e solo poi spiegarne l'influenza in ordine all'acquisto non trascritto: in altre parole non appare legittimo spiegare l'efficacia reale del secondo acquisto sulla base della potenzialità risolutoria del primo acquisto da riconoscere alla trascrizione, mentre si dovrebbe dimostrare che il primo acquisto si risolve come conseguenza dell'efficacia reale del secondo<sup>198</sup>.

Questa considerazione consente di mettere in luce quella che può essere definita come “l'obiezione maggiore” alla teoria della *condicio iuris*<sup>199</sup>: nel voler confermare la scelta consensualistica, essa finisce per negare qualsiasi funzione costitutiva alla trascrizione, la quale rilevarebbe in modo autonomo e cioè non collegata col titolo che si provvede a pubblicizzare; con l'ulteriore criticità di determinare per questa via uno sfasamento temporale tra il momento della trascrizione del secondo acquisto e quello in cui il diritto deve ritenersi sorto in capo al secondo acquirente. Il tutto nel tentativo di pervenire in ogni caso alla configurazione di un acquisto *a domino*, pena l'originarietà del medesimo, e la negazione del principio consensualistico.

Il dato da cui partire<sup>200</sup> appare quello di meditare maggiormente la necessità del retroattivo operare della risoluzione del primo acquisto, che determina conseguenze non giustificabili sul piano pratico e che sembra più che altro esser prevista in omaggio a una supposta esigenza logica discendente dalla natura derivativa del secondo acquisto.

Secondo questa ipotesi ricostruttiva, infatti, il dover riconoscere all'acquisto del secondo acquirente natura derivativa pone dinnanzi ad un bivio con due sole alternative, salvo cadere nella trama delle teorie relativistiche: o si

---

<sup>198</sup> In questo senso v. Natoli, *Doppia alienazione immobiliare e azione revocatoria (nota a Cass. 12 ottobre 1948, n. 1737)*, già *Giur. Compl. Cass. Civ.* 1948, III, p. 1187 ss., ora in *Diritto fondamentali e categorie generali. Scritti di Ugo Natoli*, Milano, 1993, p. 783 ss. Si vedano sul punto anche le osservazioni critiche di NICOLÒ, *La trascrizione*, cit., p. 119; VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, cit., p. 85 ss.; FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., p. 119 ss.

<sup>199</sup> Così Ferrante, *Consensualismo e trascrizione*, cit., p. 120

<sup>200</sup> In questo seguendo i suggerimenti e le idee di GABRIELLI, *Sul modo di operare dell'art. 2644 c.c.*, cit., p. <>

ammette che il comune autore sia ancora provvisto al momento dell'atto di alienazione successivo del bene del potere di disposizione del bene già ceduto, finendosi quindi per concepire una scissione tra titolarità e legittimazione e per minare alla radice l'effettiva portata del principio consensualistico, oppure deve concludersi che al momento del secondo atto di disposizione il comune dante causa abbia (ri)acquistato la proprietà del diritto trasferito e ciò può giustificarsi unicamente sulla base del *retroattivo* venire meno del primo acquisto e della conseguente retroattiva (ri)attribuzione della titolarità al comune autore<sup>201</sup>. Questo in quanto la qualificazione dell'acquisto come a titolo derivativo presuppone necessariamente, in applicazione del principio *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, che esso provenga *a domino*.

Tuttavia, che l'acquisto a titolo derivativo debba essere necessariamente *a domino* appare un assunto apodittico e tutto da dimostrare, frutto di sicuro ragionamento logico ma, forse, richiedente una più ponderata valutazione della realtà normativa<sup>202</sup>.

Invero, la *ratio* sottesa alla disciplina dell'art. 2644 c.c. appare, come più volte evidenziato, quella di tutelare l'interesse (collettivo) a una rapida e sicura circolazione delle "utilità economiche" rappresentate dai diritti reali immobiliari. Traslando questa esigenza di stampo marcatamente collettivo sul piano dell'interesse dei contraenti, essa si traduce nella tutela dell'interesse del secondo acquirente all'effettivo acquisto di un diritto, allorquando, al momento del negozio traslativo, non risultino trascrizioni contro il comune dante causa (e il suo acquisto venga prioritariamente trascritto).

Da questa affermazione possono essere fatti discendere alcuni corollari: in primo luogo, il meccanismo dell'art. 2644 c.c. non deve determinare un'ingiustificata tutela del comune dante causa che in modo sicuramente illegittimo, vuoi sul piano della responsabilità contrattuale, vuoi su quello della responsabilità extracontrattuale da fatto illecito, ha disposto

---

<sup>201</sup> Cfr. GAZZONI, *ult. op. cit.*, p. 514 ss.

<sup>202</sup> L'osservazione circa la non dimostrazione della corrispondenza tra acquisto a titolo derivativo ed acquisto *a non domino* si deve a GABRIELLI, *Sul modo di operare dell'art. 2644 c.c.*, cit., p. 359 ss.

due volte dello stesso diritto (o di diritti comunque incompatibili); e questo invece si verifica nel momento in cui si riconosce al comune dante causa la titolarità del diritto anche per il periodo che va dal primo al secondo acquisto. In secondo luogo non si deve pregiudicare il primo acquirente, che pur è divenuto titolare del diritto trasferito in virtù del principio consensualistico di cui all'art. 1376 c.c., se non nella misura che appaia strettamente necessaria alla tutela del secondo acquirente e dell'interesse di cui è portatore; e questo si verifica, invece, allorquando si priva il primo acquirente della titolarità del diritto in modo retroattivo e non dal momento in cui deve riconoscersi efficacia al secondo acquisto prioritariamente trascritto<sup>203</sup>.

Questo induce, a nostro avviso, già da queste prime considerazioni, a dover mettere in discussione l'efficacia retroattiva della risoluzione del primo acquisto, portata dalla prioritaria trascrizione, ove non sia dato rinvenirne il fondamento: in altre parole, il pieno operare del principio del consenso traslativo e la corretta valutazione degli interessi confliggenti coinvolti nel fenomeno disciplinato all'art. 2644 c.c., dovrebbero portare ad ammettere la *piena* efficacia del primo acquisto fino alla prioritaria trascrizione del secondo acquisto e quindi a negare il retroagire dell'effetto risolutorio<sup>204</sup>.

Per saggiare la correttezza dell'assunto, occorre quindi verificare quale sia il fondamento del supposto retroattivo venir meno dell'effetto traslativo dell'atto cronologicamente anteriore. Una prima giustificazione viene individuata nell'applicabilità, sul punto, della disciplina propria della condizione volontaria da un lato e della risoluzione contrattuale dall'altro<sup>205</sup>. Il dato normativo testè citato non sarebbe comunque l'unico a rilevare sul piano fondativo della retroattività della condizione: a monte questa soluzione viene motivata dalla qualificazione derivativa dell'acquisto del secondo acquirente, che imporrebbe necessariamente il recupero della titolarità del diritto in capo al comune autore al momento del secondo atto dispositivo: solo così

---

<sup>203</sup> Cfr. GABRIELLI, *Sul modo di operare dell'art. 2644 c.c.*, cit., p. 359

<sup>204</sup> GABRIELLI, *ult. op. loc. cit.*

<sup>205</sup> GAZZONI, *ult. op. cit.*, p. 473 ss., 518.

riuscendosi a ricostruire la vicenda come *a domino* e a dedurne la conseguente derivatività<sup>206</sup>.

Appare quindi opportuno procedere, in primo luogo, a verificare se sia corretto qualificare la sopravvenuta inefficacia del primo acquisto quale condizione risolutiva legale e se sia condivisibile applicare ad essa, pur di fonte legale, la disciplina dettata per le vicende risolutive di fonte contrattuale, con particolare riferimento a quella dettata in materia di condizione legale; questo percorso potrà essere seguito solo una volta appurata la sostanziale unitarietà del fenomeno condizionale volontario.

In secondo luogo, dovrà sottoporsi a verifica il fondamento logico di questa supposta retroattività per escludere che essa, non solo costituisca una soluzione necessitata sul piano della disciplina applicabile, ma neppure possa ritenersi imposta dalla necessità di salvaguardare il principio consensualistico, il quale, anzi, pare ricevere maggiore affermazione ricostruendo l'inefficacia del primo acquisto *ex nunc*.

### **2.6.2. L'unitarietà del fenomeno condizionale volontario**

Un'autorevole (ma risalente e oggi minoritaria) opinione nega che il fenomeno condizionale (volontario), nei suoi due aspetti sospensivo e risolutivo, possa essere ricondotto a unità, e ciò sulla base di una molteplicità di considerazioni attinenti e al profilo strutturale e al profilo funzionale delle due figure.

In particolare dal punto di vista strutturale la condizione sospensiva viene intesa quale “concausa di efficacia, cioè elemento marginale dell'atto su cui incide”, e si viene conseguentemente a collocare tra il momento della rilevanza ed il momento di piena efficacia dell'atto cui accede; viceversa la condizione risolutiva, qualificata come “fatto strutturalmente autonomo”, opera allo “esterno”, in un

---

<sup>206</sup> MAIORCA, *Della trascrizione*, cit., p.141 ss.

frangente logico temporale in cui l'atto è già pienamente produttivo di effetti<sup>207</sup>.

La divergenza strutturale tra i due fenomeni non può quindi che riverberarsi sul profilo funzionale degli stessi; ed, invero, la condizione sospensiva “concorre accanto all'atto, alla produzione degli effetti” con la conseguenza che rimane priva di una propria autonoma rilevanza giuridica. La condizione risolutiva, viceversa, si caratterizza per un autonomo profilo effettuale contrapposto a quello dell'atto condizionato<sup>208</sup>, e si attegga quindi come fatto meramente estintivo (ove irretroattiva), o estintivo – costitutivo (se dotata dell'ulteriore “effetto positivo” insito nella retroattività<sup>209</sup>).

La diversità dei due tipi di condizione viene, invece, avversata da altra parte della dottrina la quale, osservando il profilo strutturale del fenomeno, evidenzia la distinzione tra “clausola condizionale ed evento in essa previsto” concludendo per la mera apparenza della sopra individuata differenza strutturale<sup>210</sup>. Infatti, ove si intendesse la diversità

---

<sup>207</sup> In questo senso FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 238 ss.; circa il concetto di rilevanza ed il rapporti con la nozione di efficacia, si veda FALZEA, voce “*Efficacia giuridica*”, cit., p. <>; ID., voce “*Rilevanza*”, in *En. Dir.*, Milano, <>, p. <>. In senso analogo a Falzea, per l'impossibilità di considerare il fenomeno in esame unitariamente cfr. anche RESCIGNO, voce “*Condizione*”, cit. 768 per il quale la condizione risolutiva deve considerarsi una modalità del rapporto, piuttosto che dell'atto. V. inoltre Natoli, *Condizione, sub art.* 1358, cit., p. 458.

<sup>208</sup> Cfr. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 237. AMADIO (*La condizione di inadempimento*, cit. 44 s., *ivi*, nt. 118) si interroga circa la correttezza dell'assunto che fa della retroattività un autonomo effetto positivo della condizione, proponendo, in forma dubitativa, quale ricostruzione più realistica del fenomeno, quella che pensa alla retroattività come ad una “qualità degli effetti collegati ai diversi esiti della vicenda condizionale”.

<sup>209</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 239, ripreso anche da AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit. 44 s..

<sup>210</sup> In questo senso AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit. p. 45. Propendono per una ricostruzione unitaria del fenomeno condizionale, quanto meno osservando il binomio condizione sospensiva – condizione risolutiva, tra gli altri: BARBERO, voce “*Condizione*”, cit. p. 1099; MESSINEO, *Il contratto*, I, cit., p. 179 s.; CARRESI, *Il contratto*, cit. p. 613 ss.; MAIORCA, voce “*Condizione*”, cit. , p. 278; BIANCA, *Il contratto, Diritto civile*, III, Milano, 1993, n. 244, p. <>; CARRESI, *Il contratto*, cit. p.613 ss. Ampi rilievi critici inoltre in PELOSI, *La proprietà risolubile*, cit., p. 305 ss.; Sulla distinzione tra clausola condizionale ed evento condizionante può farsi riferimento a NATOLI, *Della condizione*, <>, p. 421; SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit. p. 337, nt. 69; MAIORCA, voce “*Condizione*”, cit., p. 1 s.

come riferita alla clausola condizionale, essa si scontrerebbe con la considerazione che in entrambi i casi la detta clausola non può che costituire parte integrante della dichiarazione negoziale; se invece l'alterità strutturale andasse ricercata nell'evento condizionante, l'affermazione "oltre che priva di reale efficacia discriminante" rischierebbe di "ingenerare un equivoco circa la "fattispecie" in rapporto alla quale si vorrebbe dimostrare la diversa collocazione dell'evento risolutivo rispetto a quello sospensivo"<sup>211</sup>.

Invero, considerando il profilo regolamentare, sia che si focalizzi l'attenzione sulla clausola condizionale, sia che la si focalizzi sull'evento condizionate, "il ciclo formativo della dichiarazione [...] deve considerarsi compiuto con la predisposizione di uno schema idoneo a dare compiuta disciplina agli interessi di cui delinea l'assetto", coincidendosi ed esaurendosi con il momento programmatico<sup>212</sup>.

Quanto alla considerazione per cui il negozio sospensivamente condizionato sarebbe rilevante ma non efficace, di guisa che l'evento condizionante influirebbe direttamente su di una fattispecie solo parziale, mentre in caso di condizione risolutiva la fattispecie sarebbe già completa, viene in contrario osservato come appaia "incoerente" qualificare come effettivamente perfetto il negozio risolutivamente condizionato e in ragione di ciò diversificarlo da quello sospensivamente condizionato<sup>213</sup>.

Anche nell'ambito del negozio risolutivamente condizionato, infatti, sarebbe rinvenibile, sotto il profilo effettuale, qualcosa in più della mera rilevanza ma qualcosa

---

<sup>211</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit. p. 45 s.

<sup>212</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit. p. 46.

<sup>213</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit. p. 49 s., il quale continua riprendendo le nozioni di efficacia e di rilevanza proprie di FALZEA, voce "efficacia giuridica", ed evidenziando come l'efficacia perciò individui la definitività dell'assetto di interessi programmato, con la conseguenza che la detta nozione di efficacia non si presta ad essere a pieno titolo impiegata alla pendenza della condizione risolutiva. L'Autore continua (p. 52 s.) osservando come, senza voler disconoscere la valenza della distinzione tra efficacia e rilevanza, l'analisi dei dati normativi consentirebbe di rinvenire una simmetria tra la posizione dell'alienante di un diritto sotto condizione sospensiva e la posizione dell'acquirente sotto condizione risolutiva da un lato e tra alienante del diritto risolubile e acquirente sotto condizione sospensiva dall'altro.

in meno della piena efficacia, posto che anche in tal caso opererebbero le norme dettate dall'ordinamento a tutela della pendenza, che presuppongono “la non definitività degli effetti strumentali all'esito incerto della vicenda”<sup>214</sup>. La sussistenza di uno stato di pendenza anche in caso di fattispecie risolutivamente condizionata, desumibile dall'inequivoca applicabilità al caso di specie delle tutele all'uopo predisposte dall'ordinamento, consente, quindi, di desumere la non piena efficacia anche del negozio risolutivamente condizionato; in questo verrebbe quindi meno una delle obiezioni alla riconduzione a unità del fenomeno condizionale volontario.

Sul piano funzionale le varie argomentazioni sviluppate per negare la distinzione tra i due modelli condizionali trovano il proprio punto focale, come visto, nell'asserzione per cui gli effetti conseguenti all'esito della vicenda condizionale andrebbero ricondotti a un diverso fondamento: l'evento sospensivamente condizionante, quale concausa di efficacia del negozio, sarebbe privo di una propria efficacia giuridica; l'evento risolutivamente condizionante, viceversa, quale fatto estintivo – costitutivo, sarebbe munito di un profilo effettuale specifico, autonomo e di segno contrario a quello da riconoscersi al negozio condizionato<sup>215</sup>. Con la conseguenza che sarebbe il ruolo stesso dell'evento ad atteggiarsi diversamente a seconda dei tipi di condizione: marginale e concausa di effetti nell'una, decisivo nell'altra<sup>216</sup>, posto che nell'ambito del negozio risolutivamente condizionato, la causa della risoluzione andrebbe ricercata nell'evento, mentre alla clausola condizionale “contenuta nell'atto spetta la qualifica di semplice presupposto”<sup>217</sup>.

In contrario viene fatto rilevare come, anche in caso di condizione risolutiva, la modificazione degli iniziali effetti del negozio vada pur sempre rinvenuta, quanto al fondamento, nella stessa previsione che contiene la condizione, la quale sola assume valenza causale per la

---

<sup>214</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit. p. 54

<sup>215</sup> FALZEA, *La condizione*, cit., p. 239.

<sup>216</sup> FALZEA, voce *Condizione*, n. 4, p. 4

<sup>217</sup> FALZEA, *La condizione*, cit., p. 245. Critiche a questa ricostruzione possono essere rinvenute anche in ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952, p. 78 ss.

risoluzione, senza, quindi, che residuino margini per riconoscere detta valenza all'evento esterno condizionante<sup>218</sup>. In ciò appare quindi sconfessata l'idea che una distinzione funzionale possa essere individuata su un – supposto – diverso modo di operare dell'evento.

Parimenti non sembra possa trovare fondamento la distinzione tra le due figure ove si voglia rinvenire una diversità funzionale nella diversa considerazione assunta dalle parti degli interessi sottesi al condizionamento.

Secondo la dottrina contraria all'unificazione del fenomeno in esame, infatti, il duplice piano in cui vengono collocati tali interessi, si traduce nella “diversa valutazione che il dichiarante compie [...] con riferimento alla situazione attuale”: con conseguente adozione del meccanismo sospensivo o risolutivo, a seconda che la situazione risulti o meno incline all'immediata attuazione degli interessi interni<sup>219</sup>.

Ammesso e non concesso che nel nostro ordinamento abbia cittadinanza la diversità di piani tra le due figure, può dubitarsi che il diverso giudizio sulla situazione di fatto appaia idoneo a operare la proposta distinzione; pare, difatti, che in entrambi i casi il problema “*sub specie iuris*, si rivel[i] unico: anticipare la regolamentazione di interessi tuttora esposti alla possibile incidenza di fattori incompatibili, predisponendo (attraverso i diversi congegni della sospensione e della precarietà dell'effetto) un tipo di tutela strumentale all'incertezza sull'esito di quel conflitto”<sup>220</sup>. Sul piano funzionale preme quindi rilevare ai nostri fini come in entrambi i casi l'ordinamento predisponga una tutela che presuppone la non definitività degli effetti, conseguentemente mirando a salvaguardare la possibilità che l'assetto di interessi programmato venga a mutare al seguito del verificarsi dell'evento condizionante<sup>221</sup>.

### **2.6.3. La *condicio iuris* (risolutiva)**

---

<sup>218</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit. p. 61 che precisa come, solo in virtù della previsione condizionate l'evento considerato “assume qualificazione giuridica” e diviene presupposto (e non causa) del venire meno della vigenza effettuale.

<sup>219</sup> FALZEA, *La condizione*, cit., p. 82;.

<sup>220</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 62

<sup>221</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 62

La dottrina e la giurisprudenza che si sono occupate del fenomeno della c.d. *condicio iuris* hanno sostanzialmente focalizzato l'attenzione sulla condizione legale sospensiva, tralasciando, invece, lo studio approfondito di quella di tipo risolutivo<sup>222</sup>.

La condizione legale può essere definita, in prima approssimazione, mutuando la terminologia propria della dottrina tradizionale, come un evento futuro e incerto dal cui subentrare dipende per opera del diritto, quindi senza e financo contro la volontà dei soggetti agenti, l'esistenza (o l'inesistenza) del rapporto giuridico e, quindi, in ultima analisi, i suoi effetti<sup>223</sup>. La figura in oggetto va quindi ristretta ai solo eventi di matrice legale esterni alla

---

<sup>222</sup> Si può richiamare in punto di condizione legale: SAVUGNY, *Sistema*, III, cit., p. 150 ss.; COVIELLO N., *Manuale*, <>, 43; POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*<sup>2</sup>, Roma 1915, <>, 235, nt. 2; SRAFFA, *I contratti non ancora approvati dall'autorità tutoria*, in *Riv. dir. comm.*, 1918, II, 406 ss.; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, ristampa inalterata Napoli 1999, p. 94 ss.; AMADIO, *La condizione di inadempimento, contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996; SCIALOJA V., *Negozi giuridici*, <>, p. 100 ss.; TENDI, *Contributo alla dottrina della natura e del concetto delle condizioni*, in *Giur. it.*, 1906, 25 s; PACCHIONI, *Condicio e condicio iuris nel contratto di assicurazione vita*, in *Il diritto commerciale*, 1925, 137 ss.; STOLFI, *I nascituri non concepiti*, in *Annali Macerata*, 1930, 143 ss.; BARASSI, *Le obbligazioni con speciale riguardo ai contratti*, Milano. *Le obbligazioni con speciale riguardo ai contratti*, Milano, 1936, 198; FERRI, *Le polizze di abbonamento*, in *Studi Urbinati*, 1936, 19; ALLARA, *La natura giuridica dell'obbligazione per fatto altrui*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, 416 nt. 1

<sup>223</sup> Cfr. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 94 che richiama EISELE, *Zur Lehre von den conditiones iuris*, cit., 113. Manca, tuttavia, in FALZEA ogni significativo riferimento alla condizione legale risolutiva. V. anche RESCIGNO, voce "Condizione", in *En. dir.*, VIII, Milano, 1961, par. 6, p., che precisa come la condizione legale non vada confusa con la condizione tacita da ricondurre pure sempre nell'ambito della condizione volontaria, e ciò sia quando la condizione – tacita – volontaria venga ricostruita attraverso l'interpretazione del contratto, sia quando sia la legge stessa ad inserire nell'atto di autonomia privata la condizione attraverso un'interpretazione tipica della volontà (cfr. gli artt. 688 cpv c.c. e 791 comma 2° c.c.), né infine con la condizione prevista dalla legge ma il cui operare è subordinato alla previsione espressa delle parti. Per SCIALOJA A., *Condizione volontaria e condizione legale*, in *Saggi di vario diritto*, I, Roma, 1927, 13, sotto la denominazione di *condicio iuris* andrebbero ricompresi "tutti quei presupposti stabiliti espressamente o tacitamente dalla legge per la efficacia del negozio e che possono dalla legge essere modificati o soppressi senza che per ciò lo schema del negozio ne rimanga alterato". Parla espressamente di condizione legale risolutiva oltrechè sospensiva BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*<sup>2</sup>, III, Milano, 2000, 561.

fattispecie centrale, caratterizzati dai requisiti della incertezza e della posizione del futuro<sup>224</sup>.

Una parte autorevole ma risalente della dottrina tende ad una configurazione unitaria del fenomeno condizionale asserendo che la condizione volontaria e quella legale apparterrebbero ad un unico *genus*: nella *condicio iuris* sarebbero rinvenibili gli stessi elementi caratterizzanti la *condicio facti*<sup>225</sup>.

In particolare, sotto il profilo della funzione che la condizione è chiamata a svolgere all'interno della fattispecie la condizione volontaria tutelerebbe un fine particolare dei soggetti i quali "intendono che il regolamento di interessi al quale è preordinato l'atto trovi realizzazione solo qualora non si verifichi la incidenza di un piano di interessi esterno, interessi che si prevedono come futuri e incerti"<sup>226</sup>. Con la conseguenza che a seconda del verificarsi degli accadimenti si potrà avere il manifestarsi degli interessi esterni con conseguente prodursi della situazione in cui rimane certo in modo definitivo la non attuazione degli interessi interni<sup>227</sup>; oppure essi non si manifestano e conseguentemente rimane certo in modo definitivo il prevalere degli interessi interni<sup>228</sup>.

I due interessi, interno ed esterno si possono collocare sul medesimo piano (ed è il caso in cui entrambi siano privati) ovvero si possono trovare su due distinti piani di rilevanza come, ai fini che qui rilevano, il caso in cui l'interesse interno (*id est* il prodursi della vicenda traslativa) sia privato e l'interesse esterno (che può descriversi in via approssimativa facendo riferimento all'interesse collettivo

---

<sup>224</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 103

<sup>225</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 103 SS. Circa l'assimilabilità dei due fenomeni condizionali si v. anche RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 111, sulla base della considerazione per cui apparterrebbero ad un unico *genus* tutti gli elementi del negozio successivi alla manifestazione di volontà; tali elementi, quindi, potrebbero sottoporsi "ad una valutazione giuridica unitaria, in quantoché la loro momentanea mancanza si limita a sospendere la nascita degli effetti definitivi, mentre invece nel frattempo dà luogo normalmente ad effetti preliminari".

<sup>226</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 106

<sup>227</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 106 che parla di situazione sfavorevole al negozio;

<sup>228</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 106, che si riferisce a situazione favorevole al negozio.

alla sicura circolazione dei diritti reali immobiliari e della ricchezza che essi rappresentano) sia pubblico.

Nel caso che qui rileva sarebbe l'ordinamento giuridico a collocare il sistema di interessi esterno (la tutela della circolazione immobiliare e, quindi, la prevalenza del secondo acquirente primo trascrivente) in ordine superiore rispetto a quello interno (il verificarsi stabile della vicenda traslativo per il primo acquirente non prioritario trascrivente in applicazione del principio del consenso traslativo), assumendo la realizzazione del primo prevalenza di fronte alla realizzazione del secondo<sup>229</sup>. In tali casi, quindi l'ordinamento giuridico non può rimettere ai privati la scelta di quale interesse far prevalere, correndosi altrimenti il rischio del sacrificio dell'interesse – prevalente – esterno, rispetto a quello interno.

Conseguentemente l'ordinamento giuridico assume il compito di tutelare il prevalente interesse esterno col minor pregiudizio dell'autonomia privata mediante un meccanismo di stampo condizionale che non pregiudichi l'attuarsi dell'interesse interno ove l'interesse esterno non incida sulla fattispecie<sup>230</sup>.

Le argomentazioni svolte consentono alla citata dottrina di concludere nel senso per cui sul piano funzionale i due profili condizionali sarebbero assimilabili: nel caso di condizione volontaria entrambi gli interessi (interno ed esterno) fanno capo agli stessi soggetti, finendo sempre per attuare un fine dell'agente; in caso di condizione legale ai soggetti agenti fa solo capo il sistema interno e quello esterno invece appartiene ad un altro soggetto (la collettività) che non può tutelarlo in quanto non partecipa all'atto<sup>231</sup>.

All'identità funzionale viene fatta corrispondere un'identità di struttura che viene ravvisata nell'imperniarsi il meccanismo condizionale su di un elemento “qualificato dal diritto come concausa di efficacia e caratterizzato dalla proiezione nel futuro rispetto all'atto e dell'incertezza”; con la conseguenza che il sorgere della situazione effettuale

---

<sup>229</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 107

<sup>230</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 111

<sup>231</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 111, il quale (ID., *ivi*, p.112) conclude, appunto, per l'identità funzionale dei due congegni volti in entrambi i casi a fornire tutela ad un interesse estraneo all'atto.

appare, nel momento in cui si stipula l'atto, futuro ed incerto<sup>232</sup>.

Utilizzando un linguaggio di carattere maggiormente descrittivo si sottolinea come le condizioni legali finiscano per essere in senso proprio “ostacoli legali all'eseguibilità di determinati negozi” costituendo perciò “limiti imposti dalla legge a garanzia degli interessi di talune persone, o di interessi generali degni di speciale tutela, e consistono spesso nell'intervento di volontà estranee [...] e sempre poi nel compimento di atti estranei a quelli costitutivi del negozio”<sup>233</sup>.

Cionondimeno le condizioni volontarie e quelle legali possono essere assimilate in quanto in entrambi i casi ci si troverebbe in presenza di una disposizione, volontaria o legale, che subordina l'efficacia o la risoluzione del contratto ad un evento futuro e incerto e, precisamente, ad una circostanza che non attiene al contenuto dell'impegno contrattuale a gli elementi costitutivi dell'atto<sup>234</sup>.

Di contrario avviso è, invece, altra parte della dottrina per la quale, variamente motivando, è da escludersi che la

---

<sup>232</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 112.

<sup>233</sup> SCIALOJA A., *Condizione volontaria e condizione legale*, cit., p. 18 s., che richiama tra l'intervento di volontà estranee anche il fenomeno della trascrizione.

<sup>234</sup> cfr. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 94; *contra* RESCIGNO, voce “Condizione”, cit. 768. Per BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*<sup>2</sup>, cit., 562, la condizione legale si differenzerebbe da quella volontaria in quanto dipende dalla legge e non dalla volontà delle parti con la conseguenza che la prima (ove sospensiva) è un elemento necessario di efficacia del contratto, mentre la seconda ha carattere di accidentalità. Circa la ricostruzione della condizione quale elemento volto a dare rilevanza ad interessi esterni alla fattispecie si vedano le osservazioni di AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 141 ss. e che riconduce comunque la condizione di inadempimento alla tutela di “un risultato (e quindi un intento) che tra quegli interessi [cc. dd. interni] non rientra. Qualificandosi pertanto, sul piano della configurazione strutturale (e della posizione) degli interessi medesimi, come ipotesi “tipica” di condizionamento”. Sul punto si veda *amplius* ID., *ivi, passim*; l'Autore, in particolare non confuta la teoria classica del duplice piano di interessi, proponendosi, piuttosto di “segnalare due possibili “inconvenienti”, legati [...] all'utilizzo di determinate formule” e ciò al fine di consentire la distinzione tra “risolversi degli effetti condizionati” e caducarsi dell'efficacia (non soggetta a condizione) a seguito di risoluzione ordinaria (ID., *ivi*, cit., p. 156, nt. 36).

condizione possa essere ricompresa in un unico *genus* con la condizione volontaria<sup>235</sup>

Noi riteniamo di dover condividere di fondo, le impostazioni che riconducono la condizione legale su di un piano separato rispetto a quello della condizione volontaria. E ciò non tanto perché non si ritenga di condividere nelle premesse il pensiero di quell'insigne studioso<sup>236</sup> che ha voluto dimostrare l'identità funzionale e strutturale del fenomeno: soprattutto considerando il profilo funzionale, non sembra doversi escludere a priori nell'ambito del congegno condizionale legale la rilevabilità di un interesse interno ed uno esterno destinato, per scelta dell'ordinamento giuridico, ad assumere rilievo preminente.

Tuttavia, di base le due fattispecie andrebbero e vanno distinte; il *discrimen* sarebbe da rilevare nella considerazione che, pur operando - in senso descrittivo - entrambe le figure sul piano degli effetti del negozio giuridico, la condizione volontaria appartiene al piano del contenuto autodeterminato del negozio giuridico; la condizione, viceversa, legale appartiene invece al piano della norma<sup>237</sup>.

Da qui la considerazione, invero, condivisibile, propria della più recente dottrina per cui la categoria *condicio iuris*, pur avendo ancora una valenza descrittiva, risulterebbe, sul piano sistematico, svuotata di contenuto<sup>238</sup>, tanto da potersi

---

<sup>235</sup> BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, Milano, 1937, 73; prima di lui cfr. SCIALOJA, *Condizione volontaria e condizione legale*, cit., p. 19; in questo senso anche CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 261, nt. 153.

<sup>236</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., *passim*

<sup>237</sup> Cfr. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratto. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo, e continuato da Mengoni, Milano, 1987, I, 1, 261; BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*<sup>2</sup>, cit., p. 562. In questo senso cfr. anche BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, cit., p. 73 il quale evidenzia come la condizione legale, di cui l'Autore, come visto, nega l'assimilabilità alla condizione volontaria, sarebbe estranea "alla fattispecie negoziale, alla cui efficacia è preordinata" ma insieme "costitutiva di una più vasta e complessa fattispecie normativa, che è quella alla quale, considerata in tutti questi elemento l'uno all'altro estranei (strutturalmente) e collegati (funzionalmente), è fatta corrispondere e seguire la produzione di dati effetti". La considerazione esposta nel testo va letta pur sempre nell'ambito della moderna accezione dogmatica estranea al principio di causalità giuridica: in ultima analisi anche la condizione volontaria può essere ricondotta al piano della norma ove si consideri che, ancorché autodeterminata, l'efficacia che la compete le deriva pur sempre da un conforme riconoscimento normativo.

parlare di pluralità di *condiciones iuris*<sup>239</sup>, intese quali fatti idonei da incidere sulla valutazione già effettuata dall'ordinamento di altri fatti, nei limiti e nei modi di volta in volta previsti dall'ordinamento giuridico<sup>240</sup>.

Ritorna utile, a questo punto del lavoro, l'esito del percorso argomentativo sopra riportato in ordine alla verifica della tendenziale identità funzionale e strutturale della condiziona volontaria sospensiva e risolutiva<sup>241</sup>, al fine di meglio individuare una netta linea di demarcazione tra con la c.d. condizione legale risolutiva e l'omologo fenomeno volontario; in particolare gli elementi caratterizzanti ciascun fenomeno, lungi dal poter ricevere un riconoscimento di tipo ontologico, devono essere riscontrati sul piano normativo della disciplina applicabile, operando un confronto tra la condizione volontaria risolutiva ed il fenomeno, pur sempre descrittivamente risolutivo, che ricorre, invece, in caso di prioritaria trascrizione del successivo acquisto.

Il raffronto nasce dalla verifica circa l'appartenenza della condizione risolutiva volontaria alla categoria dell'inefficacia successiva cui la dottrina tradizionalmente riconduce la risoluzione ordinaria (per inadempimento o consensuale), ma alla quale si è escluso possa farsi riferimento, se non in termini meramente descrittivi, con riguardo alla condizione risolutiva (volontaria); e l'impossibilità di equiparare la condizione risolutiva volontaria ad un'ipotesi di inefficacia successiva discenderebbe proprio dall'identità strutturale e funzionale della prima con la condizione sospensiva volontaria, entrambe le figure essendo caratterizzate dal mancato raggiungimento di una pienezza effettuale<sup>242</sup>.

---

<sup>238</sup> VARRONE, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1972, p. 106 ss.

<sup>239</sup> RESCIGNO, voce "*Condizione*", cit., p. 778.

<sup>240</sup> Cfr. Cass. 5 agosto 1977 n. 3559, in <> la quale avverte esigenza di distinguere a seconda della nozione accolta di *condicio iuris* e precisamente a seconda che per tale s'intenda un requisito essenziale o un presupposto del contratto senza il quale questo non esiste, o invece, soltanto, un requisito della sua efficacia: nel primo caso, la condizione legale non avrà nessuna affinità con la condizione vera e propria, mentre, nell'altro, è perfettamente parificabile a una condizione di fatto, e, come tale, sarà anche pattiziamente regolabile, e condizione e ad applicabilità nei limiti di compatibilità.

<sup>241</sup> Cfr. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit. p. 44 ss.

Tradizionalmente, infatti, alla categoria dell'inefficacia successiva vengono ricondotte le ipotesi in cui vi sia “l'interferenza di un interesse esterno e incompatibile in un momento in cui il negozio ha prodotto i suoi effetti tipici e fondamentali”<sup>243</sup>. L'interesse che determina l'eliminazione degli effetti giuridici può essere proprio degli stessi soggetti agenti (ed è il caso, appunto, della rescissione, della risoluzione e del termine finale apposto dagli autori dell'atto) ovvero, (ed è questa la situazione che si verifica nel caso in esame) l'interesse appartiene alla sfera dei soggetti estranei all'atto<sup>244</sup>. L'inefficacia successiva si ha quindi ogniqualvolta il venir meno degli effetti è successivo al loro prodursi mentre l'inefficacia originaria, conseguendo ad un fatto impeditivo che si inserisce tra la rilevanza ed il ricollegamento degli effetti, si avrebbe quando l'atto “per causa coeva o successiva alla sua formazione, non riesce mai a conseguire i propri effetti”<sup>245</sup>.

Attenta dottrina esclude, tuttavia, che nella categoria dell'inefficacia successiva possa essere ricondotta la condizione risolutiva volontaria, contestandosi con fermezza che il negozio risolutivamente condizionato “raggiunga, *pendente condicione*, lo stadio di efficacia piena (ovvero, secondo l'usuale terminologia) l'efficacia “tipica e fondamentale. Il trasferimento soggetto a condizione risolutiva non produce sino all'esaurirsi della fase di pendenza, i propri effetti tipici e fondamentali, ma da luogo ad effetti *qualitativamente diversi* rispetto al trasferimento incondizionato”, ravvisandosi, come visto, in questo, la sua unitarietà col fenomeno della condizione sospensiva volontaria<sup>246</sup>. E a questa conclusione si perviene sulla base della ricostruzione strutturale e funzionale del fenomeno condizionale, supportata dall'analisi dei dati normativi dai quali si evincono inequivocabilmente gli indici della diversità tra gli “effetti tipici e fondamentali” e quelli conseguenti al negozio risolutivamente condizionato<sup>247</sup>.

---

<sup>242</sup> Il riferimento è ad AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 44 ss.

<sup>243</sup> SCALISI, voce “*Inefficacia (dir. Priv.)*”, cit., p. 370

<sup>244</sup> SCALISI, *ult. op. loc. cit.*

<sup>245</sup> SCALISI, *ult. op. cit.*, p. 366

<sup>246</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit. p. 382.

In particolare i riferimenti alla disciplina propria della condizione, applicabile anche alla condizione risolutiva, esprimono con certezza la precarietà della vicenda prodottasi consentendo al dante causa l'esercizio di determinati poteri ed incidendo, sotto altro profilo, sulle eventuali vicende traslative della medesima situazione giuridica trasferita, facoltà tutte da ricondurre all'esigenza di tutela dell'aspettativa caratterizzante la condizione volontaria, sia essa risolutiva o sospensiva<sup>248</sup>.

Se questo è vero, può osservarsi come operi in modo diverso la *condicio iuris* risolutiva in oggetto, che altro non è se non, con terminologia descrittiva, un fenomeno di inefficacia successiva che incide su una fattispecie già pienamente perfezionatasi, e che consegue all'interferenza con la vicenda negoziale di un interesse esterno ed incompatibile, valutato con preminenza dall'ordinamento giuridico e rappresentato, in termini pratici, dalla prioritaria trascrizione di un acquisto potenzialmente incompatibile con quello affetto dalla sopravvenuta efficacia<sup>249</sup>.

Se così è, l'interesse esterno si traduce nel fornire prevalenza al primo trascrivente e, contestualmente, per questo, nel privare di efficacia la vicenda traslativa, pur cronologicamente anteriore e pertanto già prodottasi e ciò al fine di consentire il riconoscimento della situazione giuridica soggettiva trasferita in capo al primo trascrivente. Il fondamento dell'inefficacia successiva dell'acquisto prioritario va quindi individuato nell'inconcepibilità di una contestuale coesistenza di due situazioni giuridiche soggettive identiche e incompatibili e, quindi come

---

<sup>247</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit. p. 383, il quale osserva come il condizionamento "anche risolutivo, *incide immediatamente sul profilo effettuale*", rendendo applicabile la disciplina integrativa predisposta a tutela dell'aspettativa", che limita la tutela spettante all'acquirente *sub condicione* risolutiva.

<sup>248</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit. p. 383 ss.

<sup>249</sup> Si badi che il riferimento vuole essere all'inefficacia sopravvenuta sì ma in via assoluta, in ciò discostandosi dalla tesi propria di SCALISI (*ult. op. cit.*, p. 366 ss.) che con riferimento al fenomeno della trascrizione ed alla prevalenza del secondo acquirente, si riferisce al concetto dell'inefficacia relativa, in ciò, tuttavia, come visto, scontrandosi, sebbene sul diverso piano degli effetti del negozio, con le critiche mosse, e che riteniamo di condividere, all'idea di una proprietà relativa. Sul punto cfr. *supra* cap. 2.

conseguenza della prevalenza accordata dall'ordinamento alla vicenda successiva<sup>250</sup>.

La divergenza di interessi, risolvendosi nella necessità di consentire il prevalere di uno solo dei due, non può che determinare la privazione di efficacia del negozio destinato a soccombere. Proprio per questo, tuttavia, l'eliminazione dell'efficacia del primo negozio traslativo in virtù di un fatto estraneo, contrastando con (l'apparente) intento delle parti e con l'assetto di interessi da queste predisposto, richiede di essere limitata nella misura strettamente necessaria a fornire tutela all'interesse compatibile.

Nuovamente può, in questa sede, ribadirsi come il meccanismo della trascrizione finisca sì per tutelare l'interesse del secondo acquirente primo trascrivente, ma ciò, tenuto conto della *ratio* della disciplina e della sfera prettamente normativa cui accede il fenomeno, deve avvenire con il minor sacrificio del diverso interesse del primo acquirente e senza che pervenga a procurarsi un indebito vantaggio per il comune dante causa.

Proprio per questo, quindi, il principio del consenso traslativo deve poter operare con l'estensione massima consentita dalla tutela del secondo acquirente primo trascrivente e quindi senza che sia dato riscontrare uno sfasamento temporale tra il verificarsi dell'evento condizionante e la privazione della titolarità in capo al primo acquirente.

La vicenda traslativa scaturente dall'atto di autonomia privata deve quindi ritenersi perfetta e pienamente attuata fino al verificarsi o al mancare definitivo della trascrizione, da elevare ad elemento legislativamente tipizzato come evento condizionate. In questo modo, l'ordinamento determinerebbe l'ingresso nell'atto di autonomia privata di un interesse esterno destinato a prevalere sull'interesse interno delle parti al prodursi stabile dell'effetto reale. E questo interesse esterno altro non sarebbe che un interesse di

---

<sup>250</sup> Cfr. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, cit., p. 99 per il quale “una volta accordata la preferenza [al titolo anteriormente trascritto] non è più possibile ipotizzare delle situazioni in conflitto e l'acquisto del primo avente causa sarà inefficace. Ciò non dipende dall'effetto risolutivo della trascrizione, ma dalla stessa *ratio* di un sistema che nell'attribuire la preferenza non ha più motivo di riconoscere effetti alla situazione sacrificata”.

carattere pubblico, tale in quanto appartenente alla collettività, che si traduce nel voler fornire tutela ai traffici giuridici e alle esigenze della circolazione, mentre appare di minor rilevanza, come si avrà modo di vedere in seguito, la tutela dell'affidamento del terzo<sup>251</sup>.

Il primo acquirente non ancora trascrivente deve, quindi, essere reputato titolare di un diritto reale pieno ed opponibile *erga omnes* senza limitazioni di sorta. Nei confronti di questi (fino ad una eventuale trascrizione incompatibile) è destinata integralmente ad operare la tutela predisposta dall'ordinamento per le situazioni reali senza eccezione alcuna (si pensi alla possibilità di agire o resistere in rivendica, a titolo meramente esemplificativo).

Non è invece dato riscontrare tutela alcuna di una supposta aspettativa del comune dante causa, che del resto, per come si è tentato di delineare il conflitto di interessi intercorrente tra i differenti soggetti, non avrebbe nemmeno ragione di essere. Tant'è che il comune dante causa potrà disporre sì del diritto nuovamente, ma tale atto di disposizione sarà inefficace in quanto proveniente dal non titolare. L'efficacia del detto atto discenderà non già dall'essersi risolto il prioritario acquisto, ma dalla prioritaria trascrizione con valenza costitutiva del secondo acquisto e risolutiva *ex lege* del primo.

L'atto di disposizione successivo, lungi dall'aver riconosciuto efficacia nell'ambito di una supposta tutela dell'aspettativa, si colloca semplicemente quale fatto dall'ordinamento individuato come idoneo, unitamente ad altri fatti, a riconoscere il diritto in capo al secondo acquirente. Del resto non vi è alcuna norma che legittimi il

---

<sup>251</sup>Come noto, salvo diversamente influire la fattispecie sotto il profilo risarcitorio, la tutela fornita dall'ordinamento giuridico al primo trascrivente con la regola di cui è espressione l'art. 2644 c.c., è destinata a operare anche ove il secondo avente causa, ancor prima del perfezionarsi del suo titolo di acquisto, sia consapevole dell'antecedente atto di disposizione incompatibile e cionondimeno addivenga alla conclusione del negozio ed alla prioritaria trascrizione del medesimo. Appare evidente come in questo caso il meccanismo dell'art. 2644 c.c., ove fosse diretto alla tutela dell'affidamento del terzo, dovrebbe essere disapplicato in assenza dello stato soggettivo di buona fede del secondo acquirente. Circostanza che non si verifica, onde si può ricavare come l'interesse esterno tutelato dalla norma non possa che appartenere ad una dimensione pubblicistica e generale di stampo latamente economico.

comune dante causa, quale supposto titolare dell'aspettativa, a compiere atti conservativi sul bene alienato. La proprietà è già, immediatamente, pienamente, e irrevocabilmente passata con il solo perfezionarsi del negozio consensuale.

Da quanto detto si evince come la prioritaria trascrizione del secondo acquirente può sì, descrittivamente, essere concepita come *condicio iuris* risolutiva, purchè si tenga a mente che si tratta di fenomeno estraneo al profilo della condizione risolutiva volontaria (necessariamente caratterizzata dalla fase di pendenza), che si colloca, invece, a pieno titolo nella categoria descrittiva dell'inefficacia successiva, per come la si è sopra voluta individuare, che presuppone un atto *pienamente efficace*.

Quanto detto consente quindi di concludere per la non applicabilità, neppure sul piano analogico, al caso di specie degli artt. 1356, 1357 e, soprattutto, 1360 c.c. dettati per la condizione volontaria. E' vero, infatti, che, soprattutto in giurisprudenza, si è ammesso il retroattivo operare delle condizioni legali<sup>252</sup>; è vero anche, tuttavia, che si trattava di casi di condizione legale *sospensiva* ove è ragionevole ritenere che l'interesse (interno) delle parti, una volta valutato positivamente dall'ordinamento per mezzo del verificarsi dell'evento condizionante esterno, debba ricevere tutela in maniera conforme alla volontà delle stesse e quindi riconducendo l'efficacia del negozio al momento del suo perfezionamento<sup>253</sup>.

---

<sup>252</sup> Cfr. Cass. 20 ottobre 1959, n. 2994 in <>; Cass., 4 dicembre 1974 n. 4010, in <>

<sup>253</sup> Cfr. GABRIELLI, *Sul modo di operare dell'art. 2644 c.c.*, cit., p. 360 che giudica conseguentemente irragionevole l'opinione del retroattivo operare degli effetti ove la si voglia fare valere con riferimento ad un evento che, tutelando un interesse esterno, elimina gli effetti di un atto posto in essere dalle parti che non hanno voluto né si sono rappresentate la detta eliminazione. Del resto è molto dubbia l'applicabilità al fenomeno della condizione legale della retroattività: sul punto cfr. RESCIGNO, voce "*Condizione*", cit. 775, il quale osserva come il legislatore in alcuni casi espressamente dichiara che l'effetto di una determinata fattispecie debba retroagire al momento dello stipulazione dell'atto (o al diverso momento di volta in volta individuato), traendo la conclusione che al di fuori delle ipotesi in cui sia l'ordinamento ad espressamente prevedere la retroattività, essa debba essere negata e ciò "dato il carattere eccezionale della norma che sancisce la retroattività della condizione volontaria verificata e di talune condizioni legali", tal da impedire l'estensione analogica della norma stessa. Peraltro, anche a voler ammettere, conclusione che noi non riteniamo di voler condividere (così invece GAZZONI, *La*

La prioritaria trascrizione dell'incompatibile acquisto posteriore sembra quindi destinata a operare come circostanza estrinseca sopravvenuta (pur sempre fatto giuridico) che incide, eliminandoli, sugli effetti giuridici prodottisi a seguito del perfezionarsi del negozio giuridico cronologicamente anteriore.

In questo modo il sistema appare anche più coerente e ragionevole anche ove si vogliano analizzare, a conferma della bontà dell'assunto, le conseguenze sul piano applicativo che derivano dall'affermazione per cui l'effetto estintivo del primo acquisto e costitutivo di quello cronologicamente successivo deve essere ricondotto non solo logicamente, ma anche temporalmente alla trascrizione del secondo acquirente.

Un esempio consente di portare a termine questa fase dell'analisi. Si può infatti ipotizzare che la doppia alienazione abbia avuto ad oggetto la proprietà di un immobile già concesso in locazione a terzi. Ora, dispone l'art. 1602 c.c. che "il terzo acquirente tenuto a rispettare la locazione [cfr. art. 1599 c.c.] subentra, dal giorno del suo acquisto, nei diritti e nelle obbligazioni derivanti dal contratto di locazione"; si tratta di capire a chi riconoscere il credito relativo al canone di locazione scaduto nel periodo intercorrente tra il primo acquisto consensuale e la prioritaria trascrizione del secondo. Seguendo l'impostazione accolta nel presente lavoro il pagamento di tale canone andrebbe effettuato al primo acquirente, quale creditore non già apparente ma vero, con conseguente irripetibilità dello stesso ove eseguito<sup>254</sup>.

Viceversa, ove si propendesse per il retroattivo operare dell'evento risolutorio, il primo acquirente, che avesse ricevuto il pagamento del canone, sarebbe sicuramente esposto all'azione di ripetizione dell'indebitato. Il credito derivante dal contratto di locazione spetterebbe, difatti al dante causa, quanto al periodo che va

---

*trascrizione immobiliare*, cit., p. 473 s.) l'applicabilità al caso di specie dell'art. 1360 c.c., non potrebbe trascurarsi quella norma che esclude l'operatività della regola della retroattività ove risulti in tal senso la volontà delle parti o la natura del rapporto (cfr. GABRIELLI, *ult. op. loc. cit.*).

<sup>254</sup> L'esempio è di GABRIELLI, *Sul modo di operare dell'art. 2644 c.c.*, cit., p. 360 s. e riguarda, come esplicitato nel testo, l'ipotesi in cui il contratto di locazione sia già in essere al momento dell'acquisto. Diversa, e sul punto si tornerà in seguito, è la sorte del contratto di locazione stipulato dal primo acquirente, in qualità di proprietario, dopo l'acquisto (non trascritto) della proprietà e prima della prioritaria trascrizione dell'acquisto cronologicamente successivo.

dal primo atto di disposizione al secondo; al secondo avente causa, quanto a quello maturato a decorrere dalla data del suo atto consensuale di acquisto (e quindi anche prima della trascrizione costitutiva dell'acquisto)<sup>255</sup>.

In questo appare l'irragionevolezza dell'avversata soluzione, che perviene a riconoscere un diritto (il diritto di credito nell'esempio svolto) a chi si è già privato in modo definitivo della titolarità del bene in un momento a questo successivo, e che, per altra via, ammette che il secondo acquirente prevalga (facendo propri i frutti) in un conflitto manifestatosi anteriormente al momento in cui, grazie alla prioritaria trascrizione, egli è in grado di prevalere sulla posizione del primo acquirente<sup>256</sup>.

Quanto fin qui detto può essere vero nei limiti in cui il retroagire dell'effetto risolutorio non debba trovare un diverso e sicuro fondamento. E qui ci si deve allontanare dal piano dell'analisi degli interessi coinvolti, in quanto, come accennato, la retroattività, che pur si è ritenuto di escludere quanto meno raffrontando il fenomeno in esame con quello della condizione volontaria, risponderebbe, in realtà, secondo i suoi sostenitori a un'asserita esigenza logica.

Come si è visto, infatti, l'esigenza che induce la dottrina a considerare retroattivo il risolversi degli effetti del negozio del primo acquirente non o secondo trascrivente, viene individuata nel rispetto del principio per cui *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*.

Si tratta di un assunto che del resto mal si concilia col principio consensualistico di cui all'art. 1376 c.c. e che è causa dell'insorgere di molte delle contraddizioni e delle difficoltà che accompagnano la comprensione logica del fenomeno in esame<sup>257</sup>. Contraddizione che sembra quindi trovare il proprio fondamento nel radicato convincimento che l'acquisto del secondo acquirente primo trascrivente sia a titolo derivativo e quindi necessariamente *a domino*. Tuttavia, che l'acquisto *a non domino* sia un acquisto a titolo originario è asserzione tutta da dimostrare e anzi i dati positivi forniti dal nostro ordinamento sembrano portare, in alcuni casi, verso l'opposta direzione.

---

<sup>255</sup> Cfr. GABRIELLI, *ult. op. cit.*, p. 361.

<sup>256</sup> Cfr. GABRIELLI, *ult. op. loc. cit.*

<sup>257</sup> Cfr. GABRIELLI, *Sul modo di operare della pubblicità a norma dell'art. 2644 c.c.*, in *Riv. not.*, 2009



## Capitolo III

### ACQUISTI A TITOLO ORIGINARIO E ACQUISTI A TITOLO DERIVATIVO

#### 3.1 LA NOZIONE DI ACQUISTO

L'assunto che sembra opportuno mettere ora alla prova, è quello per cui l'acquisto *a non domino* non sarebbe mai, in quanto tale, un acquisto a titolo derivativo. Per comprendere la discutibilità di questa asserzione, occorre tuttavia prima procedere a una rapida, ma per ciò stesso non meno incisiva, analisi della nozione di acquisto a titolo derivativo e di acquisto a titolo originario che non trovano, tuttavia, fondamento positivo alcuno.

Questo argomentare non vuole tradursi in un mero esercizio di stile fine a se stesso. L'analisi che si tenterà di condurre sarà diretta a fornire risposte e soluzioni a problematiche che ricoprono una rilevanza anche sotto il profilo pratico o, comunque, non già prettamente dogmatico. Si tratterà, infatti, di comprendere, ove si ritenga ancora di ammettere la distinzione tra acquisti a titolo originario e acquisti a titolo derivativo, come le modalità dell'acquisto incidano sulla qualità e sulla quantità delle "situazioni giuridiche soggettive trasmesse" o, in altre parole, come la differenza tra i due tipi di acquisto non sia altro che una conseguenza dello statuto normativo da riconoscere al diritto acquistato; a ben vedere, infatti, la conclusione cui si perverrà, facendo proprie le asserzioni di autorevole dottrina, è, in realtà, quella per cui è solo verificando quali situazioni giuridiche soggettive vengono trasmesse in capo all'avente causa o, *rectius*, quali conclusioni giuridiche siano autorizzate dinnanzi ad una data vicenda traslativa, che potrà desumersi, con un ragionamento *a contrario*, la riconducibilità della fattispecie concreta all'una o all'altra – descrittiva – categoria di acquisto<sup>258</sup>.

---

<sup>258</sup> Cfr. SACCO – CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 473 ss.

L'acquisto può essere, in prima approssimazione, mutuando una terminologia di stampo sostanzialista, definito come quella vicenda giuridica, ovverosia quell'effetto, che l'ordinamento riconosce in presenza di un dato fatto, che determina un mutamento della sfera soggettiva di un soggetto che acquisisce la titolarità di una nuova situazione giuridica soggettiva. La nozione di acquisto, può quindi descrittivamente essere ricondotta al concetto di successione del diritto<sup>259</sup>.

Nella dottrina tradizionale è diffusa la formula, che si inserisce nella linea di pensiero cui appartiene la definizione sopra fornita, per cui l'acquisto sarebbe la congiunzione o il collegamento del diritto con un determinato soggetto<sup>260</sup>. Con questa espressione si farebbe pertanto riferimento al verificarsi di un fatto ovvero di una pluralità di fatti – e, quindi, di una fattispecie<sup>261</sup> – in presenza dei quali l'ordinamento giuridico “riconosce, e cioè attribuisce o destina la *titolarità* di un diritto ad un determinato soggetto”.<sup>262</sup>

Questa definizione è il portato dell'elaborazione dogmatica tradizionale di stampo soggettivistico, a fondo della quale vi è l'idea del diritto soggettivo come *entità* che viene ad esistenza (*id est* nascita del diritto) e, successivamente, è suscettibile di essere trasferito da un titolare all'altro (con una sorta di rappresentazione

---

<sup>259</sup> La dottrina (MENGONI, *Acquisto a non domino*, cit., 1, nt. 1) rileva come nel linguaggio giuridico la nozione di acquisto abbia significato anfibologico in quanto “essa può designare sia l'atto di acquisto (ovvero visto dall'altra parte, l'atto di attribuzione) indipendentemente dalla sua efficacia; sia l'effetto giuridico dell'atto”.

<sup>260</sup> PUGLIATTI, voce «*Acquisto del diritto*», in *En. dir.*, I, Milano, 1958, 510;

<sup>261</sup> Non è naturalmente possibile in questa sede fornire un esauriente quadro delle molteplici questioni ricostruttive sottese alla nozione di fattispecie. Sul punto può richiamare l'esauriente studio di CATAUDELLA, voce «*Fattispecie*», cit. p. 836 ss.

<sup>262</sup> PUGLIATTI, voce «*Acquisto del diritto*», cit., 510; che precisa come l'acquisto per ciò stesso segni l'ingresso del diritto nel patrimonio o nella sfera giuridica del soggetto. Cfr. anche ID., *Atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, ora *Diritto civile*, Milano, 1951, p. 3 s. ove si asserisce che “la nascita del diritto subiettivo importa preliminarmente la *legittima attribuzione* ad un soggetto, con la conseguente garanzia di protezione verso tutti gli altri consociati”; sul punto si veda anche ID., *Il trasferimento di situazioni soggettive*, Milano, 1964, pp. 6 s.; ALLARA, *Teorie delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1950, p. II; PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955, 118.

materialistica della vicenda) permanendo comunque se stesso. La concezione in oggetto ruota, quindi, attorno al concetto di titolarità e alla correlata idea che vi sia una relazione tra due entità, considerate come se fossero dotate di vita propria: soggetto e diritto<sup>263</sup>. L'acquisto da parte di una persona consisterebbe quindi nel divenire essa titolare di un determinato diritto soggettivo<sup>264</sup>.

Conseguentemente, secondo questa impostazione, il problema dell'acquisto del diritto non può ritenersi estraneo al problema della titolarità e si colloca a pieno titolo nell'ambito dello studio della causalità giuridica che vede nel fatto giuridico (il negozio di trasferimento) la causa dell'effetto giuridico (il trasferimento del diritto) in cui si concreta ogni vicenda quale la nascita, la modificazione, l'estinzione del diritto e, quindi, anche l'acquisto del diritto<sup>265</sup>.

L'impostazione dottrinale in esame collega ai due aspetti dell'acquisto a titolo originario e dell'acquisto a

---

<sup>263</sup> RUFFOLO – DI GIOVANNI, voce “*Acquisto del diritto*”, in *En. giur. Treccani*, I, Milano, 2007, 1 ss. i quali osservano come il riferimento alla titolarità del diritto appare prossima ad altra idea, riconducibile al medesimo filone c.d. soggettivistico, di pertinenza o appartenenza di un'entità (diritto) all'altra (soggetto o sfera giuridica). Cfr. sul punto PUGLIATTI, voce «*Acquisto del diritto*», cit., p. 510 per il quale “il diritto si qualifica soggettivo non soltanto rispetto alla relazione di appartenenza, che ha come termine di riferimento il soggetto, bensì rispetto alla sua stessa (possibilità di esistenza) che è condizionata (almeno alla destinazione) a un determinato soggetto”. L'acquisto quindi definisce e condiziona l'esistenza del diritto. La dottrina (IRTI, *Sul concetto di titolarità (Persona fisica e obbligo giuridico)*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 502) rileva come questa impostazione tradizionale graviti attorno a due elementi: la reificazione dei diritti e degli obblighi, considerati come se fossero cose percepibili all'esterno, e l'idea per cui l'uomo si identifichi col concetto di soggetto giuridico (dai cui la ricostruzione della persona giuridica come *fictio*. Su quest'ultimo punto si vedano le rilevanti notazioni di ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975, *passim* e spec. 195 ss..)

<sup>264</sup> BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 20.

<sup>265</sup> Cfr. PUGLIATTI, voce «*Acquisto del diritto*», cit., p. 509 che definisce il fatto giuridico come fatto produttivo di effetti giuridici classificabili come nascita, modificazione o estinzione di rapporti giuridici. L'Autore prosegue ritenendo di dover sciogliere la situazione soggettiva attiva (assumendo come paradigma il diritto soggettivo) da quella del rapporto giuridico e ciò in quanto non sempre esiste un rapporto giuridico (il riferimento è ai diritti assoluti, quali i diritti reali o i diritti della personalità) e, inoltre, anche ove ci si trovi in presenza di diritti relativi che pur si appoggiano, nella concezione dell'Autore, all'idea di rapporto giuridico, “l'autonomia concettuale e pratica del diritto rispetto al rapporto è tale da imporre [...] la considerazione separata dal diritto per sé preso”.

titolo derivativo, le due espressioni metaforiche di nascita e di acquisto del diritto. Perché possa aversi la nascita del diritto è necessaria l'attribuzione o, quantomeno, la destinazione del diritto ad un determinato soggetto. Non si danno, infatti, diritti senza soggetti. Nascita e acquisto rimangono "analiticamente distinguibili ed ordinabili in modo che la nascita costituisca il *prius* e l'acquisto il *posterius*" pur essendo "cronologicamente coincidenti".<sup>266</sup>

La titolarità da parte del soggetto, del diritto soggettivo assumerebbe, quindi, in senso figurato i contorni di un'apprensione della *res* quasi materiale. Il diritto soggettivo diverrebbe conseguentemente oggetto dell'apprensione del soggetto e quindi delle vicende acquisitive<sup>267</sup>. L'idea che si vuole trasmettere è quella del passaggio del *medesimo* diritto da un soggetto a un altro, come se si trattasse di una "corposa realtà"<sup>268</sup>.

La duplice natura che, tuttavia, assume il diritto soggettivo quale concetto che esprime una relazione, da un lato, ed entità concreta, dall'altro, è fonte di antinomie, in quanto il diritto soggettivo, la cui costruzione presuppone necessariamente il riferimento ad un determinato soggetto, diviene esso stesso soggetto attraverso il concetto di titolarità<sup>269</sup>. La vicenda viene quindi, come visto, costruita come congiunzione o collegamento di due entità che dovrebbero essere suscettibili di separata considerazione.

---

<sup>266</sup> PUGLIATTI, voce «*Acquisto del diritto*», cit., p. 510; cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 20 s., il quale precisa che la nascita di un diritto importa sempre la destinazione di esso ad un soggetto e pertanto acquisto, giacché ogni diritto è acquistato in base ad una valutazione di ordine giuridico e nessun diritto è innato nel senso che possa ad essa preesistere; tuttavia l'acquisto non coincide con la nascita: si può acquisire un diritto che preesisteva in altri; conseguentemente la nozione di perdita del diritto non coincide con quella di estinzione.

<sup>267</sup> RUFFOLO – DI GIOVANNI, voce «*Acquisto del diritto*», cit., 2.

<sup>268</sup> L'osservazione critica è di IRTI, *Sul concetto di titolarità*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 501.

<sup>269</sup> RUFFOLO – DI GIOVANNI, voce «*Acquisto del diritto*», cit., 2 i quali palesano l'antinomia evidenziando come "il passaggio da un "titolare" all'altro sembrerebbe dover evidenziare l'autonomia tra "esistenza" del diritto e riferimento di esso ad un concreto soggetto: cioè tra considerazione oggettiva – "esistenziale" – e considerazione soggettiva – "pertinenziale" del diritto soggettivo". Sul punto cfr. anche FIORETTI, *Perdita ed estinzione dei diritti*, in *N. Digesto Italiano*, IX, Torino, 1939, 818 ss.

Del resto la contraddizione insita nell'individuare il diritto soggettivo anche quale oggetto dell'acquisto si rileva nella discussione sorte intorno all'identità o meno del diritto acquisito rispetto a quello appartenente al dante causa. Viene, infatti, rilevato che, se si dovesse considerare l'identità del soggetto come elemento necessario di ogni situazione soggettiva, non potrebbero darsi acquisti di diritto in cui non sarebbe dato rilevare la coincidenza tra l'idea di *nascita* e quella di *acquisto* del diritto, dato che ogni acquisto presuppone almeno il mutamento del termine soggettivo; in altre parole nel momento in cui si considera il soggetto come elemento del diritto soggettivo, e quindi gli si attribuisce rilievo ai fini della sua identificazione, appare logica conseguenza quella di ritenere che il mutamento soggettivo nella titolarità della situazione giuridica determini astrattamente la nascita di un nuovo diritto diverso da quello in capo al dante causa<sup>270</sup>.

In altre parole, si è asserito che la nozione comune di trasferimento, che da un punto di vista descrittivo richiama quindi la sostituzione di un soggetto a un altro in una determinata relazione giuridica<sup>271</sup>, postuli l'identità fra la posizione dell'alienante e quella dell'acquirente in ordine al diritto trasmesso e presupponga perciò la possibilità logica che il diritto passi da una persona ad un'altra<sup>272</sup>; da qui l'obiezione mossa da alcuni<sup>273</sup> per cui, dal momento che

---

<sup>270</sup> In questo senso PUGLIATTI, voce «*Acquisto del diritto*», cit., p. 510, che osserva come la valutazione di esigenze pratiche e l'analisi del diritto positivo hanno comunque consentito l'elaborazione di «concetti correlativi come il *trasferimento* (in relazione al precedente titolare), *l'acquisto derivativo* (in relazione al nuovo titolare) e la *successione* (considerazione del fenomeno indipendentemente dai soggetti)».

<sup>271</sup> Cfr. NICOLÒ, *La successione nei diritti*, cit. p. 606 che definisce la successione nel diritto come quella situazione che qualifica il «fenomeno per cui un soggetto (successore o avente causa) viene ad assumere rispetto ad una relazione giuridicamente rilevante quella medesima posizione che era precedentemente occupata da un altro soggetto (dante causa)». L'Autore continua riconducendo la nozione di successione a tutte quelle fattispecie che determinino una modificazione esclusivamente dell'aspetto soggettivo di una relazione giuridica, mentre permangono immutati i suoi elementi oggettivi. Ciò consentirebbe, quindi, di ritenere che venga conservata «l'originaria individualità» della relazione da considerarsi «come la continuazione della precedente».

<sup>272</sup> NICOLÒ, *ult. op. cit.*, p. 607

<sup>273</sup> Cfr. CARNELUTTI, *Appunti sulla successione nella lite*, in *Riv. dir. proc. Civ.*, 1932, p. 6 ss.; ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, 1935, p. 138 ss.; RAVÀ, *Il titolo di credito nella teoria dell'acquisto*

diritto soggettivo è relazione (ideale) tra soggetto e bene, esso non può permanere inalterato quando muti il soggetto che ne era titolare: il soggetto è elemento del rapporto.

Per superare la problematica si passa dall'idea di trasferimento del medesimo diritto a quella di successione che non andrebbe costruita come sostituzione di un soggetto ad altro in una data posizione giuridica, bensì come formazione di nuova posizione *dipendente* dalla prima<sup>274</sup>.

Accanto alle teorie che ricostruiscono il fenomeno in esame richiamando l'idea della vicenda del diritto soggettivo, si colloca l'impostazione di quanti propendono per una qualificazione della fattispecie in termini di vicenda del rapporto giuridico. Osservando la vicenda dell'acquisto da questo angolo di visuale, la nascita di un rapporto giuridico risulterebbe dal collegamento di diversi elementi oggettivi e soggettivi e le vicende della titolarità si risolvono nella sostituzione dell'elemento soggettivo del rapporto.

In questo si ripropone, sebbene in termini in parte mutati, la problematica relativa all'identità o meno del diritto soggettivo trasferito (*id est* del rapporto giuridico in capo all'avente causa). Anche qui, tuttavia, la dottrina preferisce ritenere che pur nel mutamento soggettivo, il rapporto di cui è parte l'avente causa vada considerato coincidente con quello di cui già era parte l'avente causa<sup>275</sup>.

Contrapposte alle visioni soggettivistiche del diritto, pur con le varianti propria di ognuna di esse, cui si è sopra inteso fare riferimento, si collocano le più moderne e, sotto certi aspetti antitetiche, visioni oggettivistiche, che riteniamo di dover porre alla base del nostro ragionamento. La critica mossa nei confronti delle prime impostazioni evidenzia l'equivoco concettuale che nasce dal significato attribuito all'immagine del soggetto che *ha* un diritto soggettivo, che si

---

*dei diritto*, 1936, p. 36 ss.

<sup>274</sup> NICOLÒ, *Successioni nei diritti*, cit. 608.

<sup>275</sup> Cfr. ALLARA, *Le vicende del rapporto giuridico e le loro cause*, Milano, 1939; RUFFOLO – DI GIOVANNI, voce "*Acquisto del diritto*", cit., 2, osservano come anche seguendo questa impostazione vi è il rischio di entificare i concetti intesi come "preesistenti alle operazioni della scienza giuridica". In altre parole rispetto alle dottrine incentrate sulla titolarità del diritto, queste dottrine sembrerebbero differenziarsi unicamente per "la sostituzione di una metafora all'altra: invece del trapasso del diritto da un capo all'altro, v'è il subentrare di un soggetto nel luogo prima occupato da un altro".

accompagna al linguaggio metaforico del soggetto e del diritto soggettivo mediante il quale si consegna l'idea dell'apprensione materiale della *res* al fenomeno giuridico della titolarità e delle sue vicende<sup>276</sup>.

I concetti quali diritto, obbligo, soggetto e persona sono degli strumenti senz'altro utili ma ciò nei limiti in cui li si consideri non come degli “*a priori*”, cioè *dati* che si offrono al giurista ed alla sua esperienza, quasi fossero delle realtà ontologiche, bensì, tali quali sono, cioè *strumenti* forniti dalla realtà giuridica: mezzi della tecnica giuridica e non entità<sup>277</sup>.

La dottrina soggettivistica, invece, “assegna ad asserzioni come “Tizio ha il tale diritto” una funzione preliminare rispetto alla valutazione dei fatti, atti, comportamenti che appaiono concretare la modificazione, l'esercizio, l'azionamento del diritto del diritto”<sup>278</sup>. Con la conseguenza di pervenire alla ricostruzione della disciplina da applicare al fenomeno analizzato per via deduttiva, in quanto rappresentata e conseguenza dei concetti di soggetto e di diritto soggettivo. Così facendo si perviene all'obliterazione di un dato fondamentale ovverosia del dato della fattualità giuridica quale concreta qualificazione normativa di fatti, atti, comportamenti<sup>279</sup>.

Con questo non si vuole certo negare l'utilità del richiamo ai concetti di soggetti e diritto soggettivo; essi tuttavia esauriscono la rilevanza nel richiamare la disciplina che di volta in volta per determinate situazioni, fatti, atti, comportamento l'ordinamento prevede e detta e non possono spingersi fino ad autorizzare quel ragionamento deduttivo cui si è fatto cenno<sup>280</sup>.

---

<sup>276</sup> Come visto, parla di “equivoco sostanzialista” tale da indurre a riconoscere spessore ontologico a situazioni che altro non esprimono se non l'operare di una determinata disciplina AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 391.

<sup>277</sup> In questo senso v. RUFFOLO – DI GIOVANNI, voce “*Acquisto del diritto*”, cit., p. 3. Rileva IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico (Obbligo-onere)*, Napoli, 1973, p. 22 come le formule utilizzate dalla dottrina sostanzialista “dimentiche della genesi pratica e del loro semplice ufficio mnemonico, guadagn[i]no una dimensione reale”.

<sup>278</sup> RUFFOLO – DI GIOVANNI, voce “*Acquisto del diritto*”, cit., p. 3.

<sup>279</sup> RUFFOLO – DI GIOVANNI, *ult. op. loc. cit.*

<sup>280</sup> RUFFOLO – DI GIOVANNI, voce “*Acquisto del diritto*”, cit., p. 3, che precisano come, conseguentemente, nei concetti di soggetto e diritto soggettivo deve riconoscersi non già “il nome di un “esistente” ma, nel

La conseguenza di questa impostazione oggettivista è di considerare le vicende giuridiche e con essa quella che qui interessa, cioè l'acquisto, non già descrivendo un effetto bensì sul diverso piano della valutazione normativa del fatto. Si perviene così a individuare nell'idea dell'acquisto del diritto quella di un concetto che esprime "sinteticamente la *particolare e relativa*" rilevanza giuridica di un fatto<sup>281</sup>: è la teoria della norma come giudizio valutativo<sup>282</sup>.

Questa tesi si caratterizza per una ricostruzione della norma quale nesso unitivo di due elementi: "della descrizione di un fatto, che può accadere o non accadere; e della descrizione del contegno umano, che, nel caso dell'avverarsi del fatto, riceve (o perde) la qualifica di doverosità"<sup>283</sup>. I comportamenti umani per effetto di questa valutazione normativa penetrano nel mondo del diritto e assumono rilevanza giuridica<sup>284</sup>.

E' bene, tuttavia, operare una distinzione tra questa prospettiva e quella del rapporto giuridico: la norma, infatti, non deve essere considerata quale fonte di comandi e divieti, incentrati sul concetto di rapporto giuridico e, quindi, del rapporto diritto – obbligo che caratterizzerebbe, come visto, anche una possibile ricostruzione del fenomeno dei diritti reali<sup>285</sup>; essa, invece, esprime la valutazione dell'ordinamento

---

primo, uno strumento utile a richiamare la "classe" delle possibili qualificazioni affermabili, dato un fatto, dalla norma, e nel secondo un elemento del fatto valutato dalla norma".

<sup>281</sup>RUFFOLO – DI GIOVANNI, voce "*Acquisto del diritto*", cit., p. 3.

<sup>282</sup>In questo senso IRTI, *Sul concetto di titolarità*, cit., p. 503; Si vedano in senso analogo: ID., *Norme e fatti*, Milano, 1984, p. 67; ID., *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, p. 64 ss.; PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche (1919 – 1920)*, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano 1958, pp. 4-5, 10 ss., 21ss., 30 s.; GIULIANO, *Norma giuridica, diritto soggettivo ed obbligo giuridico*, rist. Bologna, 1965, p. 16 ss.; ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, ora in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, p. 14 ss. si v. anche CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*<sup>2</sup>, I, Padova, 1970, pp. 11 s.

<sup>283</sup>IRTI., *Norme e fatti*, cit., 68.

<sup>284</sup> ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, cit. 16.

<sup>285</sup> Il riferimento è a quella configurazione del diritto reale quale potere o pretesa di un soggetto nei confronti di tutti i consociati i quali sono tenuti ad astenersi da ogni ingerenza sulla cosa; sul punto, tra gli altri, v. ARANGIO – RUIZ, voce "*Ius in re aliena*", cit., p. 118 ss.; VENEZIAN, *Lezioni sui diritti reali*, Bologna, 1903-1904, p. 3 ss.; ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*<sup>5</sup>, Torino, 1958, p. 193 ss. In questo modo il diritto reale viene ricostruito per via negativa, mercè

circa le attività umane. Da qui la ricostruzione del problema della rilevanza come qualificazione del fatto direttamente operata dalla norma; in altre parole si avrebbe la sussunzione del fatto in un paradigma normativo, indipendentemente dai suoi effetti<sup>286</sup>.

La teoria della valutazione normativa del fatto e dei comportamenti, porta, peraltro, in ultima analisi a negare il sostegno logico al concetto di titolarità<sup>287</sup>. La ricostruzione proposta nega, infatti, che le situazioni soggettive possano essere concepite come realtà esterne riferite al soggetto: si tratta invece di “situazioni di contegni umani, che hanno carattere della rigorosa e assoluta obiettività. Si passa, in altre parole, dalla relazione tra soggetto ed obbligo alla posizione normativa di un contegno futuro”. Ciononostante, a prescindere dalla divisibilità o meno della “*dissoluzione del concetto di titolarità*” e della sua applicazione a tutti gli aspetti del diritto, quello che vuole rimarcarsi qui è l’attuale attitudine della nozione a “soddisfare i bisogni del linguaggio comuni o rendere utili servizi nell’esercizio didattico”<sup>288</sup>, motivo per cui ad essa continuerà, seppur con le

---

l’accentuazione del dovere generale che incombe su tutti i soggetti dell’ordinamento di non turbare il titolare del diritto nell’esercizio del suo diritto.

<sup>286</sup>Cfr. CATAUDELLA, voce “*Fattispecie*”, in *En. Dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 926 ss.; IRTI, voce “*Rilevanza giuridica*”, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, p. 1094 ss. ora in *Norme e fatti*, cit., 2 ss.

<sup>287</sup> In questo senso IRTI, *Norme e fatti*, cit., p. 101, per le cui argomentazioni si v. p. 86 ss. che fonda il proprio ragionamento sull’obiettività e sulla possibilità di valutazione di un contegno futuro in omaggio alla propria concezione schiettamente atomistica del diritto

<sup>288</sup> Il pensiero e con esso le frasi riportate tra virgolette è tratto da IRTI, *Sul concetto di titolarità*, cit., p. 527 ss., ora in *Norme e fatti*, cit., p. 101 ss., il quale (*ivi*, p. 105) si riferisce a “personalità” e “titolarità” come a “pseudo-concetti” di cui ci si serve “per scopi didattici o con ufficio mnemonico”; l’autore spiega quindi il significato dell’art. 1 comma 1° del c.c. come norma “destinata ad integrare tutte le norme del sistema, non già nel senso di attribuire di volta in volta personalità ai destinatari degli effetti da essa derivanti, ma nel senso di *definire la sfera della doverosità giuridica*. Soltanto il contegno di persona vivente [...] può nel nostro sistema essere oggetto di valutazione normativa”. Si vedano però le considerazioni di PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*<sup>7</sup>, I, rist., Padova 1961, p. 44, 54 ss. e di GIULIANO, *Considerazioni sulla costruzione dell’ordinamento internazionale*, in *Comunicazioni e studi*, II, Milano, 1946, p. 207 ss. che, pur partendo da analoghi punti di vista, pervengono pur sempre ad identificare la personalità e la capacità giuridica con l’effettiva titolarità dei diritti e degli obblighi derivanti dalle singole norme materiali.

dovute cautele, a farsi riferimento nel corso del presente lavoro<sup>289</sup>.

Un dato importante che ci consentirà di meglio argomentare l'idea di fondo che muove il presente lavoro, ovverosia l'affermazione che identifica l'acquisto del secondo acquirente primo trascrivente con una forma di acquisto *a non domino* a titolo derivativo<sup>290</sup>, risiede nell'idea per cui la correlazione tra il fatto e l'effetto che a esso la norma ricollega è "arbitraria e mutevole: creata dalla norma, varia con il variare di essa"<sup>291</sup>.

Occorre pertanto muovere dal dato offerto dal diritto positivo e non dal dato ontologico e superare le questioni, proprie della dottrina soggettivistica, circa l'identità del diritto trasferito (e da riconoscersi, quindi, come "spettante" all'avente causa) con il diritto già "spettante" al dante causa. Si tratta, invero, di verificare se i dati positivi a nostra disposizione consentano di ritenere che, nell'ambito della "successione dei diritti", l'ordinamento positivo consideri la situazione giuridica di partenza, quella trasferita dal dante causa, identica alla situazione giuridica di arrivo in capo all'avente causa. Si deve, pertanto, focalizzare l'attenzione sulla valutazione che l'ordinamento giuridico compie della vicenda da ricondurre a quello che, con formula descrittiva, viene denominato trasferimento del diritto.

Conseguentemente può definirsi acquisto il fenomeno che ricorre allorché si verificano dei fatti in presenza dei quali l'ordinamento giuridico, per il tramite delle sue norme di valutazioni dei fatti e dei comportamenti, autorizza la conclusione giuridica per cui un soggetto "ha una determinata situazione soggettiva che prima non aveva" e ciò intesa in senso descrittivo. In altre parole, la conclusione per cui un soggetto ha una determinata situazione che prima non aveva implica e presuppone (e pertanto concettualmente descrive) l'applicazione al caso di specie di una serie di norme che, per il tramite della doverosità o non doverosità di

---

<sup>289</sup> E questo quanto meno come ricognizione dei tipi di contegno, valutati come doverosi dalle norme del sistema (o, almeno, dalla grande maggioranza di esse).

<sup>290</sup> Il riferimento, naturalmente, è a GABRIELLI, *Sul modo di operare dell'art. 2644 c.c.*, cit., p.

<sup>291</sup> IRTI, *Norma e fatto*, cit., p. 68 che richiama a sua volta PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche (1919-1920)*, cit., p. 31.

un comportamento, disegnino, per il soggetto acquirente, la titolarità di un nuovo diritto, sia esso reale o di credito.

### 3.2. ACQUISTI A TITOLO ORIGINARIO E ACQUISTI A TITOLO DERIVATIVO: CONFERMA DI UNA (NORMATIVA) DISTINZIONE

Quanto sopra detto in ordine all'idea stessa di acquisto del diritto, consente ora di procedere ad una rapida verifica circa la differenza tra acquisti a titolo derivativo ed acquisti a titolo originario, in ciò tenendo sempre presente l'obiettivo che è quello di verificare se debba considerarsi necessitata la conclusione per cui l'acquisto a titolo derivativo presupponga necessariamente un acquisto *a domino*; con la conseguenza, ove così fosse, di imporre, nell'ambito della ricostruzione del meccanismo portato dall'art. 2644 c.c., per ciò stesso, il retroattivo operare della *condicio iuris* risolutiva del primo acquisto data dalla prioritaria trascrizione dell'acquisto successivo<sup>292</sup>.

---

<sup>292</sup> La distinzione tra acquisti a titolo derivativo ed acquisti a titolo originario è un dato acquisito in tempi relativamente recenti, mentre è sconosciuta al sistema delle fonti. Infatti gli atti di alienazione tendevano a costituire "nell'acquirente un titolo autonomo, *originario*, indipendente dalla posizione del venditore". L'attenzione, nell'ambito dei procedimenti di trasferimento del diritto, era tutta posta sull'acquirente, al quale vediamo concesse delle *actiones* in dipendenza dalla concreta lesione subita. Sono le *actiones* concesse che progressivamente determinano il "consolidarsi della posizione giuridica dell'acquirente sino alla maturazione di un titolo autonomo in capo all'acquirente". Tutto ciò comporta una minore rilevanza della legittimazione del venditore, la cui responsabilità, lungi dall'esser collegata all'accertamento della proprietà al momento del contratto, si focalizza sulle ragioni dell'interruzione del procedimento di acquisto dell'acquirente. La legittimazione del venditore assumeva quindi rilievo semplicemente quale elemento idoneo a concorrere al successo del procedimento traslativo e non invece in quanto tale (Russo, *Vendita e consenso traslativo* cit., p. 109 s.). Rileva ancora l'A. (*ult. op. cit.*, p. 249 s.) che l'attenzione verso gli acquisti a titolo derivativo ha condotto a costruire gli acquisti a titolo originario esclusivamente per contrapposizione a quelli derivativi. Gli acquisti originari non si caratterizzerebbero per i caratteri loro propri ma per un carattere negativo: cioè quello di essere insensibili alle regole proprie degli acquisti derivativi. Secondo Russo (*L'oggetto della comunione e i beni personali*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, 1999, p. 306 ss.), alla base della distinzione tra acquisti originari e

La distinzione tra acquisti a titolo derivativo e a titolo originario è tradizionalmente considerata di primaria importanza al fine di individuare la concreta disciplina della posizione dell'acquirente, in quanto, come tradizionalmente sostenuto, solo per gli acquisti a titolo derivativo opererebbe il principio del *nemo plus iuris*. Sui tratti distintivi delle due categorie non può, peraltro, non ripercuotersi la costruzione teorica della circolazione dei diritti soggettivi propria di ciascun autore<sup>293</sup>. Anche qui, quindi, è dato riscontrare una divergente impostazione tra le dottrine di stampo soggettivistico e quelle di stampo oggettiviste, alcune delle quali pervengono a negare la stessa liceità della distinzione.

Senza alcuna pretesa di esaustività, prima di giungere a quella che può essere la possibile soluzione del problema, può procedersi ad una rapida individuazione di alcune delle principali soluzioni fornite in ordine ai tratti distintivi degli acquisti originari rispetto a quelli derivativi.

Secondo una prima ricostruzione, fatta propria dalla dottrina italiana di matrice pandettistica, il modo d'acquisto si identificherebbe in quei "fatti ai quali la legge riconosce la virtù di far sorgere il dominio in un subietto." E, con specifico riferimento alla problematica in esame, ci si troverebbe in presenza di un acquisto di stampo derivativo allorché sia dato constatare l'esistenza di un rapporto col precedente titolare; questo rapporto con il precedente titolare viene specificato nel senso di ritenere gli acquisti derivativi solo quello derivanti da atti *volontari*, idonei a trasferire la

---

derivativi vi è la distinzione tra produzione della ricchezza mediante attività negoziale e produzione della ricchezza mediante attività comportamentale. Nella prima attività il soggetto acquisisce ricchezza mediante relazioni con altri soggetti; nel secondo, mediante attività diretta sulle cose del mondo.

<sup>293</sup> Cfr. RUFFOLO – DI GIOVANNI, voce "Acquisto del diritto", cit., p. 3. V. però ALLARA, *Teorie delle vicende del rapporto giuridico*, cit., p. 14 s. che contesta l'opportunità di adoperare il concetto di acquisto a titolo derivativo, ritenendo preferibile fondare la costruzione sulle "variazioni" o sulle "vicende" del rapporto giuridico, dovendosi collocare il fenomeno in esame nell'ambito delle vicende modificative. Di contrario avviso PUGLIATTI, voce "Acquisto del diritto", cit., p. 511, che rimarca l'utilità del richiamo al concetto di acquisto a titolo derivativo, sulla base delle specificità che gli sono proprie e così considerando da un lato, come la detta nozione richiami il principio del *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*; dall'altro come l'attore, agente in rivendica, debba provare la titolarità del suo dante causa risalendo indietro fino ad un acquisto a titolo originario, verosimilmente da riconoscersi nell'usucapione.

proprietà e tali da determinare pertanto la successione nel rapporto giuridico di “signoria sulla cosa”.

Vi sarebbe, invece, un acquisto a titolo originario in presenza di quelle situazioni giuridiche che sorgono originariamente, senza alcun rapporto con altri<sup>294</sup>. Sarebbe quindi dato riscontrare un acquisto a titolo derivativo solo ove ci si trovi in presenza di un’attività concorrente del precedente e del nuovo titolare, o comunque di un atto o di un negozio dispositivo del primo<sup>295</sup>.

Questa tesi, tuttavia, appare eccessivamente restrittiva in quanto perviene ad escludere, riteniamo arbitrariamente, una serie di fattispecie in cui il trasferimento derivativo del diritto trova il proprio fondamento in fenomeni non volontari: si pensi, a titolo esemplificativo, ai trasferimenti conseguenti ad un provvedimento dell’autorità giurisdizionale, che di certo non presuppongono il consenso o, comunque, la cooperazione del dante causa, ma, cionondimeno, non può escludersi che per essi trovi applicazione la disciplina propria degli acquisti a titolo derivativo<sup>296</sup>.

La fonte del trasferimento, sia essa, appunto, volontaria o legale, di certo potrà assumere rilevanza classificatoria, ma ad altri fini e non, quindi, nell’ambito dell’individuazione dei confini della categoria dell’acquisto a titolo derivativo in contrapposizione a quella dell’acquisto a titolo originario<sup>297</sup>.

Altri, fanno riferimento, invece, a una sorta di derivatività o dipendenza del diritto dell’acquirente, quale tratto distintivo degli acquisti a titolo derivativo, che viene di volta in volta individuato in un rapporto giuridico - non necessariamente volontario - tra l’acquirente ed il suo dante causa, ovvero in un nesso necessario tra estinzione o perdita

---

<sup>294</sup> RUGGIERO, *Istituzioni*, cit. 407.

<sup>295</sup> Cfr. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, I, Milano, 1910, p. 294 ss.; SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto privato italiano*<sup>3</sup>, a cura di F. Vassalli, Roma, 19129, p. 161, parla di relazione tra il rapporto precedentemente esistente ed il nuovo rapporto che si viene a formare.

<sup>296</sup> Cfr. in questo senso anche PUGLIATTI, voce “*Acquisto del diritto*”, cit., p. 511, per il quale, seguendo l’impostazione criticata nel testo, si perverrebbe ad escludere dal novero degli acquisti a titolo derivativo anche le fattispecie di successione *mortis causa* legittima e pertanto non testamentaria.

<sup>297</sup> PUGLIATTI, *ult. op. loc. cit.*

del diritto per il precedente titolare ed acquisto del medesimo per il nuovo<sup>298</sup>.

Così viene osservato come il modo di acquisto originario di un diritto sia quello per cui “il diritto acquistato non dipende da un egual diritto di altro titolare precedente”, tant’è che potrà anche esservi “contraddizione” con il titolare del diritto precedente, come diritto che nasce per la prima volta nell’attuale proprietario. In caso di acquisto a titolo originario non si verificherebbe, quindi, il fenomeno della successione di diritti soggettivi, in quanto manca un titolo di acquisto che provenga dal precedente titolare; ecco pertanto che nasce un diritto nuovo anche se di contenuto identico a quello del precedente titolare<sup>299</sup>. In caso di acquisto a titolo originario, quindi, si sarebbe fuori dallo schema della successione e non si avrebbe applicazione della distinzione tra dante causa ed avente causa.

Per parte della dottrina, ancora, il criterio di distinzione dell’acquisto tra derivativo ed originario discenderebbe dalla valutazione che ne fa l’ordinamento giuridico. Sull base di ciò deve intendersi derivativo quell’acquisto giustificato sulla base del rapporto tra l’acquirente e altra persona legittimata. Viceversa, deve ritenersi originario l’acquisto che discenda da una relazione immediata tra l’acquirente e l’oggetto del cui acquisto si tratta, senza passare per il tramite di altri né dipendere dal rapporto con altra persona.

Se, pertanto, l’acquisto del diritto si basa su rapporto con soggetto che non solo non è titolare ma è carente anche del solo potere di disporre sul bene, detto rapporto non potrebbe esser ritenuto idoneo a giustificare acquisto se non sulla base di una legittimazione apparente che sia giustificata dalla buona fede dell’acquirente o da altre circostanze<sup>300</sup>.

---

<sup>298</sup> Cfr. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, I, Roma, 1928, p. 640; ALLORIO, ; ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., p. 143 ss.; NICOLÒ, *Trascrizione*, cit. 989 che si richiamano all’idea di dipendenza o derivatività del diritto come ad un problema che va prospettato sotto il profilo oggettivo e sulla base di una relazione tra dante ed avente causa. Per BIANCA, *Se l’usucapione sia un acquisto a titolo derivativo*, cit., p. 975 s., l’acquisto sarebbe originario ogniquale volta non dipenda dalla titolarità in capo all’alienante.

<sup>299</sup> MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1965, 382

<sup>300</sup> BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit. 21 ss.

L'acquisto derivativo sarebbe, quindi, giustificato da rapporto con precedente titolare o con chi ha facoltà di disporre del bene. Il diritto precedente, pertanto, costituisce il fondamento e il presupposto dell'acquisto, che è legato al diritto precedente da un nesso di derivazione vale pertanto principio del *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*<sup>301</sup>.

Perché vi sia un acquisto derivativo, quindi, sarebbe essenziale non tanto la contemporaneità dell'acquisto alla perdita del diritto, ma il nesso genetico per cui l'acquisto deriva dalla perdita o dalla limitazione e viceversa<sup>302</sup>. Sarebbe invece irrilevante che il nesso genetico sia posto dalla volontà dell'uomo (il riferimento viene fatto ai fenomeni della successione o del diritto): anche se manchi la volontà può pur sempre aversi un acquisto derivativo nei limiti in cui la posizione giuridica dell'acquirente sia legata a quella dell'antecedente titolare in modo che ove questi avrebbe voluto avrebbe potuto produrre l'acquisto col disporre del diritto proprio<sup>303</sup>.

Altri ancora sostengono che debba qualificarsi come originario l'acquisto di un diritto che non procede da altri, ma che nasca *ex novo* nella persona del suo titolare<sup>304</sup>. In particolare l'acquisto derivativo sarebbe tale in quanto ci si troverebbe in presenza di un nesso di causalità tale per cui la perdita o la diminuzione del diritto, in una persona sia *diretta a produrre* l'acquisto in favore di un'altra, dimodoché l'acquisto possa considerarsi come *un effetto* di quella perdita o diminuzione<sup>305</sup>. Viceversa ricorrerebbe un acquisto a titolo derivativo allorché “la perdita o la diminuzione del diritto in una persona sia diretta a produrre l'acquisto in favore d'un'altra di modo che l'acquisto possa considerarsi come un effetto di quella perdita o diminuzione”<sup>306</sup>.

La critica che viene anche mossa a questa impostazione si riassume nell'affermazione per cui, in realtà, non sembra

---

<sup>301</sup> BETTI, *ult. op. cit.*, cit. 24

<sup>302</sup> BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit. 24; *contra* SACCO – CATERINA, *Il possesso*, cit. p. 473 ss..

<sup>303</sup> Cfr. SACCO – CATERINA, *Il possesso*, cit. 474 s.

<sup>304</sup> STOLFI, *Diritto civile*, cit., 613, n. 760

<sup>305</sup> STOLFI, voce “*Diritti (acquisto di)*”, in *Nuovo dig. It.*, IV, Torino, 1938, 856

<sup>306</sup> Sul punto cfr. COVIELLO, *Trascrizione*, cit. 295; STOLFI, *Diritto civile*, cit. 865; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit. 15

potersi legittimamente prospettare una relazione causale tra la perdita e l'acquisto del diritto, giacché entrambi sono “*effetti* della fattispecie prevista dalla legge”<sup>307</sup>. Conseguentemente essi appartengono a un unico momento logico: perdita e acquisto del diritto sono tra essi interdipendenti, contemporanei e fondati sulla medesima causa giuridica<sup>308</sup>.

In realtà, ammesso e non concesso, sul punto si ritornerà nel prosieguo, che una delle conseguenze da riconnettere alla qualificazione di un acquisto a titolo derivativo sia l'applicabilità del principio per cui *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*, quello che appare preliminarmente necessario chiarire è il nesso logico che deve intercorrere tra le due preposizioni. L'equivoco in cui occorre evitare di cadere è quello, infatti, di ritenere che una determinata fattispecie sia “ontologicamente” a titolo derivativo e che conseguentemente per essa debba trovare applicazione il noto principio cui si è fatto qui sopra riferimento.

Il procedimento logico deve essere, invece, inverso: è necessario partire dal dato per cui a una determinata fattispecie vada applicato lo statuto normativo proprio dell'acquisto a titolo derivativo, lo si voglia individuare nell'applicabilità del più volte citato principio o, come noi riteniamo ed a breve vedremo, in altre circostanze, e da questo trarne come logica conseguenza la qualificabilità della stessa come acquisto a titolo derivativo.

Anche qui va ribadita quell'esigenza, cui si è già fatto riferimento sopra nel trattare la nozione di acquisto, per cui le categorie ed i concetti non devono essere personificati ma devono limitarsi a richiamare, e in ciò esaurire la loro funzione, la disciplina che l'ordinamento giuridico per essi detta.

Del resto, come è stato acutamente osservato, il dato che da più parti viene, sebbene con molteplici variazioni e

---

<sup>307</sup> PUGLIATTI, voce «*Acquisto del diritto*», cit., p. 511.

<sup>308</sup> PUGLIATTI, voce «*Acquisto del diritto*», cit., p. 512; v. anche SACCO – CATERINA, *ult. op. cit.*, che rilevano come non esistano “indici razionalmente apprezzabili che consent[ano] di indentificare ciò che è logicamente antecedente da ciò che è logicamente conseguente, nell'ambito di vicende giuridiche destinate a verificarsi inscindibilmente l'una dall'altra”.

sfumature, individuato quale elemento idoneo a differenziare l'acquisto a titolo derivativo da quello a titolo originario e cioè il fatto che la *res* passi all'acquirente nella medesima situazione giuridica nella quale si trovava in capo al disponente, è “un principio persino ovvio: che il potenziale giuridico che interviene in una vicenda, in una qualsiasi vicenda, è quello che esiste in concreto nella posizione di cui si tratti, né più né meno”<sup>309</sup>.

La diversità che è dato riscontrare tra la situazione dell'acquirente a titolo derivativo e quella dell'acquirente a titolo originario non va quindi ricercata in una supposta diversità ontologica dell'acquisto, ma nel diverso atteggiarsi nel caso concreto della fattispecie acquisitiva per come normativamente valutata.

In dottrina si è osservato come debba escludersi che la natura dell'acquisto possa essere fatta dipendere dalla “struttura della fattispecie”, non essendo possibile mettere la conservazione e l'estinzione dei diritti reali limitati in relazione con la natura originaria o derivativa del modo di acquisto, “se invece si fa dipendere la natura originaria o derivativa del modo di acquisto dalla configurazione dello stesso acquisto (inteso come vicenda – costituzione o trapasso del diritto), allora bisognerà ricavarsi la configurazione della vicenda acquisitiva dalla sopravvenienza o dalla estinzione dei diritti reali limitati e non viceversa”<sup>310</sup>.

---

<sup>309</sup> RUFFOLO – DI GIOVANNI, *ult. op. cit.*, p. 4, che citano, MAIORCA, voce “*Vicende giuridiche*”, cit..

<sup>310</sup> Così SACCO – CATERINA, *Possesso*, cit., 474 ss. che partono dal presupposto per cui in caso di acquisto della proprietà a titolo originario, di cui l'usucapione rappresenta tipo paradigmatico, la proprietà verrebbe acquistata piena, con estinzione, quindi, di eventuali preesistenti diritti reali limitati a favore di terzi. Senza voler affrontare la gravosa questione dell'*usucapio libertatis*, non essendo questa la sede, quello che preme qui rilevare è l'impostazione metodologica: si verifica il dato normativo per ricavarne un'ascrizione concettuale. Sul punto possono comunque condividersi le osservazioni di BIANCA, *Se l'usucapione sia un titolo di acquisto derivativo (riflessioni suscitate dalla lettura di un saggio romanistico di Fritz Sturm)*, in *Mèlanges Fritz Sturm*, II, Liegi, 1999, per il quale in materia opererebbe il principio di persistenza delle situazioni giuridiche, secondo il quale le situazioni persistono nel loro stato finché non intervenga una causa modificativa o estintiva. Ed una delle cause estintive, oltre alla prescrizione, andrebbe ravvisata nel principio di incompatibilità, per cui le situazioni giuridiche si estinguono al sopravvenire di situazioni di fatto o di diritto con esser

Questa dottrina, che pure individua il nucleo del problema, ovvero sia la necessità di valutare le conseguenze normativamente autorizzate e da lì ricavare un concetto e non viceversa, coglie, tuttavia, solo una parte della questione. Il tema non è infatti esclusivamente quello di capire se si verifichi o meno l'estinzione di diritti reali limitati sul bene ma, più in generale, ed è qui il dunque, se la valutazione che la norma fa del diritto trasferito e quindi della relativa vicenda acquisitiva sia quella propria di un acquisto a titolo derivativo od a titolo originario.

In altre parole, quello che deve essere verificato è se lo statuto giuridico (cioè la valutazione normativa dell'ordinamento), applicabile al diritto a seguito del perfezionamento di una fattispecie, che viene dall'ordinamento stesso valutata come idonea a determinare quello che (con formula descrittiva) si definisce "acquisto di un diritto" in capo ad un soggetto, sia il medesimo statuto che il diritto stesso aveva quando "apparteneva" al precedente titolare.

Anche negli acquisti tradizionalmente considerati come originari, quali, ad esempio, l'usucapione ordinaria ventennale, non può non scorgersi una relazione tra i soggetti coinvolti. Basti pensare che in tanto l'ordinamento giuridico riconosce all'usucapiente la titolarità del diritto acquisito per usucapione, in quanto il diritto di proprietà su quella *res* non sia dall'ordinamento riconosciuto in capo al precedente titolare; o, ancor più, come al diritto che spettava al precedente titolare debba comunque farsi riferimento al meno

---

incompatibili. Ne consegue che, ed è questo l'aspetto rilevante, ai fini dell'estinzione dei diritti reali limitati altrui non sarà sufficiente l'acquisto per usucapione, ma sarà necessario che il contenuto del possesso (e, si aggiunga, nell'ambito dell'usucapione abbreviata, l'oggetto della trascrizione) – in ragione di cui viene commisurato l'acquisto della proprietà – si sia realizzato con un'ampiezza tale da escludere la coesistenza di vincoli limitativi: occorre cioè che il possesso dell'usucapiente (e la trascrizione, ove rilevi) abbia creato una situazione oggettivamente preclusiva di tali vincoli (cfr. anche CIAN, *Usucapione e comunione legale dei beni*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, 251 ss.; Id., *Rilevanza e modi di rilevanza per la comunione legale dei beni degli acquisti per usucapione. Interazioni con i criteri di rilevanza degli acquisti per usucapione del principio di retroattività e della c.d. usucapio libertatis*, in *“Questioni di diritti patrimoniali della famiglia dedicate ad Alberto Trabucchi*, Padova, 1989, p. 227 s.; BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 510).

al fine di individuare l'oggetto ed i limiti del diritto acquistato a titolo originario<sup>311</sup>.

In questo, peraltro, si vuole comunque escludere ogni riferimento alla sequenza logico temporale della vicenda, in ciò condividendosi l'assunto per cui non esistono di fatto indici razionalmente apprezzabili che consentano di individuare ciò che è logicamente antecedente, e ciò che è, nell'ambito delle vicende giuridiche destinate a verificarsi inscindibilmente l'una all'altra, logicamente conseguente<sup>312</sup>.

Cionondimeno, pare non potersi negare che anche in presenza di un acquisto a titolo originario ci si trova dinanzi ad una lata dipendenza o collegamento dell'una situazione con l'altra. Anche l'acquisto per occupazione, per esempio, presuppone che la *res* sia *nullius* e che quindi, la stessa sia stata abbandonata con *animus derelinquendi* dal suo precedente titolare e il detto modo di acquisto opererà nei limiti in cui essa sia stata effettivamente abbandonata da chi ne era proprietario.

Per meglio comprendere il fenomeno occorre quindi mutare prospettiva e abbandonare l'idea del fatto quale causa produttiva dell'acquisto del diritto e ciò a vantaggio della diversa idea di rilevanza giuridica, che caratterizzerebbe un determinato fatto in quanto e nei limiti in cui sia preso in considerazione da una norma dell'ordinamento giuridico. Il fatto sarebbe quindi assunto a termine di rilevanza da una

---

<sup>311</sup> RUFFOLO – DI GIOVANNI, voce “*Acquisto del diritto*”, cit., p. 4. Sul punto può inoltre richiamarsi la definizione della prescrizione acquisitiva e di quella estintiva recata dall'art. 2105 del codice civile del 1865, che individuava nella prescrizione, appunto, “un mezzo con cui, col decorso del tempo e sotto condizioni determinate, taluno acquista od è liberato da un'obbligazione”, e dalla quale risaltava “la costante compresenza d'un effetto acquisitivo e d'un effetto estintivo entrambi operanti nei due istituti, quasi due facce d'un fenomeno che nella sua unità appare come uno degli aspetti più importanti nella relazione fra tempo e diritto” (così RUPERTO, voce “*Usucapione (dir. vig.)*”, in *En. dir.*, XLV, Milano, 1992; cfr. inoltre VITUCCI, in ROSELLI e VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, *Tutela dei diritti*, XX, t. 2, Torino, 1985, p. 363 e 387 s., dove richiamo a FADDA e BENZA, Note a WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, IV, rist., Torino, 1930, p. 599).

<sup>312</sup> Il riferimento è a R. SACCO – CATERINA, *Possesso*, cit., 474 ss. cfr. anche, seppur da un angolo di visuale differente, PUGLIATTI, voce “*Acquisto del diritto*”, cit., p. 512, che rileva come perdita ed acquisto del diritto sono tra essi interdipendenti, contemporanei e fondati sulla medesima causa giuridica e pertanto appartengono ad unico momento logico.

norma giuridica e ciò al fine di operare valutazioni normative di altri fatti, atti e comportamenti che analizzati dal lato soggettivo, quali poteri, facoltà, obblighi, descrivono la concreta situazione di un soggetto di cui, con formula descrittiva e non ontologicamente entificata, può dirsi che ha acquistato un diritto<sup>313</sup>.

Con la conseguenza che acquisito come dato di partenza che un determinato soggetto abbia un determinato diritto, ci si troverà in presenza del presupposto descrittivo che evoca ed autorizza una serie di conclusioni giuridiche specchio della valutazione normativa della fattispecie e destinate quindi a tradursi, a titolo esemplificativo, in esercizio, abuso o violazione di diritto.

Ora, questa rilevanza giuridica del fatto, che consente di addivenire alle conclusioni su esposte in ordine alla descrittiva appartenenza di un diritto da un soggetto, presuppone una relazione giuridica con altri fatti, con la conseguenza che “presupposto delle conclusioni di diritto richiamate dall’asserzione di titolarità, saranno anche tali ulteriori fatti oltre a quello riguardato direttamente dalla norma<sup>314</sup>”.

Questo consente di descrivere la vicenda acquisitiva non già in termini di ontologica appartenenza alla categoria degli acquisiti titolo derivativo od originario, giacchè può asserirsi la sostanziale equipollenza delle due vicende giuridiche, nel senso che in entrambi i casi l’acquisto del

---

<sup>313</sup> Cfr. RUFFOLO – DI GIOVANNI, *ult. op. cit.*, p. 4 ss.; IRTI, *Sul concetto di titolarità*, cit., p. <>

<sup>314</sup> RUFFOLO – DI GIOVANNI, voce “*Acquisto del diritto*”, cit., p. 4 i quali esemplificano rilevando come in presenza di una determinata fattispecie quale il contratto avente ad oggetto il trasferimento di un diritto da un soggetto ad un altro, la rilevanza giuridica della fattispecie acquisitiva dipenderà dalla sua relazione con altri fatti e in primo luogo con quello acquisitivo che si “assume verificato” quanto all’avente causa con la conseguenza che “le conclusioni di diritto autorizzate sul presupposto del verificarsi di quel fatto (contratto) e richiamate dal “nome” del diritto soggettivo che si dice acquistato da Tizio, potranno variare in dipendenza della rilevanza degli altri fatti verificatisi con riferimento al precedente titolare (soggetto, appunto, che funge da “termine” di riferimento comune di tali fatti, ivi compreso il contratto con Tizio, la cui rilevanza viene così ad essere condizionata da tale collegamento). Si v. sul punto anche le osservazioni di HART, *Definition and Theory in Jurisprudence*, Oxford, 1953 (rist. 1959), p. 8 e ID., *The Law Quarterly Review*, (70), London, 1954, cit., 37 ss., riprese da, ZATTI *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975, p. 219 ss.

diritto si verifica quale conseguenza del verificarsi di un fatto acquisitivo la cui rilevanza giuridica dipende sempre, anche in presenza di un acquisto a titolo originario, dal collegamento ad altri fatti a loro volta rilevanti<sup>315</sup>.

Quanto detto non esclude, tuttavia la rilevanza della distinzione tra acquisti a titolo originario e acquisti a titolo derivativo<sup>316</sup>. Se è vero, infatti, che la costruzione esposta è svincolata da uno stretto concetto di derivatività, e che l'acquisto di un diritto non è altro che il verificarsi (con riferimento ad un determinato soggetto) delle condizioni per cui certi fatti del soggetto in questione o di altri consociati sono valutati in un certo modo (positivo o negativo) dalla norma, è anche vero che la valutazione normativa dei comportamenti, proprio perché collegata ad altri fatti rilevanti, potrà essere considerata con due prospettive diverse.

E così, pur con i rischi di avventate semplificazioni, può asserirsi che in presenza di un acquisto a titolo originario, la valutazione normativa che l'ordinamento compie della situazione del nuovo titolare del diritto è, tendenzialmente, la valutazione normativa *standard* che l'ordinamento fa di quella data situazione. Viceversa, in caso di acquisto a titolo derivativo la rilevanza del diritto acquistato sarà condizionata dalla situazione del dante causa, cosicché la valutazione normativa dell'acquisto in capo all'avente causa, proprio perché non può essere isolatamente individuata, sarà non già quella *standard* dell'ordinamento, ma quella caratterizzata dalla precedente valutazione. Saranno quindi considerati dalla norma certi comportamenti in modo divergente dalla considerazione che solitamente l'ordinamento vi riserva di *default*.

In altre parole, le conclusioni di diritto che in presenza di determinati fatti consentono di riconoscere un caso di acquisto a titolo derivativo, spesso varieranno in dipendenza di altri fatti che si sono verificati con riferimento al precedente titolare, il quale, negli acquisti a titolo derivativo e non originario, funge da termine di riferimento di tali fatti. Questo permette di spiegare la “continuità di disciplina” tra

---

<sup>315</sup> Cfr. RUFFOLO – DI GIOVANNI, *ult. op. loc. cit.*

<sup>316</sup> *Contra* RUFFOLO – DI GIOVANNI, *ult. op. loc. cit.*

la situazione del precedente titolare e quella dell'acquirente, senza ricorrere alla nozione di acquisto a titolo originario o derivativo intesa dal punto di vista ontologico: in entrambi i casi l'acquisto si verifica in presenza di un fatto acquisitivo, di un fatto cioè che l'ordinamento valuta idoneo a riconoscere determinate conclusioni di diritto<sup>317</sup>; tuttavia tali conclusioni variano, sotto questo profilo in modo uniforme, a seconda del tipo di acquisto. O meglio, è dato rinvenire due tipi di conclusioni di diritto che sono rappresentate sul piano descrittivo da due concetti: quello di acquisto derivativo e quello di acquisto originario.

In questo si giustifica, quindi, l'assunto volto a escludere che le due categorie debbano essere obliterate, in quanto rappresentative del medesimo fenomeno giuridico e inidonee, pertanto, a evidenziare una sottostante differenziazione: le differenze nello statuto normativo delle due situazioni permangono.

Volendo esemplificare, in caso di acquisto a titolo originario per usucapione, il soggetto che avrà usucapito il diritto lo avrà usucapito in quanto si sono verificati quei fatti ai quali l'ordinamento collega l'acquisto del diritto e quindi la conseguente valutazione normativa che descriverà la relativa situazione. E al diritto così acquisito sarà applicabile lo statuto normativo proprio degli acquisti a titolo originario e così la proprietà sarà descritta nei suoi contenuti dalle norme che, si potrebbe dire di *default*, disciplinano il diritto di proprietà quali gli artt. 832 ss. c.c.; ancora, ove il possesso sia stato quello del pieno proprietario, piena sarà la proprietà acquisita con estinzione di eventuali diritti reali limitati altrui, e questo anche ove si tratti di usucapione abbreviata<sup>318</sup>.

---

<sup>317</sup> RUFFOLO – DI GIOVANNI, voce “*Acquisto del diritto*”, cit., p. 5.

<sup>318</sup> La questione non sembra suscitare particolari perplessità ove si consideri, come nel testo, l'usucapione ventennale immobiliare: in tal caso, infatti, anche a voler escludere che l'usucapione della proprietà determini l'estinzione dei diritti reali limitati altrui, e questo stante la mancata presenza per il caso di specie di una norma analoga a quella di cui al secondo comma dell'art. 1153 c.c., l'estinzione si sarà comunque verificata per prescrizione a seguito di non uso ventennale. Più complesso il caso dell'usucapione immobiliare abbreviata nell'ambito della quale il decorso di soli dieci anni impedisce di ritenere estinti per prescrizione i detti diritti reali altrui. Noi riteniamo, tuttavia, come sopra rilevato, che anche in tal caso si abbia l'estinzione dei predetti diritti, non, naturalmente, per prescrizione, ma in quanto, a prescindere

Altro profilo rilevante può essere riscontrato in ciò: che in caso di rivendica l'ordinamento giuridico impone all'acquirente a titolo derivativo di dimostrare il titolo del suo dante causa e così via, con il procedimento della *probatio diabolica* che può arrestarsi solo ove si incontri un acquisto a titolo originario, per il quale, appunto, la detta regola non opera<sup>319</sup>. A questo si aggiunga la correlata considerazione per cui gli acquisti a titolo originario (come quelli derivanti dall'usucapione, dall'apprensione *ex art.* 1153, dall'occupazione, della *res derelicta*) sono opponibili a tutti, anche al terzo *ex dominus*, l'acquisto del secondo avente causa, invece, nonostante l'eseguita trascrizione, non potrebbe salvarsi dalla rivendicazione del vero proprietario<sup>320</sup>.

Ancora, e come conseguenza di quanto testè detto, è solo per l'usucapione e, in genere, stante la clausola di residualità della disposizione, per gli acquisti a titolo originario che trova applicazione l'art. 2651 c.c. che prevede la trascrizione della relativa (ed eventuale sentenza) solo ai fini di pubblicità notizia e fuori, sia per logica ricostruttiva, sia per collocazione topografica, dal meccanismo degli artt. 2644 c.c. e 2650 c.c. che fanno invece parte dello statuto

---

dal mancato richiamo ad essi, come, invece, nell'art. 1153 c.c., il diritto si acquisto pieno se così risulta dal titolo e dal possesso conforme al titolo. Viceversa ove il titolo faccia menzione di un diritto reale limitato altrui, la proprietà potrà essere acquistata libera dal detto diritto solo decorsi vent'anni, mentre, in caso di usucapione decennale, conformandosi la proprietà al titolo, essa non potrà essere piena.

<sup>319</sup> PUGLIATTI, voce "*Acquisto del diritto*", cit., p. 511; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 640; STOLFI, voce "*Diritti (acquisto di)*", cit. 855. V. però RUFFOLO – DI GIOVANNI, voce "*Acquisto del diritto*", cit., p. 4 che ritengono che questa argomentazione si collochi su di un piano diverso da quello che dovrebbe essere quello proprio dell'indagine della natura dell'acquisto a titolo derivativo e quindi delle caratteristiche ed estensione del diritto acquisito per successione. In contrario si può osservare come, a prescindere dal piano in cui si intenda collocare la questione dei confini della prova che debba l'acquirente fornire del suo diritto, anche questo è un elemento che concorre a definire lo statuto normativo dell'acquisto derivativo e a colorare la valutazione normativa dei comportamenti, autorizzando delle conclusioni di diritto specifiche piuttosto che altre che potrebbe, invece, ritenersi autorizzate in presenza di un acquisto a titolo originari.

<sup>320</sup> GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 63; MENGONI, voce "*Acquisto a non domino*", cit.

normativo degli acquisti tradizionalmente descritti come a titolo derivativo.

Può inoltre rilevarsi che solo con riferimento all'usucapione i limiti oggettivi del diritto acquisito non possono prescindere dal possesso, elevato dall'ordinamento al rango di elemento costitutivo della fattispecie.

Tutto questa sembra quindi confermare l'attuale utilità della distinzione tra acquisti a titolo originario e acquisti a titolo derivativo, purchè si tenga presente che la duplicità di concetti rappresentati dai due lemmi linguistici vuole in realtà descrittivamente evocare una (parziale) differente valutazione normativa dei comportamenti con riferimento alle due fattispecie, differente valutazione che giustifica quindi la distinzione concettuale, quale strumento per la comprensione della realtà giuridica.

Il percorso fin qui eseguito ci consente di procedere con l'indagine e di tentare di dimostrare l'irrilevanza, ai fini di un acquisto a titolo derivativo, per come sopra descritto, della circostanza che esso provenga o meno *a domino*.

### 3.3. L'ACQUISTO DEL SECONDO ACQUIRENTE COME ACQUISTO A NON DOMINO

Prima di procedere oltre nella trattazione della problematica oggetto del presente lavoro, occorre soffermare l'attenzione sull'ultimo dei rilevanti concetti evocati dalla ricostruzione che postula la *retroattiva* risoluzione degli effetti del titolo anteriore, ovverosia l'idea dell'acquisto *a non domino*; come si potrà ricordare, infatti, la retroattività viene fondata, tra l'altro, sulla ritenuta impossibilità di ricondurre un acquisto inequivocabilmente a titolo derivativo (come è quello del secondo avente causa) nell'alveo degli acquisti *a non domino*, e sulla conseguente necessità di presupporre la titolarità del diritto in capo al comune dante causa anche al momento del secondo atto di disposizione.

Si tratta quindi di interrogarsi sul concetto di acquisto *a non domino* e precisamente, da un lato, sul

rapporto e la collocazione di questo nell'ambito del binomio concettuale "acquisti a titolo originario - acquisti a titolo derivativo", anche come conseguenza, sulla concreta riconducibilità al tipo (e sulle conseguenze che essa comporta) dell'acquisto del secondo acquirente primo trascrivente.

Quanto all'idea dell'acquisto *a non domino*, viene fatto osservare come una serie di norme del nostro ordinamento, alcune di più antica tradizione, altre portate dall'innovazione del legislatore del 1942, "assicura l'acquisto dei diritti per mezzo di chi non ha diritto, la liberazione da obbligazioni per opera di chi non ha azione"<sup>321</sup>. Si tratta di una pluralità di fattispecie che la dottrina malvolentieri raggruppa, ma che possono essere, invero, considerate espressione di un principio latente nell'ordinamento, o di una pluralità di principi, che di volta in volta sono stati individuati nella tutela dell'aspettativa, nella tutela dell'apparenza, nella tutela dell'affidamento, ma che, a ben vedere, forse altro non evocano se non la rappresentazione, sotto il profilo giuridico, di un'esigenza di carattere essenzialmente economico, sentita con notevole importanza nella società contemporanea, avente a oggetto una rapida e sicura circolazione dei diritti rappresentativi della ricchezza<sup>322</sup>.

---

<sup>321</sup> VENEZIAN, *La tutela dell'aspettativa*, Bologna, 1900.

<sup>322</sup> Sull'acquisto *a non domino* si vedano, tra tutti, TARTUFARI, *Del possesso quale titolo di diritti*, Torino, 1878; VENEZIAN, *L'errore di diritto e il possesso di buona fede*, Bologna, 1904; BRUNETTI, *L'eredità apparente (scritti giuridici vari)*, Torino, 1915, II; FINZI, *Il processo dei diritti*, Roma, 1915; BONAFEDE, *La dottrina dell'eredità apparente e la buona fede del terzo nelle alienazioni dei beni ereditari*, in *Scritti giuridici vari*, Torino 1916; GIOVENE, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, Torino, 1917; BONFANTE, *La «giusta causa» dell'usucapione e il suo rapporto con la «bona fides»*, in *Scritti giuridici vari*, Torino, 1918; PUGLIESE, *La prescrizione acquisitiva*, Torino, 1921; ASCARELLI, *Titolarità e costituzione del diritto cartolare*, in *Rivista di diritto commerciale*, II, 1932; TARDIVO, *L'eredità apparente*, Padova, 1932; CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, cit.; BOLAFFI, *Le teorie sull'apparenza giuridica*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1934; MONTEL, *Il possesso di buona fede*, Padova, 1934; STOLFI, *L'apparenza del diritto*, cit.; CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936; RAVÀ, *I titoli di credito nella teoria dell'acquisto dei diritti*, Milano, 1936; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939; MENGONI, *Risoluzione per inadempimento e terzi subacquirenti*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1948; BRANCA, *Sul trasferimento della proprietà dei titoli di credito*, in *Banca Borsa e titoli di credito*, 1951; MONTEL *La disciplina del possesso nel codice civile italiano*, Torino, 1951; PAVONE LA ROSA, *Sul conflitto tra due*

Come è stato affermato dall'Autore al quale si deve il principale contributo sull'argomento, ci si trova, invero, in presenza di ipotesi che, pur non potendo essere ricondotte ad un categoria giuridica unitaria, dal momento che ciascuna di esse è soggetta ad una peculiare disciplina, ciononostante sono pur sempre fattispecie tipiche, che appaiono coordinate alla soluzione di un medesimo problema: la tutela dell'affidamento dei terzi e quindi dell'interesse collettivo alla sicurezza della circolazione giuridica di beni sulla base dell'apparenza<sup>323</sup>.

Queste esigenze, già presenti nel codice del 1865, hanno trovato nuovo impulso con il codice del 1942, teso in misura ancora maggiore, stante anche l'evoluzione in tal senso della dottrina, a tutelare la certezza e la sicurezza della circolazione giuridica imperniata sull'affidamento e sull'apparenza<sup>324</sup>. Il rischio che l'ordinamento vuole in ciò

---

*acquirenti di uno stesso titolo nominativo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1953; FALZEA, voce «Apparenza» in *En. dir.*, I, Milano, 1958; COSTANTINO, *Titolo idoneo negli acquisti «a non domino» e negozio a causa di morte*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1953, 1964; NICOLÒ, *La trascrizione*, III, Milano, 1973; MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975. Cfr., inoltre, MENGONI, *Acquisto a non domino*, Milano, 1975, 1 ss.; VENEZIAN, *La tutela dell'aspettativa*, Bologna, 1900, 2; MENGONI, voce «Acquisto a non domino», in *Digesto delle discipline privatistiche – sezione civile*, Torino 2006, p. 69 ss.

<sup>323</sup> MENGONI, *Acquisto a non domino*, cit., 1; cfr. anche MESSINETTI, voce «Acquisto a non domino», in *En. dir.*, I, Milano, 1958, p. <> che riconosce all'espressione «acquisto a non domino» valore e significato quasi esclusivamente descrittivi. V. anche R. MESSINETTI, voce «Acquisto a non domino», in *En. dir.*, III, *aggiornamento*, Milano, 1999.

<sup>324</sup> A dimostrazione di come le esigenze sottese alle peculiari ipotesi di acquisto a non domino siano sintomatiche di un'esigenza che si faceva con vigore strada nelle nuove concezioni giuridiche, può farsi riferimento alla mutata concezione del negozio giuridico: se difatti nell'originaria dogmatica pandettistica il negozio giuridico veniva concepito (e ad esso veniva attribuito rilievo) se ed in quanto mero atto di volontà – c.d. dogma della volontà (si v. per tutti sul punto SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, tr. it. di V. Scialoja, III, Torino 1990, par. 114, 123 e WINDSCHIED, *Diritto delle Pandette*, tr. it. di FADDA e BENZA, I, Torino, 1930), questa concezione oggi può ormai considerarsi superata, in primo luogo considerando il piano del diritto positivo. L'attuale assetto normativo, infatti, non fa dipendere la rilevanza giuridica dell'atto dalla realtà della volontà interna delle parti. Il contratto è un fenomeno sociale: ha valore negoziale l'atto imputabile al soggetto ed obiettivamente valutabile come atto di autonomia privata, cioè come atto decisionale del soggetto in ordine alla sua sfera giuridica (così BIANCA, *Diritto civile*, 3, Milano, 2000, 21).

superare risiede nel pericolo che ci si possa sempre trovare in presenza di un atto di disposizione di un diritto proveniente da un soggetto a ciò, anche indirettamente, non legittimato. La mancanza di correttivi minerebbe quindi la rapida e sicura circolazione delle utilità economico-giuridiche imponendo lunghi e, talvolta assai difficoltosi, controlli in ordine alla titolarità del dante causa.

L'elemento comune della "categoria" viene individuato "nell'atto [...] di attribuzione patrimoniale avente ad oggetto un diritto diverso da quello spettante all'alienante oppure un diritto che in realtà non esiste"<sup>325</sup>.

E' stato precisato che, nell'ambito dello studio degli acquisti *a non domino*, la qualifica di *non dominus* non concerne un soggetto in sé, ma in quanto parte di un rapporto di alienazione il cui oggetto è un diritto non appartenente all'alienante. Si tratterebbe, quindi, di un concetto appartenente alla dinamica (non alla statica) giuridica; correlativo non solo e non tanto a quello di *dominus*, quanto a quello di terzo avente causa<sup>326</sup>. L'idea stessa di acquisto *a non domino* assumerebbe quindi rilievo ogniqualvolta l'ordinamento giuridico regoli "l'attribuzione del diritto al terzo malgrado la carenza di legittimazione e della quale il titolo fornito dal *non dominus* è il dato caratteristico e originario"<sup>327</sup>; "la terminologia in esame esprime dunque un connotato della fattispecie acquisitiva e insieme una misura dell'effetto, alla cui determinazione concorre in ogni caso il titolo fornito al terzo dal *non dominus*"<sup>328</sup>. Essa non ha, invece, alcun valore significante in relazione alla natura dell'acquisto.

Come visto, e come si sta cercando di dare conferma nel presente lavoro, a prescindere dal bene (sia esso, cioè mobile od immobile) nel nostro ordinamento giuridico la proprietà (al pari di ogni altro diritto reale) si acquista, ai sensi dell'art. 1376 c.c., per effetto del semplice consenso delle parti legittimamente manifestato<sup>329</sup>. Non vi è quindi,

---

<sup>325</sup> MENGONI, voce "Acquisto a non domino", cit., p. 70.

<sup>326</sup> MENGONI, *ult. op. loc. cit.*

<sup>327</sup> MENGONI, *Acquisto a non domino*, cit., 1.

<sup>328</sup> MENGONI, voce "Acquisto a non domino", cit., p. 70 s.

<sup>329</sup> Ed eccettuato naturalmente quanto si verifica nei territori della Repubblica all'interno dei quali mantiene vigenza il regime tavolare dei libri fondiari

non solo per i mobili, ma neanche per gli immobili, quel frazionamento del procedimento alienativo che vede da un lato il *titulus* ovverosia il negozio obbligatorio che fonda causalmente il successivo trasferimento del diritto, e dall'altro il *modus acquirendi*, il vero e proprio atto materiale di trasferimento del bene. Occorrerebbe pertanto concludere che titolare è chi ha, legittimamente, ricevuto un diritto da chi era sua volta titolare e così discorrendo pervenendosi alla c.d. *probatio diabolica* o dovendo arrestare la ricerca a un modo di acquisto a titolo originario (si pensi, ad esempio, all'usucapione ordinaria, ventennale per i beni immobili e le universalità di mobili, decennale per i beni mobili)<sup>330</sup>. Il *non dominus* è un non titolare, infatti l'espressione "acquisto dal non titolare" viene correntemente usata come equivalente dell'espressione "acquisto a non domino", tratta dal linguaggio delle fonti romane<sup>331</sup>.

Ma il concetto di acquisto *a non domino* in senso tecnico, oltre all'assenza nell'alienante della titolarità del diritto, implica anche l'assenza di un titolo di legittimazione a disporre del diritto altrui: il *non dominus* dispone illegittimamente del diritto altrui. L'acquisto *a non domino* non solo non può essere inteso (con riferimento all'effetto acquisitivo che alle fattispecie in questione è ricollegato in favore del terzo di buona fede) nel senso di un trasferimento del diritto dal non titolare al terzo, ma nemmeno nel senso di un trasferimento del diritto dal titolare al terzo per virtù dell'atto di alienazione del non titolare<sup>332</sup>.

Certamente estranei al concetto di acquisto *a non domino* saranno tutti quegli atti posti in essere dal titolare di un diritto soggetto a vincolo di indisponibilità, caratterizzati dal non prodursi dell'effetto dispositivo nei confronti dei soggetti a vantaggio dei quali il vincolo di indisponibilità è

---

<sup>330</sup> Cfr. PUGLIATTI, voce "Acquisto del diritto", cit., p. 511.

<sup>331</sup> Sul concetto di titolare e sull'uso meramente descrittivo del termine cui deve limitarsi il riferimento ad esso, cfr. IRTI, *Sul concetto di titolarità*, cit., <>; ZATTI, *Persona giuridica e soggetto*, cit., p. <>. Stipulativamente, come già più volte detto, nel fuggire dall'equivoco soggettivistico e nella prospettiva del metodo analitico, con il termine in esame si intende fare riferimento alla situazione in cui l'insieme delle norme applicabili in un dato contesto spazio – temporale siano sintomatiche e rappresentino il concetto, meramente descrittivo, di titolarità.

<sup>332</sup> MENGONI, *ult. op. cit.*, p. 71

posto (secondo una ricostruzione che evoca la nozione di inefficacia relativa ovvero, secondo altri, di inopponibilità)<sup>333</sup>. Si tratta in tali casi di atti solo relativamente inefficaci in cui, a differenza di quanto si verifica in caso di acquisto a *non domino* ove l'inefficacia è, tendenzialmente, assoluta, l'avente causa acquista sì il diritto ma il detto acquisto non è opponibile ai soggetti a favore dei quali il vincolo è posto<sup>334</sup>.

Parimenti, vanno ritenuti estranei alla fattispecie in oggetto tutti quegli atti di disposizione provenienti da soggetti che non siano titolari del disponendo diritto, ma siano invero a ciò legittimati, trovandosi in presenza di un atto che vede come parte sostanziale comunque il titolare del diritto, dovendo ricondursi l'attività del non titolare legittimato a quella di parte in senso formale.

Questo si verifica non solo nelle ipotesi in vi sia la c.d. *contemplatio domini* siano esse ipotesi di rappresentanza legale o volontaria od anche fattispecie differenti quali la cessione dei beni ai creditori nonché l'ipotesi di vendita del bene sottoposta a pegno da parte del creditore pignoratizio; ci si sta riferendo a situazioni in cui la volontà delle parti, o, più frequentemente la legge, riconosce ad un dato negozio una causa negoziale idonea a conferire la facoltà di disporre del diritto stesso, tale cioè da contenere un'implicita autorizzazione a disporre<sup>335</sup>.

Così inquadrata la nozione di acquisto *a non domino* si evince come essa appaia più ristretta di quanto evochi il concetto di non titolare, posto che i casi sopra visti, in cui un non titolare è autorizzato a disporre, non rientrano tra gli

---

<sup>333</sup> Si possono qui richiamare le ipotesi di atti disposizione dell'erede che abbia accettato l'eredità con beneficio di inventario successivamente alla trascrizione della dichiarazione di rilascio dei beni ai creditori che sono agli stessi inopponibili (art. 507 c.c.), gli effetti della cessione dei beni ai creditori che impediscono al debitore di disporre dei relativi beni; ancora può richiamarsi la disciplina dell'azione revocatoria (2902 cc.) del sequestro (art. 2906 c.c.) nonché tutta la disciplina in punto di atti di disposizione di beni sottoposti a pignoramento (artt. 2913 ss.). Sulla nozione di inefficacia relativa cfr. la lucida e rigorosa analisi di SCALISI, voce "*Inefficacia*", cit. p. <> ss.

<sup>334</sup> Sul punto cfr. BESSONE, *Cessione ai creditori e disciplina dell'atto di disposizione del debitore sui beni ceduti*, in *Foro padano*, 1967, III, 74; MENGONI, *Acquisti a non domino*, cit. 3. Sul punto si v. inoltre CENINI, *Acquisto a non domino*, cit., <>

<sup>335</sup> MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962, 149 ss.

acquisti di cui si tratta. Sotto altro profilo può condividersi l'autorevole opinione per cui la nozione in esame sarebbe tale da ricomprendere anche fattispecie in cui non manchi tanto la titolarità del diritto, ma manchi invece lo stesso diritto trasferito<sup>336</sup>.

L'acquisto a *non domino* è connesso a un atto di disposizione del diritto altrui non autorizzato, e pertanto soggetto al principio *nemo plus iuris*, che lo rende, come tale, inefficace. L'alienazione ottiene rilevanza non come negozio, ma come fatto che concorre con altri fatti a integrare una fattispecie legale di acquisto, predisposta a tutela dell'affidamento del terzo<sup>337</sup>.

Strettamente correlato con l'idea stessa di acquisto *a non domino* e con la qualificazione del medesimo in termini di derivatività od originarietà, è, infatti, la massima *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Da questo assunto viene fatto da parte della dottrina discendere il corollario per cui ogni qual volta l'ordinamento riconosce il prodursi di un effetto giuridico in presenza di un fatto, di natura negoziale, che non sarebbe in grado di produrlo per l'assenza della titolarità o dell'esistenza stessa del diritto in capo al disponente, e quindi ogni qual volta viene riconosciuto il prodursi di un effetto in deroga al *nemo plus iuris*, ne consegue l'impossibilità di considerarsi in presenza di una fattispecie a titolo derivativo, dovendo propendersi per un acquisto a titolo originario<sup>338</sup>.

Il principio evocato, come si è più volte rilevato nel corso del presente lavoro, non può essere elevato a principio logico ma deve essere considerato per quello che è: un

---

<sup>336</sup> Così MENGONI, *Acquisto a non domino*, cit., 8.

<sup>337</sup> MENGONI, *ult. op. loc. cit.*, p. 71 il quale sottolinea quale caratteristica costantemente caratterizzante gli acquisti *a non domino*, su cui, in realtà, dovrà parzialmente dissentirsi, la buona fede dell'acquirente.

<sup>338</sup> Per MENGONI, *ult. op. loc. cit.*, p. 72, qualunque cosa si pensi in ordine al problema della natura originaria o derivativa degli acquisti a non domino, si deve respingere l'idea che essi rappresentino altrettante eccezioni al principio *nemo plus iuris*, ossia figure eccezionali di legittimazione del *non dominus* (contro la volontà del dominus). "Ciò è evidente qualora si dimostri la natura originaria dell'acquisto, essendo allora escluso che esso avvenga in via di successione nel diritto di colui in danno del quale opera la tutela del terzo; ma non è meno vero nei casi in cui all'acquisto si riconosca natura derivativa. In questi casi il trasferimento del diritto dal titolare al terzo non si produce in forza di un potere di disposizione attribuito al non titolare"

principio di carattere normativo, che esprime una regola giuridica, e in quanto tale destinata a operare nei limiti previsti dall'ordinamento giuridico e suscettibile di eccezioni. Essa, in altre parole, descrive l'*id quod plerumque accidit* ove si considerino le disposizioni normative vigenti dalle quali si può ricavare che, di regola, è solo l'atto di disposizione del titolare del diritto quel fatto che, unitamente ad altri, è idoneo a determinare il riconoscimento della medesima situazione normativa spettante al dante causa in capo all'avente causa (*id est* trasferimento del diritto); da qui la regola simmetrica per cui l'atto di disposizione del non titolare non è di per sé idoneo a determinare il trasferimento del diritto<sup>339</sup>.

Ciò non toglie, tuttavia, che vi siano norme, più o meno eccezionali, che attribuiscono a un fatto (l'atto di disposizione del non titolare), al quale, isolatamente considerato, l'ordinamento non ricondurrebbe il prodursi di effetti, l'attitudine, ove si verificano altri fatti previsti dall'ordinamento, a determinare la vicenda traslativa. In questo caso, tale vicenda sarebbe il portato non già del solo (fatto) negozio giuridico, ma del negozio giuridico unito e collegato ad altri fatti, valutati dall'ordinamento giuridico idonei ad autorizzare conclusioni di diritto tali per cui l'avente causa possa essere considerato titolare del medesimo diritto.

Chi si è maggiormente occupato della tematica degli acquisti *a non domino* esclude, tuttavia, che l'ipotesi in cui lo stesso soggetto compia più atti disposizione del medesimo bene tra di essi potenzialmente incompatibili, possa essere ricondotta al fenomeno, negando la qualità di *non dominus* in senso tecnico al dante causa<sup>340</sup>.

---

<sup>339</sup> Cfr. MENGONI, *ult. op. loc. cit.*, p. 72 il quale condivisibilmente rileva come il principio *nemo plus iuris in alium transferre potes quam ipse habet*, dal punto di vista dell'ordinamento giuridico, “ha valore non tanto di assioma logico, quanto di principio normativo; è una regola giuridica, cioè pratica, ricavata per induzione e rivestita con la formula suggestiva di un principio di necessità logica. Sotto questo profilo essa significa diniego di efficacia all'alienazione compiuta dal non titolare, e si identifica con la regola positiva della legittimazione a disporre, intesa come limite imposto all'autonomia privata dell'alienante a tutela del terzo titolare del diritto”.

<sup>340</sup> MENGONI, voce “*Acquisti a non domino*”, *cit.*, p. 72; parla di scelta “immotivata” RUSSO, *ult. op. loc. cit.*, p. 169, il quale, invece, rileva come, proprio in applicazione del principio consensualistico, il comune

In questo viene operata una distinzione dal regolamento ricavabile, in materia di beni mobili, dall'art. 1155 c.c. che dovrebbe essere considerata non già una regola parallela a quella portata dall'art. 2644 c.c., bensì espressione del principio evocato dall'art. 1153 c.c.: l'acquisto del possesso in buona fede da parte dell'avente causa cronologicamente successivo "concorrerebbe col titolo ad integrare una fattispecie primaria di acquisto (non negoziale) del diritto *a non domino*"<sup>341</sup>.

Viene rilevato, in ciò forse tradendo la sensazione che vi sia invero analogia tra le due fattispecie (quella regolata dall'art. 2644 c.c. e quella invece disciplinata dall'art. 1155 c.c.), che se è vero che la consegna mantiene, nell'ambito della circolazione mobiliare, la funzione di rendere opponibile l'acquisto ai precedenti aventi causa del medesimo autore, non può negarsi come la detta funzione, operando sul presupposto del possesso in buona fede, venga

---

dante causa nel momento in cui aliena il diritto al secondo acquirente sia acquirente *a non domino*.

MENGGONI, (*ult. op. cit.*, p. 77 s.) più in generale, rileva che la "categoria" degli acquisti *a non domino*, per come la si è delineata, viene ritenuta estranea dall'ambito degli acquisti immobiliari. Si afferma, infatti, che normalmente non pare ammissibile un acquisto *a non domino* immediatamente opponibile *erga omnes*, in quanto la tutela del terzo (munito di un titolo di acquisto regolare e debitamente trascritto) nei confronti del proprietario rimarrebbe affidata all'istituto dell'usucapione, con rilevanza della buona fede ai fini della riduzione dei termini, ma senza acquisto immediato del diritto. L'A. osserva peraltro come vi siano delle peculiari ipotesi di acquisto, pure collegate al decorso del tempo, ma impostate sulla pubblicità del titolo dell'alienante anziché sul possesso dell'acquirente. Il riferimento è alle fattispecie di cui all'art. 2652 n. 6 nella quale si presuppone che l'alienante abbia acquistato sulla base di un titolo nullo o annullabile e che, nel secondo caso, manchino i requisiti di inopponibilità dell'annullamento ai sensi dell'art. 1445 c.c. Questa figura, unitamente ad altre (cfr. art. 2652 n. 7 c.c.) si differenzerebbe dall'usucapione, pur concretando ipotesi di acquisti *a non domino* imperniati sulla trascrizione, sia per l'irrilevanza del possesso, sia per la decorrenza del termine dalla trascrizione del titolo del dante causa e non dalla trascrizione del titolo del terzo, sia perché l'usucapione attribuisce il diritto al possessore contro chiunque, fornendogli quindi tutela piena, mentre nelle ipotesi ora rammentate la tutela sarebbe relativa in quanto opererebbe soltanto contro l'attore che ha impugnato vittoriosamente il titolo trascritto da colui dal quale il terzo ha preso causa. In tali casi ci si troverebbe in presenza di "figure di acquisto derivativo *a non domino* fondate su una limitata attribuzione di pubblica fede alla trascrizione del titolo del *non dominus*, in quanto non contraddetta per un certo periodo di tempo dalla trascrizione di una domanda di impugnativa del titolo medesimo.

<sup>341</sup> MENGGONI, *Gli acquisti "a non domino"*, cit., p. 14 ss.,

assorbita dalla regola dell'art. 1153 c.c.<sup>342</sup>.

Viene ulteriormente precisato come, differentemente da quanto si verificherebbe nell'ambito della fattispecie disciplinata dall'art. 2644 c.c., nel caso sottoposto alla disciplina dell'art. 1155 c.c., il conflitto si manifesterebbe esclusivamente mediante l'azione di rivendica esercitata dal primo acquirente nei confronti dell'avente causa successivo già immesso nel possesso della cosa, circostanza per la quale dovrebbe desumersi che nell'ambito della delineata fattispecie l'alienante debba necessariamente essere proprietario del bene al momento della prima alienazione.

Si conclude quindi con l'affermare che la norma non sarebbe destinata ad operare ove al momento del primo atto di disposizione il comune dante causa non fosse proprietario del bene trasferito, venendo in tal caso a mancare la legittimazione del primo avente causa e, conseguentemente, sulla base di quanto detto, la concreta possibilità che il conflitto si manifesti. Con la conseguenza che, secondo questa dottrina, il conflitto disciplinato dall'art. 1155 c.c. sarebbe non già un conflitto tra titoli bensì un conflitto tra diritti, che necessariamente presupporrebbe l'acquisto del diritto *ex art.* 1376 c.c. in capo al primo avente causa, e che sarebbe da ricondurre comunque all'art. 1153 c.c.<sup>343</sup>.

Diversamente viene, tuttavia, da questa dottrina ricostruita la vicenda acquisitiva che viene a determinarsi in caso di plurimi aventi causa dallo stesso autore di diritti reali immobiliari tra di essi potenzialmente incompatibili. Viene rilevato sul punto come, in assenza della trascrizione del primo acquirente, il secondo acquirente possa essere qualificato come acquirente di cosa altrui<sup>344</sup> (essendosi la

---

<sup>342</sup> MENGONI, *ult. op loc. cit.*

<sup>343</sup> MENGONI, *ult. op cit*, cit., p. 15. Il che, tuttavia, sembrerebbe contraddire con l'idea per cui l'art. 1155 sarebbe un'applicazione dell'art. 1153 c.c. che viene comunemente ritenuto disciplinare una fattispecie acquisitiva a titolo originario, come tale non relativa ma assoluta. Cfr. NICOLÒ, *La trascrizione*, cit., p. 119 ss.

<sup>344</sup> Ciò comporta pertanto per il secondo acquirente la possibilità, nei limiti in cui non abbia già trascritto il proprio titolo con conseguente acquisto delle proprietà, di esperire i rimedi previsti dall'ordinamento giuridico in caso di vendita di cosa altrui e, segnatamente, potrà domandare la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1479 c.c. Sul punto cfr. MENGONI, voce "*Acquisto a non domino*", cit., p. 72; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 329 ss.

proprietà del diritto già trasferita in capo al primo avente causa *ex art. 1376 c.c.*) ma limitatamente ai rapporti con il comune dante causa.

Viceversa, la predetta qualificazione non potrebbe operare tra i comuni aventi causa del medesimo autore che andrebbero considerati tutti acquirenti *a domino* forniti di un valido titolo di acquisto, con la conseguenza che dovrebbe configurarsi unicamente un conflitto tra titoli e non tra diritti (come invece si verificherebbe, come visto, in caso di più aventi causa dallo stesso autore *ex art. 1155 c.c.*)<sup>345</sup>, conflitto “che la legge risolve, piuttosto che sulla base delle fattispecie primarie, per sé prese, con riferimento alla fattispecie secondaria. Si applicherebbe, quindi, sempre il principio “*prior in tempore potior in iure*”, ma non con riferimento all’atto di acquisto del diritto, bensì con riferimento alla fattispecie secondaria”, costituita dalla pubblicità<sup>346</sup>.

Secondo questa dottrina, a prescindere dalla riconduzione della fattispecie in esame, si accogla la tesi dell’inopponibilità del diritto o dell’inefficacia relativa del titolo, ovvero quella che fa capo al concetto della risoluzione del primo acquisto, quello che è certo è che “l’avente causa preferito acquista il diritto (in via derivativa) direttamente dall’alienante, contro il quale ha trascritto il suo titolo, e lo acquista indipendentemente dalla buona o dalla mala fede, cioè dall’ignoranza o conoscenza in cui versava, al momento del contratto, circa la precedente alienazione<sup>347</sup>.”

La giustificazione di questo fenomeno, e, quindi, il fondamento del diritto riconosciuto dall’ordinamento al secondo acquirente primo trascrivente non va ricercata in una situazione di titolarità apparente o, in altre parole, di “investitura formale dell’alienante collegata alle risultanze positive” dei pubblici registri: la trascrizione del titolo di proprietà dell’alienante si limita, difatti, da fungere da mero presupposto dell’efficacia delle successive trascrizioni (art. 2650 c.c.) ma non giunge a fungere da “fonte di legittimazione formale”. Invero il principio del formalismo giuridico opera sulla base della trascrizione del titolo

---

<sup>345</sup> MENGONI, voce “*Acquisto a non domino*”, cit., p. 72.

<sup>346</sup> MENGONI, *ult. op. loc. cit.*; PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit, p. 455.

<sup>347</sup> MENGONI, voce “*Acquisto a non domino*”, cit., p. 72

dell'acquirente, in quanto non contraddetta da trascrizioni anteriori a carico del medesimo autore e si manifesta di conseguenza solo nei rapporti con altri eventuali acquirenti del medesimo autore<sup>348</sup>. Nei confronti di questi soggetti l'acquirente primo trascrivente, pur avendo acquistato in un momento successivo, è legittimato a richiamarsi alla situazione giuridica negativa risultante dai registri immobiliari al momento della domanda della trascrizione del suo acquisto<sup>349</sup>.

In contrario, si può notare che non paiono esservi sufficienti ragioni per escludere che l'art. 1155 c.c., anziché essere ricondotto all'art. 1153 c.c., configuri una regola parallela all'art. 2644 c.c., nell'ambito della quale il fatto trascrizione verrebbe sostituito dalla consegna del bene unita alla buona fede; in questo si verrebbe quindi a creare un parallelismo, che fungerebbe da conferma alla riconducibilità dell'acquisto immobiliare del secondo acquirente alla nozione di acquisto *a non domino*, cionondimeno a titolo derivativo<sup>350</sup>.

La tesi sopra esposta finisce, infatti, per essere contraddittoria in quanto il diritto o si è trasferito in capo al primo acquirente, e quindi il secondo acquirente non potrà esser riconosciuto titolare del diritto prima della prioritaria trascrizione, ovvero ancora non si è trasferito, ed allora il consenso traslativo si manifesterà a favore del secondo acquirente.

Se, correttamente, si assume che la vendita cronologicamente successiva, prima di ogni trascrizione, vada qualificata come vendita di cosa altrui, tale qualificazione deve operare in senso assoluto e, cioè, nei

---

<sup>348</sup> MENGONI, *ult. op. loc. cit.*

<sup>349</sup> MENGONI, *ult. loc. cit.*

<sup>350</sup> In senso analogo v. anche MORITTU, *Revisione della dottrina su alcuni principi fondamentali riguardanti la trascrizione dei contratti traslativi della proprietà immobiliare*, Milano, 1936, p. 53; MELUCCI, *Istituzioni*, cit., p. 569; CICU, *Lezioni, sull'usufrutto*, cit., p. 108, che parla di funzione identica, ma di efficacia diversa fra possesso di buona fede e trascrizione; MESSINEO, *Sulla natura dell'acquisto di bene mobile ex art. 1155 c.c.*, in *Studi in onore di Cicu*, I, Milano 1951, 521 ss.; FUNAIOLI, *La c.d. Proprietà relativa*, in *Studi in onore di Cicu*, I, Milano 1951, p. 394 ss.; v. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, cit., 435 s. che perviene infatti all'uopo ad attribuire analoga rilevanza costitutiva dell'opponibilità ai terzi sia alla trascrizione sia al possesso in buona fede.

confronti di chiunque, e, soprattutto, tra i plurimi aventi causa del medesimo autore. Fino a quando, infatti, il secondo acquisto non sia stato prioritariamente trascritto, il principio del consenso traslativo avrà determinato il prodursi della vicenda traslativa in capo al primo acquirente, e ciò sarà tanto più vero ove si considerino i rapporti tra questi ed i successivi aventi causa, come del resto viene riconosciuto ammettendo per questi la possibilità di esperire l'azione di risoluzione *ex art. 1479 c.c.*<sup>351</sup>.

Si è già visto sopra, infatti, come e perché differenti soluzioni che postulino una qualificazione della vicenda traslativa, prima di ogni trascrizione, come relativamente inefficace ovvero che si richiamino al concetto della proprietà relativa, non meritino di essere accolte.

La dottrina qui criticata precisa come, volendo ricondurre la vicenda disciplinata nell'ambito dell'art. 2644 c.c. al concetto di acquisto *a non domino*, si dovrebbe pervenire alla conclusione che la trascrizione della seconda alienazione indichi una fattispecie primaria di acquisto a titolo originario, ovvero una fattispecie traslativa di acquisto *ex lege* dal primo al secondo acquirente<sup>352</sup>. Conclusioni che condivisibilmente vengono escluse, la prima perché, come si è visto e si avrà modo di verificare più approfonditamente, l'acquisto del secondo acquirente è comunque a titolo derivativo, e la seconda in quanto la successione derivativa del diritto, volendo con ciò utilizzare una terminologia di stampo soggettivista con intento meramente descrittivo, si verifica tra comune dante causa e secondo acquirente e non tra i due aventi causa<sup>353</sup>.

Il punto è che, come si sta cercando di dimostrare, le premesse di partenza legittimerebbero a nostro avviso, l'approdo ad una terza conclusione: che il secondo acquirente primo trascrivente perfezioni il suo acquisto in virtù della prioritaria trascrizione, in questo caso avente natura sicuramente costitutiva, la quale determinerebbe l'acquisto del diritto a titolo derivativo in capo al secondo avente causa dal comune autore che figurerebbe pur sempre dante causa.

---

<sup>351</sup> Cfr. MENGONI, voce "*Acquisto a non domino*", cit., p. 72. Cfr. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 329 ss.

<sup>352</sup> MENGONI, *ult. op. loc. cit.*

<sup>353</sup> In questo senso, invece, CORRADO, *op. cit.*

Avremmo quindi in questo confermata la duplicità di funzioni della trascrizione, a seconda che essa confermi e assicuri, con funzione c.d. dichiarativa<sup>354</sup>, il primo acquisto ovvero che, con funzione squisitamente costitutiva, si collochi nell'ambito della fattispecie acquisitiva del diritto del secondo acquirente.

In questo modo si condurrebbe anche la vicenda disciplinata dall'art. 2644 c.c. nell'ambito di un conflitto tra diritti e non tra titoli e si perverrebbe a considerare le disposizioni di cui all'art. 2644 c.c. e 1155 c.c. come simmetriche, espressioni di un medesimo principio, la prima incentrata sulla trascrizione, la seconda, non partecipante dei caratteri della fattispecie di cui all'art. 1153, sul possesso in buona fede<sup>355</sup>. In entrambi i casi ci si troverebbe in presenza di fattispecie acquisitive comunque riconducibili nell'alveo degli acquisti *a non domino* in senso tecnico, pur con i limiti concettuali di questa categoria<sup>356</sup>.

In altre parole, trasferendo l'analisi della vicenda sul

---

<sup>354</sup> Per FERRI – ZANELLI, *Della trascrizione. Trascrizione immobiliare*, cit., p. 12 sarebbe preferibile riferirsi alla nozione di pubblicità pura al fine di evitare che il riferirsi alla pubblicità come dichiarativa ingeneri l'equivoco che la pubblicità costituisca una dichiarazione di scienza. Il termine pubblicità dichiarativa si trova, tuttavia, in comune uso sia in dottrina sia in giurisprudenza, e potrà continuarsi ad utilizzarlo con riferimento, quanto alla fattispecie disciplinata dall'art. 2644 c.c., alla prioritaria trascrizione del primo acquirente. Si riferisce espressamente alla realizzazione di una pubblicità dichiarativa anche Cass. 4 novembre 2002, n. 15393, cit. Si è visto che GAZZONI, *ult. op. cit.*, p. <> da un lato riconosca valenza dichiarativa alla trascrizione sia ove l'acquisto prioritariamente trascritto sia anche quello antecedente sul piano consensuale sia quando non lo sia; dall'altro come, pur nella dichiaratività della trascrizione del primo acquisto, sarebbe comunque dato ravvisare una componente costitutiva nel limite in cui essa precluda la successiva declaratoria di inefficacia.

<sup>355</sup> Ne conseguirebbe che in caso di acquisto *ex art.* 1155 c.c., trattandosi di acquisto *a non domino* a titolo derivativo, non sarebbe destinata ad operare la regola portata dal secondo comma dell'art. 1153 c.c.; conseguentemente il secondo acquirente (al pari di quanto si verifica per il primo acquirente) non acquisterebbe la cosa libera da diritti altrui (tali esistenti anche in capo al comune dante causa) sulla cosa, a prescindere dal fatto che essi risultino o meno dal titolo e ciò in omaggio alla derivatività dell'acquisto. In altre parole riteniamo che affinché si verifichi la fattispecie acquisitiva disciplinata dall'art. 1155 c.c. al momento della consegna la buona fede dell'acquirente debba risiedere nell'ignoranza della già compiuta alienazione incompatibile del medesimo bene e non, necessariamente, nell'inesistenza di diritti altrui già costituiti dal precedente proprietario prima di alienare l'intero bene. Viceversa opererà la regola dell'art. 1153 c.c. ove la buona fede concerna anche quest'ultima circostanza.

piano analitico della valutazione normativa dei comportamenti, la prioritaria trascrizione del secondo acquirente integrerebbe un fatto che unitamente ad altri fatti (quali quello complesso dato al negozio giuridico di trasferimento, pur di per sé inefficace in quanto *a non domino* nonché quello riconducibile all'assenza di una precedente trascrizione di acquisto incompatibile) determinerebbe il sorgere di una fattispecie acquisitiva e pertanto autorizzerebbe la conseguenza giuridica di ritenere il secondo acquirente titolare del diritto trasferito. Il fenomeno analizzato, cioè, farebbe sì che l'ordinamento applichi al secondo avente causa il medesimo statuto normativo applicato al primo avente causa, senza per ciò imporre il *retroattivo* venir meno del primo acquisto.

Quanto alla mancanza del requisito della buona fede, che invece investe le altre fattispecie di acquisto *a non domino*, la questione potrebbe essere risolta semplicisticamente constatando come l'individuazione dei fatti cui riconnettere il trasferimento di un diritto da un soggetto ad un altro è di esclusiva spettanza del legislatore: è l'ordinamento giuridico che liberamente seleziona i fatti all'uopo rilevanti<sup>357</sup>.

Basti sul punto considerare come, sebbene la buona fede sia spesso richiesta, essa non pare comunque essere un dato indefettibile di tutti gli acquisti *a non domino*. Il riferimento può essere ad esempio all'acquisto dal beneficiario di disposizione liberale successivamente ridotta. In tal caso, l'art. 2652 n. 8 fa salvi gli acquisti dei terzi a titolo oneroso, prescindendo da ogni considerazione circa lo

---

<sup>356</sup> MORITTU, *Revisione della dottrina su alcuni principi fondamentali riguardanti la trascrizione dei contratti traslativi della proprietà immobiliare*, cit., p. 53.

<sup>357</sup> Rileva IRTI, *Norme e fatti*, cit., p. 30, come "l'arbitrio del legislatore, nel costruire i concetti dell'*antecedens* e del *consequens*, [sia] assoluto ed illimitato. La norma non rispecchia fenomeni esterni, e si sottrae, pertanto, all'alternativa di verità e di errore. Essa trova in sé la propria verità, nel suo porsi come legame unitivo di due concetti. Parlare di *errore* della norma è un non senso, poiché la norma non ha di fronte un oggetto, non è pensiero (vero o falso di un oggetto. I concetti legislativi sono concetti *arbitrari*, combinazioni di note, che hanno esistenza e valore soltanto nel congegno della norma. Si potrebbe definirli *pseudo-concetti* o finzioni concettuali, non corrispondenti a realtà estranee e che tuttavia non sono concetti errati".

stato soggettivo dell'avente causa, ove la trascrizione della domanda di riduzione sia eseguita dopo dieci anni dall'apertura della successione.

Sul punto possono essere riprese le considerazioni, condivise, peraltro, dalla prevalente dottrina e dalla giurisprudenza degli ultimi decenni, che qualificano l'azione di riduzione come un'azione di impugnativa negoziale da configurarsi, più precisamente, come azione personale di accertamento costitutivo<sup>358</sup>. Il legittimario, esperendo l'azione di riduzione, mira in primo luogo all'accertamento della lesione dei diritti a lui riservati e, conseguentemente, a una pronuncia di natura costitutiva che determini l'inefficacia dell'attribuzione lesiva, sia essa testamentaria o sia essa una liberalità tipica posta in essere dal *de cuius* ancora in vita.

L'inefficacia della disposizione lesiva viene, tuttavia, ulteriormente precisata nel senso che l'azione di riduzione non colpisce integralmente il negozio da cui scaturisce la lesione dei diritti riservati al legittimario, eliminandone completamente l'efficacia traslativa o costitutiva. Il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione da parte del legittimario non comporta, infatti, la perdita della propria qualità per il soggetto passivo dell'azione: questi rimane pur sempre donatario (ovvero erede o legatario). L'azione determina invece l'inefficacia relativa, descritta anche come inopponibilità, nei confronti del legittimario dell'attribuzione lesiva<sup>359</sup>.

L'effetto costitutivo della sentenza che accoglie la domanda di riduzione, peraltro, non è quello di determinare, costituendone il titolo, un trasferimento di beni dal beneficiario della disposizione lesiva al legittimario vittorioso. Nei confronti del legittimario, i beni la cui attribuzione ha determinato la lesione si considerano, infatti, come mai usciti dal patrimonio del disponente. Il titolo, invero, in virtù del quale il legittimario acquista i beni già oggetto dell'attribuzione lesiva va ricercato direttamente

---

<sup>358</sup> MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale (Successione necessaria)*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto a Cicu – Messineo, Milano, 2000, p. 232; AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 683 ss.

<sup>359</sup> MENGONI, *ult. op. loc. cit.*

nella vocazione necessaria e nella quota di eredità che a tale titolo, in conseguenza dell'azione di riduzione, viene a questi devoluta.

Com'è stato autorevolmente osservato, in tali casi il legittimario “pretende la legittima come terzo” ma, all'esito del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione, “la ottiene come erede”<sup>360</sup>. In conformità alle premesse di questa ricostruzione l'azione di restituzione contro il beneficiario dell'attribuzione ridotta viene qualificata come mero effetto dell'inefficacia del titolo di acquisto.

La portata dell'azione di riduzione, pur analogamente descritta come inopponibilità dell'atto, è invece tale da consentire al legittimario vittorioso di considerare il bene oggetto della fattispecie impugnata come mai uscito dal patrimonio del donante – *de cuius*. La differenza, peraltro, non è altro che una conseguenza delle diverse finalità dei due istituti: la revocatoria un mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale e la riduzione un mezzo volto a preservare il diritto del legittimario al conseguimento della quota di legittima<sup>361</sup>.

Da queste brevi considerazioni può facilmente evincersi che chi acquista dal convenuto soccombente in riduzione acquista da un soggetto che si rivela, sebbene *ex post*, non proprietario al momento dell'alienazione. Cionondimeno il suo acquisto è fatto salvo e ciò a prescindere dalla buona fede. Ricorrerebbe, infatti, anche qui pur sempre un acquisto *a non domino* a titolo derivativo e non originario.

In aggiunta a quanto detto, può riprendersi proprio quanto osservato da chi si è maggiormente occupato della materia, per il quale la trattazione unitaria degli acquisti *a non domino* non può assurgere alla dignità di teoria generale, in quanto essa ha la mera funzione di consentire una comparazione tra fattispecie eterogenee attraverso la quale si riesce con maggiore puntualità ad individuarne certe caratteristiche normative<sup>362</sup>; in ciò viene, quindi, confermata la connotazione originariamente espressa degli acquisti *a non domino* non quale categoria giuridica unitaria, ma quale

---

<sup>360</sup> MENGONI, *ult. op. cit.*, p. 237.

<sup>361</sup> MENGONI, *ult. op. cit.*, p. 232.

<sup>362</sup> MENGONI, voce “*Acquisto a non domino*”, *cit.*, p. 81.

elemento comune di una serie di “fattispecie eterogenee ciascuna delle quali soggette ad una propria disciplina giuridica” il cui tratto comune distintivo sarebbe la tutela dell’affidamento dei terzi e quindi dell’interesse collettivo alla circolazione<sup>363</sup>.

In questo non potrebbe forse negarsi una dilatazione della “categoria” nel senso di ritenere quale tratto distintivo delle fattispecie a essa afferenti non già la tutela dell’affidamento, giacchè il meccanismo dell’art. 2644 c.c. come noto opera a prescindere dello stato soggettivo del secondo acquirente che potrebbe anzi intenzionalmente agire a danno del primo<sup>364</sup>, quanto, più in generale la tutela dell’interesse collettivo alla sicurezza della circolazione giuridica dei beni che spesso, ma non sempre, presupporrà la tutela dell’affidamento<sup>365</sup>. Al di là, eventualmente, del

---

<sup>363</sup> MENGONI, voce “*Acquisto a non domino*”, cit., p. 70.

<sup>364</sup> E’ pacifico che la trascrizione nell’ambito della funzione ad essa attribuita dall’art. 2644 c.c. prescinda dallo stato soggettivo del terzo. Cfr., tra gli altri, TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione.*, cit., p. 13, per il quale la trascrizione avrebbe semmai quale fondamento etico la tutela del terzo in buona fede che non costituirebbe tuttavia lo strumento tecnico attraverso il quale opererebbe. V. anche FERRI – ZANELLI, *Della trascrizione. Trascrizione immobiliare*, cit., 51 s. i quali rilevano che in presenza di determinate conseguenze collegate dal legislatore alla trascrizione, sarebbe problema ozioso andare a vedere se le dette conseguenze derivano dalla trascrizione nel senso che essa generi una presunzione di conoscenza e quindi di malafede; è più semplice limitare ad affermare che esse derivano dalla trascrizione, con ciò evitando la costruzione di un’inutile sovrastruttura dottrina. In questo senso si esprime anche la giurisprudenza cfr. Cass. 13 gennaio 1995, n. 383 in *Riv. not.*, 1995, p. 1564; Cass. 8 agosto 1964, n. 2280, cit.; Cass. 18 agosto 1956, n. 3123, in *Giust. Civ.*, 1957, I, c. 507. Si v. però PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità immobiliare*, cit., p. 425 per il quale la funzione caratteristica e il risultato tipico della trascrizione avrebbero come fulcro il principio della presunzione legale di conoscenza, mentre l’opponibilità ai terzi dell’atto trascritto (effetto positivo) e la inopponibilità dell’atto non trascritto (effetto negativo) sarebbero un effetto secondario della pubblicità. Secondo GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 43, la conoscibilità potrebbe anche costituire la giustificazione delle scelte operate dal legislatore, ad esempio in favore di chi trascrive contro colui che appare ancora proprietario per avere il primo acquirente a sua volta omessa la tempestiva effettuazione della trascrizione del proprio acquisto. Cionondimeno resterebbe il fatto che l’irrilevanza della effettiva conoscenza di tale omissione, cioè l’irrilevanza della malafede, non permetterebbe di attribuire alla funzione in sé considerata funzione alcuna.

<sup>365</sup> Si vedano sul punto VENEZIAN, *Opere*, II, cit. p. 164 s., 178; MORITTU, *Revisione della dottrina su alcuni principi fondamentali riguardanti la trascrizione dei contratti traslativi della proprietà immobiliare*, cit., p. 53 s. per i quali la buona fede non sarebbe comunque requisito

diverso interesse tutelato, quello che comunque può sottolinearsi è la sostanziale equivalenza tecnica dello strumento tecnico all'uopo utilizzato.

Nel caso di specie, senza voler negare la qualificazione di acquisto *a non domino* e la simmetria dell'art. 2644 c.c. con l'art. 1155 c.c., cionondimeno può convenirsi con la conclusione per cui il fondamento della tutela del secondo acquirente andrebbe ricercato nella protezione del secondo acquirente in ragione delle “risultanze negative” dei registri, al momento della conclusione dell'accordo traslativo, circa l'esistenza di precedenti alienazioni del bene compiute dal suo dante causa<sup>366</sup>.

---

specifico degli acquisti che non si fondano “sull'autorità dell'investito di un diritto, anche per quanto riguarda le cose mobili. Se così fosse, viene infatti osservato, l'ordinamento non dovrebbe distinguere il caso in cui il possesso fosse uscito dalle mani del vero proprietario scientemente da quello in cui ciò sia avvenuto contro la sua volontà.

<sup>366</sup> Cfr. MENGONI, voce “*Acquisto a non domino*”, cit., p. 72, che pure nega, come visto, la qualificabilità del fenomeno in esame come acquisto *a non domino*.

## Capitolo IV

### L'ACQUISTO DEL SECONDO ACQUIRENTE COME MODO DI ACQUISTO *A NON DOMINO* A TITOLO DERIVATIVO: SPUNTI RICOSTRUTTIVI

#### 4.1 LA DERIVATIVITÀ DELL'ACQUISTO DELL'AVENTE CAUSA SUCCESSIVO

E' possibile a questo punto, dopo la breve analisi che precede, provare a trarre alcune conclusioni in ordine alla ricostruzione della disciplina recata dall'art. 2644 c.c. e al rapporto di essa con il principio del consenso traslativo. In questo non possono non essere condivise le osservazioni di chi sottolinea come la questione in esame non presenti una notevole importanza di fronte alla regola posta dal legislatore ed alle certezze, sul piano pratico, che derivano dalla sua applicazione<sup>367</sup>.

Cionondimeno la spiegazione del fenomeno pare utile nella misura (e nei limiti) in cui costituisca “uno sforzo di rigorosa comprensione delle forme con cui si realizza, nel sistema, la circolazione dei beni”<sup>368</sup>.

Tornando all'oggetto dell'indagine, si sono viste sopra le ragioni che inducono a non aderire alle tesi di chi, nel ricostruire la vicenda portata dall'art. 2644 c.c. e, in particolare, nel delineare struttura e funzione dell'acquisto del secondo acquirente primo trascrivente, perviene, in un modo o nell'altro, a negare la pienezza del diritto trasferito (al primo acquirente) in assenza e prima della trascrizione.

Maggiormente condivisibile, ci è parsa l'opzione interpretativa volta ad individuare nella prioritaria trascrizione di un acquisto che si collochi, sul piano consensuale, in un momento successivo, un evento determinante la risoluzione del primo acquisto. Questo nei limiti in cui si faccia riferimento in modo descrittivo, essendo preferibile, piuttosto, parlare di inefficacia sopravvenuta del primo acquisto, determinata dalla

---

<sup>367</sup> Cfr. MARICONDA, *La trascrizione*, cit., p. 84

<sup>368</sup> VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, cit., p. 78

prioritaria trascrizione di altro acquisto e motivata dalla preferenza accordata dall'ordinamento all'acquisto prioritariamente trascritto.

Il punto critico di questa interpretazione è stato individuato nel ritenere che l'effetto risolutorio operi *ex tunc* (e quindi retroagisca al momento della conclusione del contratto risolto) e non *ex nunc*. Questo aspetto della ricostruzione non solo stride sul piano logico, in quanto determinata un'ingiustificata compressione del diritto acquistato dal primo acquirente e della tutela che gli deve essere riconosciuta nella misura massima possibile consentita dall'operare della regola di cui all'art. 2644 c.c.; ma, soprattutto, è fonte delle principali critiche che vengono rivolte, non del tutto immotivatamente, alla predetta teoria.

In particolare, come si è già in parte sopra visto, la principale obiezione che viene mossa risiede nel non potersi ammettere "che il secondo acquisto diventi efficace, in termini di realtà, in seguito alla risoluzione degli effetti del primo atto, perché, all'inverso, sono gli effetti del primo atto che vengono meno in seguito al fatto che il secondo acquista efficacia reale"<sup>369</sup>. Si tratta, questa di una conseguenza e nel contempo della ragione del retroattivo operare della risoluzione del primo acquisto. Solo così, secondo quest'impostazione, può determinarsi la derivatività del secondo acquisto e armonizzarsi la costruzione col principio del consenso traslativo.

In realtà, messo alla prova l'assunto, se ne ricava come esso presenti più di un aspetto di criticità. Non può essere, infatti, la provenienza *a domino* o meno dell'atto di alienazione ad imprimere alla vicenda traslativa una qualificazione di tipo derivativo od originario. La derivatività o l'originarietà non sono, infatti, categorie ontologiche né rispondono al criterio della logica bensì, unicamente, a quello normativo.<sup>370</sup>

---

<sup>369</sup> NATOLI, *Della trascrizione*, cit., p. 95 ss.; ID, *Doppia alienazione immobiliare e azione revocatoria*, cit., p. 1191; In questo senso v. anche VETTORI, *Consensus traslativo e circolazione dei beni*, cit., p. 85ss., 99; BIANCA, *Il principio del consenso traslativo*, cit., p. 12, nt. 17; FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit. p. 120.

<sup>370</sup> Del resto la possibile natura derivativa di un acquisto *a non domino* viene, più o meno esplicitamente ammessa da tutti coloro i quali ricostruiscono, come pare debba essere ricostruita, in termini di derivatività la vicenda dell'acquisto dall'erede apparente che, in

Nella prospettiva analitica posta a fondamento del metodo di indagine, infatti, l'individuazione dei caratteri di derivatività e originarietà di una fattispecie acquisitiva non può essere ancorata ad una sorta di accezione ontologica del termine. Piuttosto, derivativi devono essere ritenuti tutti e soli quegli acquisti in cui sia dato riscontrare una identità, ovvero un nesso di dipendenza tra lo statuto normativo applicabile all'avente causa e quello applicabile al dante causa.

Questo postulato definitorio appare in tutto conforme con l'idea dell'acquisto che è ad esso presupposto: lungi dal dover esser ricondotto ai concetti metaforici propri della dottrina soggettivistica, di un soggetto che trasmette un diritto (il medesimo, nonostante la mutazione soggettiva) ad altro soggetto, determinando l'uscita di questo dalla sua sfera giuridica e l'ingresso in quella dell'acquirente, in una sorta di procedimento di entificazione dei concetti, l'acquisto altro non è che una formula per descrivere il verificarsi di una fattispecie acquisitiva, ovverosia una serie di fatti che collegati tra loro autorizzano conclusioni di diritto per le quali un soggetto "ha – normativamente - acquistato un diritto". In altre parole, in presenza di determinati fatti, trova applicazione per un soggetto uno statuto normativo che può essere descritto come titolarità di un diritto.

Ecco quindi che l'acquisto, ancorché proveniente da un non titolare, e tale è il comune dante causa che *ex art. 1376 c.c.* ha irrevocabilmente disposto del suo diritto, può bene essere a titolo derivativo, e tale sarà ogni qual volta la disciplina applicabile all'avente causa coincida o dipenda per derivatività da quella applicabile all'avente causa. Circostanza che parrebbe proprio ricorrere in caso di acquisto del secondo acquirente perfezionatosi con la prioritaria trascrizione del titolo.

Alcune esemplificazioni aiuteranno a comprendere la veridicità dell'affermazione, per il vero non seriamente contestata, circa la derivatività dell'acquisto del secondo avente causa protetto dalla prioritaria trascrizione<sup>371</sup>.

---

quanto tale, titolare del diritto trasferito non è. Sul punto cfr. <>

<sup>371</sup> Per l'originarietà dell'acquisto, fondata sull'apparenza, v. NATOLI, *Doppia alienazione*, cit., p. 1189; POLETTI, *Doppia alienazione immobiliare e "responsabilità extracontrattuale da contratto"*, cit., p.

Preliminarmente giova ricordare come il conflitto regolato dall'art. 2644 c.c. possa essere visto da varie angolazioni. Così esso può essere dovuto dalla posizione di "reciproca e necessaria esclusività" in cui verrebbero a trovarsi le due vicende provenienti dallo stesso autore: è il caso paradigmatico della pluralità di alienazioni della proprietà del medesimo bene; in altri casi l'incompatibilità è più sfumata e deriva dalla circostanza che i diritti provengano dallo stesso dante causa: la servitù o altro diritto reale limitato ben possono coesistere con la proprietà pur quando aventi ad oggetto il medesimo bene; tuttavia un atto traslativo della proprietà come piena risulta, in concreto, in conflitto con un atto costitutivo della servitù o di altro diritto reale limitato, proveniente dallo stesso alienante o da un precedente dante causa<sup>372</sup>.

Tornando all'esemplificazione dimostrativa della derivatività, può farsi riferimento al caso in cui il bene trasferito in proprietà fosse (già in capo al dante causa) gravato da una servitù di passaggio a vantaggio di un limitrofo fondo dominante; in tal caso il diritto reale limitato ove "opponibile" graverà anche il fondo dell'avente causa; e ciò, in particolare, si verificherà sia ove la servitù sia stata trascritta prima della trascrizione dell'acquisto del secondo acquirente, sia ove, pur non trascritta, sia espressamente richiamata nell'atto di alienazione<sup>373</sup>. Ove l'acquisto del

---

737 ss.; v. anche FERRANTE, *ult. op. cit.*, p. 184 s.

<sup>372</sup> Cfr. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, cit., p. 120.

<sup>373</sup> In tema di c.d. servitù occulte, ossia di quelle servitù che pur non trascritte siano richiamate in modo esplicito nell'atto di disposizione del fondo servente, si v. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 207 ss. che ritiene che detta pattuizione abbia la funzione di individuare e delimitare l'oggetto del bene trasferito. Sul punto v. anche, sebbene con differenti soluzioni interpretative, GRANELLI, *Riconoscimento della servitù non trascritta e opponibilità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 480 s.; DE RUBERTIS, in SILVESTRO e LOPS, *Il difetto di trascrizione del titolo costitutivo della servitù ed i suoi riflessi in tema di opponibilità al terzo acquirente*, in *Riv. not.* 1977, p. 752 ss.; POCAR, *Servitù non trascritta e opponibilità al terzo acquirente dell'immobile*, in *Riv. dir. comm.*, 1961, I, p. 430 ss.; in giurisprudenza CASS. 3 aprile 2003, n. 5158, in <> per la quale, in caso di mancata trascrizione del relativo atto costitutivo, la servitù è inopponibile agli aventi causa, a titolo particolare, del proprietario del fondo servente, che abbiano acquistato in base ad un titolo regolarmente trascritto e sempre che la servitù non sia stata portata a loro conoscenza, ed implicitamente da essi accettata, nei rispettivi atti di trasferimento della proprietà.

secondo acquirente avesse dovuto essere configurato come originario, la detta servitù, al pari di ogni altro diritto reale limitato gravante sul bene trasferito, trascritto o richiamato che fosse, non avrebbe limitato la proprietà acquistata dal secondo acquirente. In caso di acquisto a titolo originario, difatti, salvi i limiti che derivano dalla fattispecie acquisitiva (si pensi al possesso in caso di usucapione), il diritto acquistato *non* dipende, nella sua conformazione normativa da quello del dante causa, mentre risente delle norme generalmente all'uopo poste dall'ordinamento.

Ancora, la trascrizione non fa acquistare all'avente causa un diritto nuovo rispetto a quello dell'attuale titolare del diritto, chiunque esso sia: la trascrizione, in conformità alla natura pur sempre derivativa dell'acquisto che ad essa consegue, fornisce all'acquirente una tutela pur sempre relativa e non assoluta in quanto, pur consentendogli di prevalere nei confronti di ogni altro acquirente dallo stesso autore, non gli consente, naturalmente, di prevalere nei confronti degli acquirenti da chi si dimostri essere il vero titolare del diritto acquistato<sup>374</sup>.

Se questo è vero e se, quindi, la natura derivativa dell'acquisto del secondo avente causa non è in discussione, non è invece vera la conclusione che viene ritenuta necessitata sul piano logico: la titolarità del diritto in capo al dante causa al momento dell'atto di alienazione. Sono, invece, le norme dell'ordinamento a prevedere che in presenza di determinati fatti (*id est* atto di alienazione dal non proprietario, che ha già in precedenza disposto del suo diritto reale immobiliare e prioritaria trascrizione del medesimo) la situazione corrispondente alla titolarità di un

---

<sup>374</sup> NICOLÒ, *La trascrizione*, cit., I, p. 119 s., il quale in ciò distingue il meccanismo acquisitivo disegnato dall'art. 2644 c.c. rispetto a quello che si ricava dal combinato disposto di cui agli artt. 1153 e 1155 c.c. (v. anche MENGONI, *Gli acquisti a non domini*, cit., p.13 ss., che ritiene che l'art. 1155 c.c. possa operare solo ove il primo acquirente abbia acquisito la proprietà di quanto oggetto dei plurimi trasferimenti). Si è visto sopra, tuttavia, come a noi pare che la regola portata dall'art. 1155 c.c. e quella portata dall'art. 2644 c.c. possano essere accostate sul medesimo piano e come, pur nell'autorevolezza della diversa opinione, non sarebbe da escludere il riconoscimento anche per l'art. 1155 c.c. della funzione di norma diretta a regolare un conflitto tra titoli e non tra diritti. Nel senso indicato nel testo v. anche VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, cit., p. 90. V. anche MENGONI, voce "Acquisto a non domino", cit., p. 78.

diritto vada, derivativamente, riconosciuta in capo all'avente causa.

L'acquisto del secondo acquirente va quindi ricondotto a una fattispecie complessa in cui l'atto negoziale di alienazione, pur rilevante nell'ambito del descritto procedimento, non è sufficiente a determinare il prodursi della vicenda traslativa, ai fini della quale, invece, sarà pur sempre necessaria la prioritaria trascrizione dell'acquisto. Gli effetti dell'acquisto decorreranno solo a partire da tale momento e non da quello perfezionativo del negozio<sup>375</sup>.

Viene quindi meno la necessità di fare retroagire l'effetto risolutorio: esso opererà a partire dal medesimo momento in cui l'ordinamento riconoscerà l'acquisto del

---

<sup>375</sup> Cfr. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, cit., p. 119 che riconosce alla trascrizione del secondo acquirente la funzione di integrare una fattispecie acquisitiva diversa e prevalente rispetto agli atti di disposizione non trascritti. Per l'A. si tratterebbe di una regola analoga a quella dettata dall'art. 1155 c.c. ma non identica: nell'ambito dell'acquisto di beni mobili il riferimento al possesso configura la complessa fattispecie acquisitiva costituita dal titolo più il possesso e la buona fede come un fatto di acquisto a titolo originario che consenta di prescindere dalla originaria titolarità del dante causa; viceversa la trascrizione, constando pur sempre della riproduzione di un titolo derivativo, integra, insieme a quest'ultimo una fattispecie acquisitiva che, pur travolgendo gli altri titoli non trascritti provenienti dallo stesso autore, non consente però di superare la mancanza di titolarità di quest'ultimo. Osserva ancora NICOLÒ come conseguentemente la trascrizione abbia la funzione di far prevalere un titolo su di un altro, con esso incompatibile, ma non è fonte autonoma del diritto diverso da quello originariamente spettante al comune autore dell'atto di disposizione: essa risolve un conflitto tra titoli e non tra diritti. MAIROCA, *ult. op. cit.*, considera la trascrizione un fatto giuridico a se stante ma parla poi di "completamento della fattispecie acquisitiva". V. però VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, cit., p. 92, che, richiamando MAIORCA (*ult. op. loc. cit.*) e PUGLIATTI, (*ult. op. cit.*, p. 428 ss.), rileva che "la semplice osservazione della disciplina di un atto invalido o inefficace conferma l'indipendenza della pubblicità dall'atto; l'efficacia della pubblicità e quella dell'atto non dipendono l'una dall'altra, mentre l'effetto in concreto prodotto dipende sia dall'atto sia dalla pubblicità. Né si può parlare di una fattispecie complessa o a formazione progressiva. Siamo in presenza invece di più fattispecie collegate, una primaria che deve essere resa pubblica e una secondaria costituita dal procedimento pubblicitario; fra i due vi è una relazione (di primo o di secondo grado), ma esse danno luogo ad effetti diversi. La prima è fonte del mutamento giuridico; la seconda produce soltanto la conoscibilità legale dell'atto". E' facile rilevare, tuttavia, come, secondo la nostra concezione, queste osservazioni potrebbero semmai, ed entro certi limiti, valere per la trascrizione dell'acquisto del primo acquirente, giammai, invece per quella del secondo nell'ambito del quale l'atto negoziale di acquisto, isolatamente considerato, non è fonte del mutamento giuridico.

diritto in capo al secondo avente causa e, dunque, dalla prioritaria trascrizione.

Questo, tuttavia, non significa, si badi, sottrarre alle regole proprie del negozio la vicenda traslativa<sup>376</sup>. Il negozio traslativo, pur non essendo sufficiente a determinare l'acquisto del diritto in capo al successivo acquirente, è a tal fine pur sempre necessario. Ne consegue che ogni elemento patologico dell'atto negoziale, se si esclude quello che derivi dalla mancanza di legittimazione, non può non ripercuotersi sull'intera fattispecie complessa traslativa inficiando, in misura più o meno marcata, il riconoscimento dell'effetto da parte dell'ordinamento.

Questa affermazione manifesta la sua portata in una duplice direzione. In primo luogo, riconduce comunque al fenomeno negoziale e alle sue regole la peculiare vicenda acquisitiva del diritto disegnata dall'art. 2644 c.c., per come da noi interpretato: la trascrizione è sì necessaria (da qui la sua valenza costitutiva nel caso di specie) all'acquisto del diritto, ma non è sufficiente.

In secondo luogo, e come conseguenza, può conferinarsi il principio per cui la trascrizione nemmeno in questo caso può sanare la nullità dell'atto. Volendo seguire gli insegnamenti tradizionali per cui *quod nullum est nullum producit effectum*<sup>377</sup>, l'atto nullo, pur trascritto, in quanto

---

<sup>376</sup> Cfr. invece VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, cit., p. 85, per il quale la tesi propria del GAZZONI comporterebbe l'idoneità della trascrizione di un atto nullo alla risoluzione di una vendita valida non trascritta in quanto sarebbe il fatto della trascrizione a risolvere retroattivamente il primo acquisto.

<sup>377</sup> Il principio è qui ripreso in senso volutamente approssimativo e descrittivo e ciò a prescindere della considerazione per cui non è il fatto la fonte degli effetti ma è l'ordinamento che ricollega, al verificarsi di determinati fatti, determinati effetti (cfr. CATAUDELLA, voce "*Fattispecie*", cit., p. <>). Da un lato non sfugge, infatti, come il negozio nullo, in quanto riconducibile ad un fatto pur sempre valutato (in senso di invalidità) dall'ordinamento, sia pure sempre giuridicamente rilevante e ad esso l'ordinamento ricollegli determinate conseguenze giuridiche (cfr. IRTI, *Norme e fatti*, cit., p. 57 ss. che sottolinea come "i fatti irrilevanti non ricevono un predicato giuridico negativo: la loro negatività deriverebbe sempre da un giudizio giuridico, ed essi si risolverebbero così in fatti rilevanti. Irrilevanza è negazione logica di rilevanza, poiché il fatto non è adeguato al tipo legale e non rientra nel suo ambito. Il fatto, rifiutato dal diritto, non è un fatto giuridico negativo, ma un fatto non giuridico: o, meglio, un *non-fatto*, se fatto per il diritto, equivale a fatto giuridico. La formula "fatto irrilevante" constata l'impossibilità di un giudizio giuridico: essa non designa un fatto giuridico negativo, ma *l'assenza di un fatto*

“improduttivo di effetti” non può determinare né il perfezionarsi della fattispecie acquisitiva in capo al secondo acquirente, né la successiva inefficacia del primo acquisto non trascritto<sup>378</sup>. Il primo acquirente, convenuto in rivendica dal secondo, potrà sempre eccepire la nullità dell'atto traslativo successivo e prevalere sul secondo acquirente sulla base della regola portata dall'art. 1376 c.c.: tra un titolo invalido e uno valido prevale sempre il secondo, indipendentemente dalla priorità della trascrizione<sup>379</sup>.

Questo non toglie, tuttavia, che alla trascrizione dell'atto successivo, ancorché riferita ad atto invalido, vada pur sempre riconosciuta la peculiare funzione secondaria descritta dall'art. 2652 n. 6. In tal caso la trascrizione, nei casi e nei termini *ivi* indicati, lungi dal sanare l'atto invalido trascritto, assume rilevanza nell'ambito degli elementi che consentono di fare comunque salvi i diritti acquistati non da chi ha a proprio favore un titolo nullo, ma dai suoi subacquirenti<sup>380</sup>.

In questo non può ritenersi che eccezionalmente acquisti prevalenza, ancorché indiretta, il secondo acquisto pur invalido. I vizi da cui esso è affetto pur sempre incidono

---

*giuridico*”; v. però BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 486). Dall'altro può essere considerato un dato ormai acquisito la circostanza per cui l'ordinamento colleghi comunque al negozio nullo una pluralità di effetti, tra i quali non vi è, tuttavia quello di attribuire comunque alla trascrizione, nel caso di specie, l'efficacia risolutoria prevista dall'art. 2644 c.c. (cfr. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 613 ss.).

<sup>378</sup> V. MAIORCA, *ult. op. cit.*, p. 20 il quale osserva che “la validità o perfezione dell'atto non è un requisito per l'efficacia della trascrizione, bensì la validità o perfezione) in uno con la trascrizione sono requisiti per l'efficacia, la più completa della fattispecie”. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, cit., p. 83; VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, cit., p. 85 s. V. però MAIORCA, *ult. op. cit.*, p. 20 il quale osserva che “la validità o perfezione dell'atto non è un requisito per l'efficacia della trascrizione, bensì la validità o perfezione) in uno con la trascrizione sono requisiti per l'efficacia, la più completa della fattispecie”.

<sup>379</sup> MARICONDA, *ult. op. cit.*, p. 158; BARALIS – METITIERI, *Pubblicità sanante, leggi speciali e responsabilità notarili. Note tratte da un'esperienza professionale*, in *Riv. not.*, 1992, p. 402 ss.

<sup>380</sup> Non è pacifica la rilevanza della trascrizione nell'ambito del procedimento descritto dall'art. 2652 n. 6 c.c. Secondo una parte della dottrina (MENGONI, *L'acquisto a non domino*, cit., p. 129) collega l'efficacia “sanante” alla trascrizione; altri, invece (FERRI – ZANELLI, *ult. op. cit.*, p. 335) sostengono che tale efficacia debba ricondursi piuttosto alla buona fede, sia pure confermata ed arricchita dall'adempimento delle formalità pubblicitarie, che hanno la funzione di conservare gli acquisti.

ed inficiano la trascrizione impedendo la (sopravvenuta) inefficacia del primo acquisto. Cionondimeno, per le medesime esigenze di sicurezza e celerità dei traffici giuridici, che si traducono nel caso di specie, nella tutela dell'affidamento del terzo in buona fede, al ricorrere delle condizioni indicate all'art. 2652 n. 6 c.c., gli acquisti dei terzi subacquirenti sono pur sempre fatti salvi dall'ordinamento.

Senza voler analizzare lo specifico funzionamento della disposizione da ultimo citata e il suo fondamento, basti qui considerare come i suoi profili strutturali e funzionali non mutino a seconda che l'atto nullo (prioritariamente) trascritto fosse quello del primo o del secondo acquirente. In altre parole la portata della regola prescinde da ogni collegamento, sul punto, con il diverso modo di operare della regola di cui all'art. 2644 c.c.. Il meccanismo di tutela predisposto dall'art. 2652 n. 6 si limita a presupporre l'esistenza di un atto invalido trascritto prescindendo, tuttavia, dalla circostanza che esso fosse quello del primo o di un successivo acquirente.

Risulta in questo modo confermato che la trascrizione non ha efficacia sanante del titolo e che la trascrizione di un atto invalido non può determinare l'inefficacia sopravvenuta del primo acquisto non trascritto.

L'assunto merita una precisazione. In caso di atto nullo deve ritenersi che il principio operi esattamente come esposto: l'atto nullo, in quanto improduttivo di effetti (nei termini sopra individuati) impedirà il valido perfezionamento della fattispecie acquisitiva del secondo acquirente (mancando il primo degli elementi: il negozio valido) e, conseguentemente, non si verificherà l'effetto risolutivo del primo acquisto. Diversamente in caso di atto meramente annullabile: in tal caso la fattispecie acquisitiva, pur invalidamente, si sarà, comunque, verificata; conseguentemente il primo acquisto si sarà, sebbene *ex nunc* risolto. E' con la successiva pronuncia costitutiva di annullamento che si priverà (*ex tunc*) di efficacia l'atto invalido e si determinerà, *ex tunc* il venir meno dell'inefficacia del primo acquisto, il quale, riprenderà piena efficacia come se non ne fosse mai stato privato, salve le

norme che, al ricorrere dei presupposti legislativamente determinati, facciano salvi gli acquisti dei terzi<sup>381</sup>.

#### **4.2. LA POSIZIONE DEL PRIMO E DEL SECONDO ACQUIRENTE:**

##### **4.2.1 L'acquisto del primo acquirente prima della trascrizione e l'inefficacia portata dalla prioritaria trascrizione di un acquisto incompatibile. L'opponibilità del diritto e gli atti dispositivi**

Si tratta ora di volgere lo sguardo al primo aspetto della vicenda, ovvero, la prioritaria alienazione non trascritta. Come ampiamente visto nel corso del presente lavoro il principio consensualistico, cristallizzato nell'art. 1376 c.c. e la cui valenza deve essere confermata, fa sì che, nell'ambito della situazione fisiologica, il consenso sia necessario e sufficiente al trasferimento del diritto. Conseguentemente il primo acquirente è considerato dall'ordinamento, pur in assenza della trascrizione, pieno titolare del diritto acquisito senza limitazione alcuna derivante dalla mancata esecuzione dell'adempimento pubblicitario; il suo diritto, in altri termini, gode di una completa opponibilità che deriva dalla piena tutela ad esso fornita dall'ordinamento<sup>382</sup>.

Al primo acquirente, pertanto, a prescindere dalla trascrizione (e fino all'eventuale trascrizione anteriore di altri) compete il diritto di chiedere la cosa acquistata alla controparte e ciò servendosi anche di mezzi di tutela reale. Non potrà, infatti, negarsi a questi la possibilità di agire vittoriosamente in rivendica: a tal fine dovrà sì dimostrare il suo diritto e quindi l'acquisto da chi era proprietario,

---

<sup>381</sup> Anche in questo caso, come sopra visto, la salvezza dei diritti dei terzi prescinde del tutto dall'operare della regola dell'art. 2644 c.c., seguendo invece un meccanismo autonomamente disegnato dal legislatore.

<sup>382</sup> Osserva Russo (*Vendita e consenso traslativo*, cit., p. 157), sebbene da un angolo prospettico diverso da quello dal quale abbiamo inteso farci guidare, come "un diritto soggettivo non opponibile è un non diritto perché non abilita alla stabile fruizione della ricchezza e finisce per mancare del carattere essenziale suo proprio, consistente nella completa protezione giuridica accordata al titolare".

attraverso la c.d. *probatio diabolica*, ma non anche di aver trascritto il suo diritto, posto che la trascrizione nulla aggiunge alla situazione di cui è considerato dall'ordinamento titolare<sup>383</sup>.

E' importante considerare come, invece, in caso di prioritaria trascrizione del secondo acquirente, il primo non potrà agire vittoriosamente in rivendica nei confronti di nessuno. Ma ciò, si badi, non perché titolare di una situazione depotenziata o limitata, ma perché non più titolare del diritto acquistato in virtù dell'inefficacia successiva determinata dal secondo acquisto.

Ancora, il primo avente causa potrà reagire al possesso *sine titulo* di terzi<sup>384</sup>. Questi, inoltre, potrà liberamente disporre del proprio diritto trasferendolo, in tutto o in parte ad altri<sup>385</sup>.

In altri termini non può negarsi come al primo acquirente l'ordinamento fornisca tutela piena. L'esercizio delle azioni petitorie, non presuppone certamente la prova dell'avvenuta trascrizione dell'acquisto, ma presuppone l'accertamento, incidentale, della proprietà che come tale consegue al consenso traslativo.

Il primo acquirente potrà quindi validamente ed efficacemente costituire diritti reali limitati sul bene acquistato. E gli aventi causa potranno esercitare i diritti

---

<sup>383</sup> Cfr. MONATERI, *La sineddoche*, cit., p. <>, che tuttavia, pur rilevando la possibilità per l'acquirente "consensuale" prima della trascrizione di esercitare le azioni reali a tutela del suo diritto, giunge alla conclusione che solo la trascrizione è idonea a determinare il trasferimento della facoltà di disporre. Egli, cioè, ritiene che il consenso in assenza di trascrizione trasferisca solo una *proprietà parziale*, e ciò motiva sottolineando come, tra l'altro, l'acquirente, prima della pubblicità, sia esposto agli atti di esecuzione dei creditori dell'alienante (cfr. art. 2914 c.c.) e sia parimenti esposto al fallimento di questo. Con la conseguenza, quindi, che solo la trascrizione renda la proprietà del compratore opponibile a tutti.

<sup>384</sup> Cfr. MONATERI, *La sineddoche*, cit., p. <>, che tuttavia, pur rilevando la possibilità per l'acquirente "consensuale" prima della trascrizione di esercitare le azioni reali a tutela del suo diritto, giunge alla conclusione che solo la trascrizione determinerebbe il trasferimento della facoltà di disporre. Egli, cioè, ritiene che il consenso in assenza di trascrizione trasferisca solo una *proprietà parziale*, e ciò motivo sottolineando come, tra l'altro, l'acquirente, prima della pubblicità, sia esposto agli atti di esecuzione dei creditori dell'alienante (cfr. art. 2914 c.c.) e sia parimenti esposto al fallimento di questo. Con la conseguenza, quindi, che solo la trascrizione renda la proprietà del compratore opponibile a tutti.

<sup>385</sup> Cfr. RUSSO, *Vendita e consenso traslativo*, cit., p. 263

acquistati nella loro pienezza e ricevere piena tutela da parte dell'ordinamento. Né il ragionamento che stiamo cercando di portare avanti è destinato a venir meno ove si consideri che la costituzione di un diritto reale limitato possa venire trascritta anche anteriormente alla trascrizione (prioritaria sull'acquisto del primo acquirente) dell'acquisto del secondo acquirente.

Ancora, al primo acquirente non deve considerarsi preclusa neppure la possibilità di trasferire integralmente, con atto valido ed efficace, il diritto acquistato a un soggetto terzo, che dovrà essere conseguente considerato pieno proprietario di quanto acquistato, con considerazioni analoghe a quelle sopra svolte per il caso della costituzione di diritti reali limitati. Anche qui, quindi, l'eventuale prioritaria trascrizione dell'acquisto dal primo acquirente, nulla potrà ove, prima della trascrizione dell'acquisto del secondo acquirente, non si sia provveduto a trascrivere anche l'acquisto del primo acquirente.

In tal caso non vi è, difatti, il rischio che la trascrizione dell'acquisto dal primo acquirente possa venire opposta al secondo acquirente, trovando sul punto applicazione l'art. 2650 c.c.. E' nota, infatti, sul punto, la disposizione di cui all'art. 2650 c.c. relativa al principio di continuità della trascrizione. Il primo comma dispone che "nei casi in cui, per le disposizioni precedenti, un atto di acquisto è soggetto a trascrizione, le successive trascrizioni o iscrizioni a carico dell'acquirente non producono effetto, se non è stato trascritto l'atto anteriore di acquisto".

Un'opinione, autorevole, ma forse minoritaria, ritiene che il principio di continuità evocato dall'art. 2650 c.c. non troverebbe applicazione in caso di conflitto tra più aventi causa del medesimo autore immediato: a prescindere dalla trascrizione dell'acquisto a favore del dante causa, sarebbe comunque destinato a prevalere il primo trascrivente<sup>386</sup>. Il principio, tuttavia, non merita di essere condiviso, posto che l'art. 2650 palesa chiaramente l'esigenza di continuità delle

---

<sup>386</sup> MAIORCA, *Della trascrizione*, cit., p. 223.

trascrizioni, sanzionandone la mancanza con l'inefficacia (temporanea<sup>387</sup>) delle successive formalità<sup>388</sup>.

L'art. 2650 c.c. continua con una disposizione di particolare rilievo anche ai nostri fini, disponendo che “quando l'atto anteriore di acquisto è stato trascritto, le successive trascrizioni o iscrizioni producono effetto secondo il loro ordine rispettivo, salvo il disposto dell'art. 2644 c.c.”. Il secondo comma appena citato pone quindi una duplice regola: in primo luogo, una volta che si è provveduto alla trascrizione mancante (quella a favore di un dante causa), le successive trascrizioni, originariamente private di efficacia, producono il loro effetto tipico automaticamente, senza cioè, che sia necessario provvedere ad una nuova pubblicità. In secondo luogo, e questo è l'aspetto importante, una volta compiuta la trascrizione mancante, eventuali conflitti tra più aventi causa dello stesso autore andranno risolti sulla base della regola dell'art. 2644 c.c.<sup>389</sup>

Ne consegue che la costituzione di diritti reali limitati effettuata dal primo avente causa (successivamente soccombente sul piano pubblicitario), ancorché trascritta anteriormente alla trascrizione della seconda alienazione dal comune dante causa remoto, è comunque destinata ad esser travolta dall'inefficacia successiva conseguente alla prioritaria trascrizione. Anche qui, non è tanto questione di non opponibilità del diritto reale limitato al secondo acquirente, quanto, piuttosto, di sopravvenuta inesistenza del medesimo diritto, travolto anch'esso dal medesimo fenomeno di sopravvenuta inefficacia inficiante il diritto del pieno proprietario primo acquirente.

---

<sup>387</sup> TRIOLA, *Della tutela dei diritto. La trascrizione*, cit., p. 23; *contra* GENTILE, *La trascrizione*, cit., p. 430 che afferma che, quando l'art. 2650 c.c. prescrive che le successive trascrizioni non producono effetto fino a quando non sia stata completata la sequenza delle segnalazioni, queste trascrizioni non produrrebbero effetto alcuno).

<sup>388</sup> TRIOLA, *Della tutela dei diritto. La trascrizione*, cit., p. 23; GENTILE, *La trascrizione*, cit., p. 430.

<sup>389</sup> TRIOLA, *ult. op. cit.*, p. 24 il quale, quanto all'individuazione del limite temporale di rilevanza del principio di continuità, propone di ritenere che l'art. 2650 c.c. non si applichi a ritroso all'infinito (o come ritengono ZACCARIA – TROIANO, *ult. op. cit.*, p. <> a far data dell'entrata in vigore del codice del 1942 che ha introdotto *ex novo* il principio di continuità), ma soltanto in caso di conflitti tra più aventi causa da diversi danti causa, di cui uno o entrambi non abbiano trascritto il loro titolo.

Il venir meno del diritto reale limitato sarà parimenti *ex nunc*. Così, a titolo esemplificativo, l'usufruttuario fino a tale momento avrà diritto di far propri i frutti, siano essi civili o naturali, prodotti dal bene, ed avrà titolo per pretendere quei frutti che, pur maturati anteriormente alla data di sopravvenuta efficacia del diritto, non gli saranno stati ancora corrisposti<sup>390</sup>.

Ci si potrebbe domandare, peraltro, in caso di trasferimento – costituzione del diritto da parte del primo acquirente, se la prioritaria trascrizione del secondo avente causa dal comune autore, incida direttamente sul diritto costituito - trasferito e sulla sua vicenda costitutivo-traslativa dal primo acquirente, determinandone direttamente la sopravvenuta inefficacia, ovvero se essa determini l'inefficacia dell'acquisto del primo acquirente e, solo come conseguenza, in applicazione del principio del *resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis*, vengano meno anche gli ulteriori atti di disposizione posti in essere dal primo acquirente.

Sul punto, tuttavia, può osservarsi come la scelta dell'una o dell'altra ricostruzione non presenti apprezzabili elementi di differenziazione nella disciplina, con la conseguenza che la distinzione può apparire sterile e priva di rilevanza: nel momento in cui, infatti, il profilo normativo della vicenda non muta, ne consegue che la descrizione del fenomeno non può che essere unica.

Quello che merita evidenziare è che il primo acquirente può legittimamente disporre del suo diritto in modo pieno e che, a seguito della prioritaria trascrizione del secondo acquirente, vengono meno, nei limiti sopra individuati<sup>391</sup>, i diritti reali trasferiti - costituiti dal primo acquirente, nel

---

<sup>390</sup> Salva comunque l'applicazione delle norme sugli effetti del possesso di cui agli artt. 1148 ss.

<sup>391</sup> Il riferimento è alla disciplina recata dall'art. 2650 c.c.. Cfr. Russo, *Vendita e consenso traslativo*, cit. p. 263 che nel criticare l'assunto di MONATERI (*La sineddoche*, Milano, 1984, *passim*) per cui la facoltà di disporre non sarebbe prodotta dallo scambio del consenso traslativo, osserva che “in base al contratto il compratore può validamente ed efficacemente alienare [...], tant'è vero che il compratore può a sua volta trasferire ad altri, venendo ad assumere la stessa posizione del venditore. Il contratto dà vita ad una serie, potenzialmente ininterrotta, di acquisti derivativi, tutti non definitivi e caducabili, ma non per questo meno validi nella loro peculiare portata”.

senso del venir meno dello schema di qualificazione normativa della situazione evocata dal diritto stesso.

In altre parole, la previa trascrizione dell'acquisto successivo determina l'inapplicabilità dello statuto normativo corrispondente alla proprietà (o, naturalmente, all'altro diritto acquisito) al primo avente causa, e l'applicazione del medesimo statuto (nei limiti che a breve verranno individuati nel senso per cui la derivatività va considerata nei confronti del comune dante causa e non del primo acquirente) al secondo acquirente.

Il primo acquirente, ancorché non abbia trascritto il suo acquisto, deve essere considerato proprietario anche sotto il diverso profilo delle posizioni c.d. passive che gravano sul proprietario. Così, a titolo esemplificativo, sarà egli a rispondere *ex art. 2051 c.c.*, in caso di danni derivanti dal bene acquistato, ovvero a rispondere delle eventuali e diverse obbligazioni relative al condominio; e parimenti sarà questi a dover rispondere, quale soggetto passivo, delle imposte e delle tasse variamente collegate con la titolarità del bene acquistato.

#### **4.2.2. In particolare la concessione di diritti personali di godimento**

Maggiormente complessa è la situazione che si verifica ove il primo acquirente, successivamente all'acquisto consensuale del diritto dal comune autore, ed anteriormente alla (prioritaria) trascrizione del secondo acquirente, provveda a concedere in locazione il bene acquistato<sup>392</sup>. La normativa in materia di locazione, quale contratto consensuale di natura obbligatoria<sup>393</sup> improntata a una

---

<sup>392</sup> Si è già detto sopra (cap. 2.6.) circa la successione nel contratto di locazione stipulato dal comune dante causa ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 1599 e 1602 c.c..

<sup>393</sup> Non è concorde la dottrina circa la qualificazione della posizione del conduttore, se cioè egli sia titolare di una mera pretesa di credito o se, invece, il peculiare statuto normativo previsto non debba piuttosto consentire di assimilare la sua posizione a quella del titolare di un diritto reale. Colorano la locazione di realtà le opinioni più risalenti, facenti leva sul principio dell'*emptio non tollit locatum*: SAREDO, *Il diritto conferito al conduttore*, 1869, p. 445; LUPARIA, *Ancora sul diritto reale del conduttore secondo il codice civile*, 1882, II, p. 606; VILLA, *Sulla natura del diritto del conduttore secondo il codice civile*,

peculiare tutela del conduttore, sembra poter confliggere, infatti, con la disciplina recata dall'art. 2644 c.c..

La prima norma che potrebbe assumere rilevanza nel caso di specie è quella dettata dall'art. 1599 c.c., tradizionalmente evocato con la formula *emptio non tollit locatum*, per il quale il contratto di locazione è opponibile al terzo acquirente ove abbia data certa anteriore all'alienazione della cosa<sup>394</sup>. La norma è sicuramente applicabile ove si tratti di locazione stipulata dal comune dante causa: sia il primo sia il secondo avente causa acquistano a titolo derivativo dal comune dante causa e perciò stesso la disposizione è loro applicabile<sup>395</sup>.

---

1888, II, p. 499, GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, Torino, 1891 – 1899, III, p. 17 s.; l'entrata in vigore del codice civile del 1942 spinge la dottrina verso la configurazione della mera obbligatorietà del rapporto di locazione, basta sulla considerazione per cui il locatore è tenuto *quotidie et singulis momentis* a prestare il godimento al conduttore mediante un obbligo positivo di fare e di dare ovvero di *pati*; sul punto cfr. POLACCO, *Appunti sulle locazioni*, cit. p. 418; MANDRIOLI, *Locazione*, cit., p. 270, Torrente, *Manuale*, Milano 1961, p. 466; MENGONI, *Conflitto tra locatori e possessori positivi*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1948, p. 700; BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, I, p. 87; CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Studi di dir. Civ.*, Roma, 1916, p. 243. In epoca più recente, le nuove prospettazioni in materia di diritto soggettivo e la rilevata distinta posizione dei diritti personali di godimento nei confronti di quelli reali e di credito, hanno offerto lo spunto per riproporre la realtà del diritto del conduttore; in questo senso cfr. Barbero, *Il diritto soggettivo*, in *foro it.*, 1939, IV, 38; GIORGIANNI, *Contributo*, cit., p. 109 ss., 135 ss., 175 ss.; LAZZARA, *Il contratto di locazione*, cit., *passim*; Comperti, *Contributo allo studio del diritto reali*, Milano, 1977, p. 288. Ciononostante, allo stato, sembrerebbe ancora prevalere la configurazione della posizione del conduttore come avente carattere obbligatorio e non reale: cfr.: Mirabelli, *La locazione*, cit., pp. 43 ss.; TRIFONE, *La locazione: disposizioni generali e locazioni di fondi urbani*, in *Trattato di diritto privato*, diretto a Rescigno, IV, 12, II, Torino, 2007, p. 17.

Non è questa la sede per dilungarsi sul problema della qualificazione del contratto di locazione e delle posizioni che esso determina, questione che, in alcuni casi, appare viziata dall'anteposizione dei concetti alle norme. Quello che preme qui rilevare ai nostri fini è, da un lato che per la locazione non è prevista la trascrizione (salvo che si tratti di locazioni ultrannovennali), e, dall'altro, che essa si caratterizza per un peculiare regime di "opponibilità" all'avente causa (o al dante causa, cfr. art. 1606 c.c.) che la connota e la distingue da altre posizioni di mero credito.

<sup>394</sup> Sul punto cfr. GABRIELLI, PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*<sup>2</sup>, Padova, 2001, p. 146 ss., i quali (*ult. op. cit.*, p. 152 ss.) espressamente escludono l'applicabilità della norma in caso di acquisti a titolo originario.

<sup>395</sup> Viceversa essa non può trovare applicazione in caso di acquisto a titolo originario: in tal caso, come visto, lo statuto normativo del

Essa, tuttavia, non pare assumere rilevanza in caso di sopravvenuta inefficacia del primo acquisto, nel senso di ammettere “l’opponibilità” della locazione al secondo acquirente primo trascrivente, posto che “l’opponibilità” della locazione al nuovo titolare del diritto *ex art. 1599 c.c.* presuppone l’identità della persona del locatore e dell’alienante<sup>396</sup>. Si è visto, tuttavia, come il secondo acquirente, pur *a non domino*, debba essere ritenuto, cionondimeno, avente causa derivativo, ma dal comune dante causa e non, invece, dal primo acquirente<sup>397</sup>. Deve quindi confermarsi l’inapplicabilità della norma al caso di specie.

L’attenzione deve, invece, spostarsi ad altro riferimento normativo che pare meglio fare al caso di specie: l’art. 1606 c.c. per cui, nei casi in cui il diritto del locatore sulla cosa locata si estingua con effetto retroattivo, le locazioni da lui concluse aventi data certa sono mantenute, purché siano state fatte senza frode e non eccedano il triennio<sup>398</sup>.

Si tratta a questo punto di capire brevemente la *ratio* della richiamata disposizione, posto che essa si riferisce ad ipotesi che, a differenza della nostra, sono caratterizzate dalla *retroattiva* inefficacia del titolo del locatore. L’art. 1606 c.c. si riferisce, infatti, alle conseguenze che sulla locazione derivano dall’estinzione retroattiva del diritto del locatore sulla cosa, in quelle ipotesi in cui, dopo la costituzione del rapporto, intervenga un determinato fatto

---

diritto acquisito non dipende nella sua conformazione del quello del precedente proprietario del bene. Sul punto cfr. Cass. 20 febbraio 2001, n. 2464, in *Rassegna delle locazioni e del condominio*, 2001, p. 49;

<sup>396</sup> Cfr. TRIFONE, *La locazione*, cit. p. 108, che esclude, per questo motivo, che la norma trovi applicazione nell’ambito delle locazioni *a non domino*, con la conseguenza che come non può il conduttore rendere opponibile la locazione all’acquirente del bene dal proprietario non locatore, così a quest’ultimo non compete alcun diritto sulla base del rapporto obbligatorio, cui continua a rimanere estraneo.

<sup>397</sup> Ritiene, invece, che il secondo acquirente debba essere considerato avente causa del primo CORRADO, *La pubblicità*, p. 381 secondo cui il trapasso avviene tra i due aventi causa “senza che il diritto si soffermi nemmeno per un attimo nel patrimonio dell’alienante”. Cfr. inoltre MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, cit., p.13, per il quale, a ritenere l’acquisto del secondo acquirente un acquisto *a non domino*, l’unica conclusione ammissibile, salvo ricostruire l’acquisto come originario, sarebbe quella di ritenere, appunto, il secondo acquirente avente causa del primo.

<sup>398</sup> Cfr. sul punto GABRIELLI, PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*<sup>2</sup>, cit., p. 191 ss.

giuridico che faccia venir meno il potere di disposizione sulla cosa, con riferimento ad una data anteriore a quella del contratto di locazione, e detto potere riconosca ad un soggetto diverso<sup>399</sup>.

Sebbene la norma si riferisca testualmente al *retroattivo* venir meno dell'acquisto, e quindi alla situazione in cui, quantunque *ex post*, chi ha stipulato il contratto di locazione, non ne aveva la facoltà, a *fortiori* essa può essere ritenuta applicabile al caso in cui il titolo del concedente venga meno *ex nunc*.

La *ratio* della norma risiede, infatti, nella tutela della posizione del conduttore e questa esigenza di certo non viene ove il titolo del locatore venga meno *ex nunc*. Anzi, vi sarebbe in tal caso una minor deviazione dalla regola generale per cui è solo chi ha la disponibilità del bene che può concederlo in locazione, posto che al momento della stipulazione del contratto il primo acquirente aveva effettivamente la possibilità di legittimamente stipulare il contratto<sup>400</sup>.

---

<sup>399</sup> TRIFONE, *ult. op. cit.*, p. 116; TABET, *Locazione (in generale)*, cit., p. 1036 che riferisce, quali casi esemplificativi, quello della risoluzione della compravendita della cosa per inadempimento o per il verificarsi di una condizione risolutiva. In ordine alla disciplina dell'opponibilità nei casi di estinzione non retroattiva del diritto del locatore sulla cosa locata cfr. GABRIELLI, PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*<sup>2</sup>, cit., p. 198 ss., i quali rilevano come il legislatore non abbia a riguardo dettato norme generali preferendo procedere con norme particolari. Il riferimento viene fatto a quelle disposizioni di legge che regolano la sorte della locazione in caso di cessazione *ex nunc* del diritto reale limitato (ad esempio l'usufrutto) del locatore del bene. A tale riguardo questi autori non applicano, quindi, in modo analogico l'art. 1606 c.c., ma ipotizzando di applicare per via analogica l'art. 999 c.c. in materia di usufrutto. Tale disposizione prevede che in caso di estinzione dell'usufrutto per causa diversa dalla scadenza del termine, la locazione sia opponibile al nudo proprietario (ridivenuto pieno), per tutta la durata convenuta dall'usufruttuario con il conduttore, entro il limite massimo di cinque anni dall'estinzione dell'usufrutto; questo naturalmente senza voler considerare le problematiche di coordinamento di queste norme con quelle dettate dalla legislazione speciale in materia di locazione.

Al di là dei differenti limiti temporali di opponibilità del diritto del conduttore (tre o cinque anni) e del mutamento dei presupposti per l'applicabilità del relativo regime, questione di sicura rilevanza pratica ma non determinante ai fini del presente lavoro, preme rilevare che in ogni caso la locazione, pur in caso di inefficacia sopravvenuta non retroattiva

<sup>400</sup> Cfr. TABET, *La locazione*, in *Trattato Cicu Messineo*, 180 che precisa come per assumere la qualità di locatore non sia necessaria la proprietà della cosa locata, essendo piuttosto sufficiente averne la disponibilità.

Tornando al caso che interessa il presente studio, rilevata l'applicabilità della norma anche al caso della risoluzione *non retroattiva* del titolo del concedente, sembra doversi concludere per l'applicabilità anche al caso di specie del principio evocato dall'art. 1606 c.c., in assenza di una norma che consenta di derogarvi. Conseguentemente, in caso di sopravvenuta inefficacia del titolo del primo acquirente, la locazione da questi stipulata sarà opponibile al secondo avente causa destinato a prevalere per la prioritaria trascrizione, sussistendo nel caso di specie la medesima *ratio* che connota la fattispecie letteralmente disciplinata dall'art. 1606 c.c. stesso.

Naturalmente l'opponibilità della locazione sarà strettamente limitata al ricorrere dei requisiti indicati dalla disposizione normativa ed alla durata da essa evocata.

Entro questi limiti sarà opponibile la locazione ultranovennale stipulata dal primo acquirente dopo l'acquisto ma non trascritta, ovvero trascritta, considerando anche il disposto dell'art. 2650 c.c., successivamente alla trascrizione del secondo acquisto.

Questo, tuttavia, non significa che il secondo acquirente è avente causa del primo acquirente, né che il fenomeno vada ricondotto nell'ambito della disciplina dettata per la condizione risolutiva. Si tratta semplicemente di una norma di carattere eccezionale volta a tutelare l'interesse del conduttore meritevole di particolare tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 1606 c.c. e quindi, sia con riferimento al contratto di locazione privo di data certa ovvero carente del requisito dell'assenza di frode, sia con riferimento ad altri diritti personali o posizioni di credito aventi comunque come presupposto la proprietà del bene da parte del concedente, più che di inefficacia successiva del relativo contratto (si pensi al contratto di comodato), dovrà piuttosto optarsi comunque per la validità ed efficacia dei medesimi. Si tratterà pur sempre, cioè di contratti che, ancorchè non opponibili al secondo acquirente, sono perfettamente idonei a vincolare gli originari contraenti. Semmai l'impossibilità per il concedente di consentire alla controparte il godimento della cosa, ormai sottratta *ex nunc*

alla sua disponibilità, determinerà da parte di questi gli estremi dell'inadempimento contrattuale, con le relative conseguenze<sup>401</sup>.

#### 4.2.3 Conferma della “opponibilità” del primo acquisto

La situazione testè descritta aiuta a meglio comprendere la pienezza del diritto acquistato dal primo acquirente, fornita di tutela piena da parte dell'ordinamento giuridico, e consente di confermare la lontananza del descritto fenomeno da quello della condizione risolutiva a favore, invece, di una riconducibilità dello stesso nell'alveo dei fenomeni di sopravvenuta inefficacia del titolo<sup>402</sup>.

Non vi è, infatti, in caso di acquisto di diritto immobiliare non trascritto, alcuna norma dell'ordinamento che sia sintomo di uno stato di pendenza; non vi è, più precisamente, alcuna norma dell'ordinamento che possa essere ricondotta, differentemente da quanto avviene in presenza di una condizione risolutiva volontaria, alla tutela dell'aspettativa del comune dante causa che *non* è un alienante sotto condizione risolutiva.

Così, come *supra* anticipato, veruna norma vi è che consenta all'autore di compiere atti conservativi sul bene alienato. Ma a ben vedere, a monte, non vi è alcuna disposizione che gli consenta di disporre del diritto subordinatamente al verificarsi della condizione risolutiva.

---

<sup>401</sup> Cfr. GABRIELLI, PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*<sup>2</sup>, cit., p. 76 ss. che rilevano come chiunque possa assumere obbligazione e, conseguentemente, anche chi non abbia diritto sulla cosa oggetto del contratto possa validamente assumere l'obbligazione del locatore (cfr. CASS., 1° dicembre 1994, n. 9491 in *Rep. foro it.*, 1994, voce “Locazione”, n. 133 s.). Tali autori (*ult. op. cit.*, p. 80 ss.) nell'individuare i rimedi che competano in caso di locazione *a non domino* al conduttore, dopo aver escluso l'applicabilità analogica dell'art. 1479 c.c., propendono per il ricorso all'impugnativa per vizi del consenso e, in particolare, per dolo o errore,

V. però TRIOLA, *Della tutela dei diritti – la trascrizione*, in *Trattato BESSONE*, Torino, 2004, p. 2 ss. ed in particolare 13, per il quale i contratti di locazione ultranovennali e gli atti di liberazione di fitti o di pigioni per un periodo superiore a tre anni, ove non trascritti, non vengono travolti dalla trascrizione dell'atto di acquisto, ma subiscono una limitazione in ordine all'ambito temporale di operatività.

<sup>402</sup> Cfr. SCALISI, voce “*Inefficacia*”, cit., p. <>, quanto alla costruzione dell'inefficacia successiva, ed alle acute osservazioni di AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. <>, in ordine alle differenze tra quel fenomeno e quello che si verifica in presenza di una condizione negoziale risolutiva. Sul punto cfr. *supra* cap. 2. <>

Né questa a facoltà di disposizione può essere ricondotta la circostanza che in presenza di certi fatti (*id est* la prioritaria trascrizione), l'ordinamento riconosca l'acquisto del diritto al secondo acquirente a scapito del primo. A tacer d'altro, basti considerare come l'efficacia del successivo atto di disposizione incompatibile, non consegue, come, invece, per la dottrina tradizionale, alla risoluzione del primo acquisto; essa consegue, invece, alla prioritaria trascrizione del detto acquisto e quindi ad un evento che è esso causa e non conseguenza della risoluzione del primo acquisto. Del resto se l'ordinamento fornisse tutela alla posizione del comune dante causa, non si spiegherebbe perché all'un tempo, il suo comportamento sia elevato a condotta integrante un illecito, a prescindere dal fatto che lo si voglia ritenere contrattuale o extracontrattuale. Né si comprende come il secondo acquirente, prima della trascrizione, possa esercitare i rimedi previsto dall'ordinamento in caso di vendita di cosa altrui.

#### 4.3 LA DUPLICE FUNZIONE DELLA TRASCRIZIONE NELLA RICOSTRUZIONE PROPOSTA.

Alla luce delle considerazioni svolte può confermarsi l'assunto, già da più parti evidenziato<sup>403</sup>, per cui la trascrizione effettuata ai fini di cui all'art. 2644 c.c. svolgerebbe una duplice funzione a seconda che essa intervenga a render prioritariamente pubblico l'acquisto cronologicamente anteriore, ovvero quello successivo.

Nel primo caso la trascrizione interviene a rendere pubblico un acquisto che si è già pienamente verificato sul piano del riconoscimento normativo degli effetti in virtù del consenso traslativo, senza nulla aggiungere al diritto acquistato dal primo acquirente che, già prima della trascrizione, si manifesta in tutta la sua pienezza. In questo

---

<sup>403</sup> Circa l'asimmetria della trascrizione cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 461; NATOLI, *Della tutela dei diritti. Trascrizione*, cit., p. 13; FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., p. 141, che pur riconosce carattere costitutivo alla trascrizione anche allorquando essa si riferisca al primo acquisto: in tal caso, infatti, come visto, la trascrizione attribuisce al diritto la piena opponibilità che esso prima non aveva.

caso, la pubblicità non incide minimamente sul profilo effettuale della vicenda acquisitiva: essa si limita a precludere la possibilità che quella vicenda, già perfetta, si risolva per effetto di prioritaria trascrizione di altro acquisto. In questo quindi può confermarsi la tradizionale qualificazione della trascrizione del primo acquisto come dichiarativa, ove con ciò si intenda evidenziare l'irrilevanza della medesima ai fini del riconoscimento del diritto acquisito in capo al primo avente causa.

Diversa è la funzione svolta dalla trascrizione che rende prioritariamente pubblico l'acquisto cronologicamente successivo. In questo caso, la pubblicità non incide su di una vicenda traslativa completa ma si inserisce essa stessa nell'ambito del procedimento traslativo; ci si trova in presenza, più precisamente di un fatto costitutivo del diritto, che si inserisce nella complessa fattispecie di trasferimento determinando essa stessa, quale componente essenziale, unitamente ad altri, il riconoscimento del diritto in capo all'avente causa<sup>404</sup>.

Non può, in tal caso, negarsi alla trascrizione funzione costitutiva in quanto senza e prima di essa l'ordinamento non riconosce la titolarità di diritto reale alcuno in capo al secondo avente causa.

Se può essere condiviso l'assunto per cui l'effetto unitario realizzato dalla pubblicità sia quello della conoscibilità legale di un atto<sup>405</sup>, non è men vero che ove si muti l'angolo di prospettiva la trascrizione, come fatto giuridico, può essere apprezzata quale elemento che in relazione alle singole fattispecie nell'ambito della quali si

---

<sup>404</sup> Questa situazione solo descrittivamente può essere affiancata al sistema tavolare in particolare sovrapponendo la trascrizione del secondo acquisto al *modus*. Da un lato, pur in un sistema causale come il tavolare nostro e, diversamente da quanto avviene in Germania, diversa è l'incidenza del titolo nell'ambito del procedimento traslativo; la trascrizione di un titolo nullo non assume rilevanza; l'intavolazione di un titolo nullo deve invece essere cancellata entro certi limiti temporali. Dall'altra, e soprattutto, diversa è la posizione del secondo acquirente prima della trascrizione rispetto a quella dell'acquirente prima dell'intavolazione. Solo il primo, infatti, è acquirente di cosa altrui e perciò stesso può chiedere la risoluzione del contratto, possibilità che non spetta all'acquirente tavolare che dispone unicamente del diritto a ottenere l'intavolazione del titolo.

<sup>405</sup> PUGLIATTI, *ult. op. cit.*, p. 92 s.

inserisce si connota diversamente concorrendo in misura più o meno marcata alla produzione di effetti<sup>406</sup>.

Il sistema, quindi, appare caratterizzato da un'asimmetria funzionale, variando la rilevanza della trascrizione nel procedimento acquisitivo dei diritti reali immobiliari, a seconda della fattispecie sostanziale sottostante.

Quanto detto evita che l'istituto della trascrizione possa venire utilizzato al fine di "scardinare" la portata del principio traslativo nel nostro ordinamento. La trascrizione effettuata ai fini dell'art. 2644 c.c., quale strumento di risoluzione dei conflitti (potenziali) tra più aventi causa del medesimo autore, per come da noi costruita, non si contrappone al principio evocato dall'art. 1376 c.c. ma lo presuppone. Se, infatti, il consenso delle parti non fosse idoneo a determinare l'acquisto del diritto in capo al primo avente causa l'art. 2644 c.c. non avrebbe ragion d'essere: non sarebbe ravvisabile alcun conflitto posto che il solo consenso non sarebbe sufficiente a modificare la valutazione normativa della fattispecie. Del resto a sostegno di quanto sostenuto muove la stessa lettera dell'art. 2644 c.c. nella parte in cui fa riferimento ad un acquisto che risalga a data anteriore.

#### 4.4 IL RAPPORTO TRA L'ACQUISTO DEL SECONDO ACQUIRENTE PRIMO TRASCRIVENTE E IL FENOMENO DELL'USUCAPIONE ABBREVIATA: AUTONOMIA DEI DUE ISTITUTI

La ricostruzione proposta impone di considerare con maggiore attenzione il rapporto tra gli artt. 2644 e 1159 c.c. (in materia di usucapione abbreviata immobiliare) al fine di escludere una completa sovrapposibilità tra le due fattispecie.

L'art. 1159 c.c. disciplina, infatti, la c.d. usucapione (immobiliare) abbreviata e comporta il riconoscimento normativo della proprietà in capo a chi acquista da chi non era proprietario al ricorrere dei presupposti indicati dalla

---

<sup>406</sup> Cfr. PUGLIATTI, *ult. op. loc. cit.*

norma, tra cui, preme in questa sede considerare, la trascrizione dell'atto di acquisto<sup>407</sup>.

Ora, sul piano descrittivo, è facile notare come la fattispecie sopra delineata non sembri, apparentemente, divergere da quella descritta dall'art. 2644 c.c. ove si consideri la posizione del secondo acquirente primo trascrivente. Anche in quest'ultimo caso, infatti, ci si trova in presenza di un acquisto *a non domino*, cionondimeno attributivo della proprietà in capo all'avente causa e questo in virtù della trascrizione elevata (in ciò potendosi scorgere l'analogia con l'usucapione abbreviata) ad elemento costitutivo della fattispecie acquisitiva<sup>408</sup>. In altre parole in entrambi i casi la formalità pubblicitaria è considerata dall'ordinamento quale fatto necessario ma, si badi, non sufficiente, per il prodursi della vicenda traslativa proveniente *a non domino*.

Si tratterebbe di comprendere, quindi, per quale motivo chi contraiga con l'*ex dominus* acquisti (nell'ambito del procedimento codificato dall'art. 2644 c.c.) al momento della prioritaria trascrizione ed a prescindere da ogni considerazione circa lo stato soggettivo dell'acquirente e l'acquisizione del possesso, mentre chi contraiga con chi mai

---

<sup>407</sup> Sull'usucapione abbreviata non può che rinviarsi alla letteratura specifica; sul punto può farsi riferimento a MONETL SERTORIO, voce "Usucapione", cit. p. 306 ss.; GENTILE, *Il possesso*, in *Giur. Sist. Dir. civ. comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1977, p. 410 ss.; DE MARTINO, *Del possesso*, cit. p. 7 ss.; MOCCIA, *La sicurezza degli acquisti immobiliari: figure di "usucapione" e sistemi di pubblicità immobiliare nella prospettiva del "diritto privato europeo"*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1992, p. 129 ss.; RUPERTO, voce "Usucapione", cit., p. 1018 ss. il quale rileva come gli elementi aggiuntivi rispetto a quelli richiesti per l'usucapione ordinaria, previsti nell'ambito dell'usucapione abbreviata sarebbero elementi di contorno della fattispecie, che qualificano ulteriormente il possesso, al quale soltanto l'ordinamento ricollega pur sempre l'effetto acquisitivo concretizzante la legittimazione dello stato di fatto, il cui processo tali elementi si limitano ad accelerare. Elementi costitutivi, al pari del possesso, li considera invece BARBERA, *Titolo e buona fede nell'usucapione abbreviata*, in *Giust. civ.*, 1959, I, 1082; conf. MANDRIOLI, *Usucapione, prescrizione decennale acquisitiva e buona fede*, in *Giur. it.*, 1937, I, 1, 674. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu - Messineo, , XIX, I, t. 1, 1957, p. 455, li chiama "accessori".

<sup>408</sup> Cfr. però RUPERTO, *ult. op. loc. cit.*, per il quale, come visto nella nota *supra*, la trascrizione sarebbe pur sempre un elemento di contorno della fattispecie, che qualificerebbe ulteriormente il possesso, al quale soltanto l'ordinamento ricollega l'effetto acquisitivo.

è stato *dominus* acquisti unicamente decorsi dieci anni dalla trascrizione e purché consti la sua buona fede (presunta).

Secondo una prima ipotesi ricostruttiva la differenza tra le due discipline e con essa la *ratio* di tale distinzione, andrebbe ricercata nel diverso peso che l'apparenza assumerebbe nell'una e nell'altra ipotesi. In particolare la differenza starebbe in ciò: che l'usucapione abbreviata prescinderebbe, per il suo operare, da qualsiasi preventiva formalità a favore del dante causa; diversamente, l'acquisto *ex art. 2644 c.c.* presupporrebbe, per poter operare nei termini descritti dalla norma, che al momento dell'acquisto dal comune dante causa e, quindi, anteriormente alla sua trascrizione, constasse la trascrizione dell'acquisto del diritto di cui si dispone a favore del dante causa stesso, come sembrerebbe richiedere la lettera dell'art. 2650 c.c.<sup>409</sup>.

In altre parole l'art. 2644 c.c. sarebbe destinato ad operare solo in presenza dell'apparenza della titolarità del dante causa, rappresentata dalla (previa) trascrizione a suo favore, con la conseguenza che la *ratio* della differenziazione andrebbe ricercata nell'apparenza che caratterizzerebbe solo l'acquisto *ex art. 2644 c.c.* e non quello *ex art. 1159 c.c.*<sup>410</sup>.

Si è, tuttavia, già visto come il sistema delineato dall'art. 2644 c.c. non si fondi sull'apparenza, e ciò può essere rilevato, in primo luogo, sulla base della evidente considerazione per cui la buona fede dell'acquirente è irrilevante nel sistema di acquisto *ex art. 2644 c.c.*, con la

---

<sup>409</sup> NATOLI, *ult. op. loc. cit.*, il quale giustifica quindi questa divergenza sulla base della considerazione che nel primo caso e non nel secondo il dante causa appare *dominus* dai pubblici registri. Rileva MENGONI, *ult. op. loc. cit.*, come se così fosse, dovrebbe all'uopo ritenersi sufficiente la sola apparenza, non vedendosi per quale ragione richiedere anche la trascrizione.

<sup>410</sup> NATOLI, *Doppia alienazione*, cit., p. 1192 s., che osserva come la funzione della trascrizione sarebbe pur sempre quella di escludere (sebbene *ex lege*), la buona fede del terzo, con la conseguenza che, in assenza di trascrizione, il secondo acquirente viene considerato ignorare la precedente alienazione. La mancanza di potere dispositivo del dante causa sarebbe allora superata dalla "situazione di apparenza di regolarità, sulla quale poggia la presunzione legale di buona fede del terzo, che è considerata decisiva per tutelare il relativo interesse di questi, a scapito del primo acquirente". Ne discenderebbe l'attribuzione dell'effetto acquisitivo non già dall'atto di per sé inidoneo a provocare tale effetto in quanto *a non domino*, bensì dall'apparenza.

conseguenza di escludere il ricorso ad artificiose presunzioni *iuris et de iure*<sup>411</sup>.

In secondo luogo, ad escludere la rilevanza dell'apparenza nel caso di specie soccorrerebbe la lettera dell'art. 2650 c.c.. Infatti, diversamente opinando, si dovrebbe negare ogni efficacia prenotativa alla trascrizione del secondo acquirente che trascriva per primo, ove manchi la trascrizione dell'acquisto a favore del suo dante causa, in contrasto, appunto con l'art. 2650 c.c.<sup>412</sup>. Del resto, sebbene, la fattispecie si atteggi variamente sul piano risarcitorio, non è seriamente posto in dubbio che il secondo acquirente primo trascrivente sia destinato a prevalere sul primo acquisto anche quando fosse stato, al momento dell'acquisto, a conoscenza della precedente alienazione incompatibile del proprio dante causa<sup>413</sup>.

---

<sup>411</sup> Cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit. 45 ss., 515; MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, cit., p. 10 ss., p. 13 e FALZEA, voce "Apparenza", cit., p. <> per il quale non è il principio dell'apparenza ad operare, bensì quello del formalismo giuridico che opera sulla base della trascrizione del titolo dell'acquirente, in quanto non contraddetta da trascrizioni anteriori a carico del medesimo autore e perciò si manifesta esclusivamente nei rapporti con altri eventuali acquirenti del medesimo autore; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 227; CARIOTA - FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 609 s.; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 29 s.; TRIOLA, *della tutela dei diritti. La trascrizione*, cit., p. 13 ss.; FERRI - ZANELLI, *ult. op. cit.*, p. 51; s.; CASS., 18 agosto 1956, n. 3123, in *Giust. civ.*, 1957, I, c. 507; CASS., 8 agosto 1964, 2280, in <>; CASS., 13 gennaio 1995, n. 383, in *Riv. not.*, 1995, p. 1564, in <>. La rilevanza della buona fede andrebbe peraltro esclusa anche con riferimento alle fattispecie disciplinate dall'art. 2652 c.c. in cui la buona fede viene richiesta in quanto essa non consiste nell'ignoranza del precedente atto, ma nell'ignoranza del vizio che lo colpisce (MESSINETTI, *Trascrizione delle domande giudiziali ed accertamento incidentale della sottoscrizione della scrittura privata. Appunti sull'art. 2652 n. 3 c.c. e sul principio di tassatività degli effetti l'art. 2645 c.c.*, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, c. 187; TRIOLA, *ult. op. loc. cit.*).

<sup>412</sup> Così invece NATOLI, *ult. op. cit.*, p. 93 s.; Cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 516, il quale rileva che se l'apparenza fosse il presupposto della fattispecie acquisitiva, o la trascrizione a favore del dante causa è presente al momento della seconda alienazione, ovvero può sopravvenire ma allora l'acquisto del secondo acquirente prenderà efficacia dalla data di quella trascrizione essendo essa, fonte di apparenza, coelemento della fattispecie acquisitiva. In entrambi i casi si derogherebbe all'art. 2650 c.c.

<sup>413</sup> Può essere ormai considerata superata, in quanto priva di fondamento nell'attuale contesto normativo e quadro giuridico, la tesi (TRIB. IVREA, 13 dicembre 1946, in *Foro Pad.*, 1947, I, 192. NOVARA, *La responsabilità del terzo complice nell'inadempimento del contratto*, in *Temi*, 1951, 92) circa la nullità del secondo contratto concluso tra il comune autore che si dimostri consapevole della precedente

Deve invece ribadirsi che non costituisce presupposto della regola dell'art. 2644 c.c. la prioritaria trascrizione a favore del dante causa, la mancanza della quale non preclude al prioritario trascrivente di avvalersi della trascrizione, quanto meno in funzione prenotativa e ciò sia ove il primo trascrivente sia anche primo acquirente sia, anche, ove non lo sia<sup>414</sup>.

In altri termini, sebbene sulla base dell'art. 2650 c.c. la trascrizione contro un soggetto è privata di efficacia in assenza della trascrizione a suo favore, è ben possibile che questo difetto venga – successivamente - sanato consentendo alla trascrizione *ex art.* 2644 c.c. di operare nuovamente. E' infatti destinato a prevalere chi per primo ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 2644 e 2650 c.c. chiuda

---

alienazione, nullità fondata sulla violazione della buona fede oggettiva, ossia contraria al “dovere di correttezza e lealtà che incombe su tutti i consociati ( CASS., 28 maggio 1975, n. 2187, in *Arch. Civ.*, 1975, 1465 ha chiarito invece che il secondo avente causa primo trascrivente che agisce in giudizio contro il primo per far dichiarare la propria prevalenza non mira ad invalidare la prima alienazione, ma solo ad accertare che questa non ha effetti nei suoi confronti, non sussiste, quindi, litisconsorzio necessario con il suo autore; CASS. 21 gennaio 1950, n. 174, in *Giur. it.*, 1950, I, 1, 803 per la quale la malafede del secondo acquirente consistente nella consapevolezza di un precedente trasferimento di diritti incompatibili non ancora trascritto, non vale a corrompere la seconda alienazione posto che non è di fronte alla legge giuridicamente rilevante al fine di stabilire se si debba preferire il primo o il secondo acquirente; Cass. 11 aprile 1991, n. 3815, in *Giur. it.*, 1991, I, 1153 che esclude dal novero delle cause di nullità *ex art.* 1418 c.c. la malafede; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 460 e *ivi*, nt. 1; TRIOLA, *Della tutela dei diritti, la trascrizione*<sup>2</sup>, cit. p. 109. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., p. 179). Vi è chi, peraltro, ravvisa la nullità del negozio mercè il quale l'alienante ed il secondo acquirente intendono esclusivamente spogliare della proprietà il primo acquirente, invalidità fondata sulla contrarietà al buon costume del motivo comune (In questo senso cfr. TATEO, *Trascrizione e buona fede contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1949, 489 che annota la sentenza del TRIB. Foggia 12 giugno 1948 di cui era stato estensore; TRIOLA, *Della tutela dei diritti*, cit., 109 s.; cfr. anche BOSETTI, *Note in tema di duplice alienazione successiva di uno stesso immobile; trascrizione e stati soggettivi*, in A.A.V.V., *il principio della buona fede*, Milano, 1987, 145; SACCO, *Il contratto*, I, cit. 567 ss. che fa riferimento al “contromotivo eticamente rilevante” che dovrebbe indurre il terzo, pena l'invalidità dell'acquisto, a non ledere il diritto assoluto altrui).

<sup>414</sup> Rileva FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit. p. 179 come appaia ipotesi suggestiva ma sprovvista di fondamento *de jure condito*, quella di limitare la valenza prenotativa della trascrizione al solo primo acquirente.

la catena di trascrizioni. In ciò confermandosi l'irrilevanza dell'apparenza<sup>415</sup>.

In caso di doppia alienazione da parte di comune autore e di successiva alienazione da parte di uno degli acquirenti, l'acquirente da quest'ultimo potrà prevalere, in virtù della prioritaria trascrizione compiuta a proprio favore, solo se la trascrizione in favore del suo dante causa sia anteriore rispetto a quella in favore dell'altro avente causa; ancora in caso di concorso tra più trascrizioni contro diversi danti causa a loro volta aventi causa da un comune autore, è destinato a prevalere chi potrà ricollegare la trascrizione in proprio favore alla preventiva trascrizione del proprio dante causa nei confronti del medesimo autore<sup>416</sup>.

Se quanto detto consente di superare la qualificazione della differenza tra art. 1159 c.c. ed art. 2644 c.c. in termini di apparenza, purtuttavia lascia intatto il problema di delimitare gli ambiti delle due fattispecie. Esigenza che si manifesta con ancora maggiore gravità sulla base della considerazione, da noi accolta per cui effettivamente anche in caso di acquisto del secondo acquirente *ex art. 2644 c.c.* ci si troverebbe in presenza di un acquisto *a non domino*.

Nel tentativo di fornire altra soluzione al problema, una volta respintane la qualificazione in termini di apparenza, vi è chi evidenzia come l'art. 2644 c.c. sia destinato a regolare conflitti che si collocano su piani diversi: non solo quindi tra più aventi causa diretti dallo stesso autore, ma anche, a titolo esemplificativo, tra primo avente causa ed un subacquirente del secondo; ovvero fra due subacquirenti; o ancora fra aventi causa più remoti, senza che in ciò vi siano differenze. L'art. 2644 c.c. regolerebbe, quindi, in combinato con l'art. 2650 c.c. conflitti "fra le due o più catene di acquisti complessivamente considerate"<sup>417</sup>.

---

<sup>415</sup> Cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 515 ss.; FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., p. 176 ss.; DEL BENE, *Acquisti mortis causa trascrizione e apparenza*, cit., p. 79 ss.; ZACCARIA – TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, cit., p. 35 ss. spec. p. 40;

<sup>416</sup> ZACCARIA – TROIANO, *ult. op. cit.*, p. 40. Cfr. inoltre FERRI – ZANELLI, *ult. op. cit.*, p. 284 s.. In senso parzialmente diverso GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, II, <>, p. 199 ss. per il quale l'effetto prenotativo cui fa riferimento l'art. 2650 c.c. andrebbe limitato alle sole trascrizioni ed iscrizioni immediatamente successive a quella dell'atto di acquisto compiuta in un secondo momento.

<sup>417</sup> FERRANTE, *ult. op. cit.*, p. 181.

Quello che sarebbe comunque pur sempre richiesto per l'operare della predetta regola sarebbe l'esistenza di un comune autore originario risultante dai registri: con riguardo a questi dovrebbe osservarsi la regola della priorità della trascrizione con conseguente prevalenza della catena il cui primo anello sia protetto dal numero d'ordine pozio<sup>418</sup>.

Quanto detto consentirebbe di scorgere con maggiore nitidezza i confini tra le due figure, posto che l'art. 1159 c.c. sarebbe destinato ad operare solo nei casi in cui si prescindano da qualsiasi comunanza d'autore fra il soggetto che usucapisce e quello che viene privato del diritto usucapito: non sarebbe quindi richiesto che il *non dominus* contro cui si esegue la vittoriosa trascrizione, sia un avente causa dallo stesso autore cui è riconducibile, in via mediata o immediata, l'acquisto del soggetto pregiudicato, cioè del soggetto il cui diritto è usucapito dal trascrivente<sup>419</sup>.

Alla individuata distinzione tra i due istituti corrisponderebbe una differente valenza della trascrizione: ove ricorra il caso dell'art. 2644 c.c. la trascrizione esprimerà la sua efficacia tipica volta a sciogliere il conflitto tra più aventi causa del medesimo autore, con il che si presuppone che un comune alienante vi sia. Viceversa questo ruolo non competerebbe alla trascrizione *ex art. 1159* la cui funzione, tuttavia non viene chiaramente delineata dalla dottrina specialistica<sup>420</sup>.

---

<sup>418</sup> FERRANTE, *ult. op. loc. cit.* il quale (*ivi*, nt. 97), conferma che l'applicazione dell'art. 2644 c.c. non è impedita dalla carenza attuale di pubblicità in capo al comune autore immediato: essa esprime comunque un rilievo prenotativo che consente al trascrivente di prevalere se e quando la continuità verrà (anteriormente) osservata.

<sup>419</sup> FERRANTE, *ult. op. cit.*, p. 182, che rileva come dal punto di vista consensuale il dante causa sia *non dominus* in entrambe le fattispecie, con la differenza, tuttavia, che ove ricorra il caso dell'art. 1159 c.c. manca qualsiasi punto di contatto, ancorchè remoto, tra le due catene che terminano con l'usucapente e con l'usucapito: si tratta di sequenze parallele.

<sup>420</sup> Cfr. FERRANTE, *ult. op. cit.*, p. 183 che parla di forma di tutela del *dominus* richiamando in ciò PUGLIATTI, *La trascrizione*, I, *La pubblicità*, cit., p. 433; RUPERTO, *L'usucapione*, cit., p. 152 che condivide l'impostazione per cui la trascrizione andrebbe ricercata nella "tutela dell'interesse del vero titolare in favore del quale si predispone con l'attuazione della pubblicità, quella possibilità legittima di prendere conoscenza, la quale si traduce nella valutazione normativa, in equipollente di conoscenza. La soluzione, tuttavia, non convince, solo se si consideri che, sebbene l'informatizzazione dei registri possa in parte consentire di superare il problema, i registri immobiliari in Italia sono tenuti su base personale; con la conseguenza

Questa ricostruzione individua unicamente in ciò la differenza tra le due figure, in quanto presuppone che l'acquisto del secondo acquirente sia a titolo originario, mancando una vicenda capace di provocare la derivazione dal comune dante causa: non sarebbe dato riscontrare il nesso di causalità, retto dal principio consensualistico, che altrimenti dovrebbe legare l'acquisto del trascrivente alla prodromica e conforme volontà devolutiva del titolare<sup>421</sup>.

---

che la potenziale conoscibilità della detta trascrizione dovrebbe tradursi in un impossibile ed irrazionale controllo periodico di tutti i nominativi presenti presso la conservatoria competente. Il che induce ad escludere che questa possa essere la *ratio* della norma. Cfr. anche PUGLIESE, *La prescrizione acquisitiva*, in *La prescrizione nel diritto civile*, I, Torino, 1921, p. 569, che richiama una sorta d'intento promozionale dell'istituto della trascrizione voluto dal legislatore. Altri hanno individuato la ragione dell'inclusione della trascrizione tra gli elementi costitutivi della fattispecie disciplinata dall'art. 1159 c.c. nella necessità che il titolo presenti tutte le apparenze di un titolo valido, non esclusa la trascrizione. Cfr. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, II, *Il possesso*, Milano, 1952; BARBERA, *Titolo e buona fede nell'usucapione abbreviata*, in *Giust. Civ.*, 1959, I; BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile*, II, *Diritti reali*, Torino, 1988; BRANCA, *Usucapione della servitù e titolo proveniente dal proprietario del fondo dominante*, in *Foro it.*, 1957, I; DE MARTINO, *Usucapione dei beni immobili e dei diritti reali immobiliari*, in *Comm. Scialoja, Branca*, Bologna-Roma, 1984; DE RENTHIS, *Nota in materia di usucapione decennale di cui all'art. 1159 c.c.*, in *Giursip. It.*, 2002, 2; FERRARIO, *Usucapione immobiliare abbreviata e donazione di beni altrui*, in *Contr.impr.*, 2001; FUNAIOLI, *Sull'usucapione decennale di un bene acquistato dal "falsus procurator" del proprietario*, in *Giust. Civ.*, 1956, I; GAZZONI, *Donazione di cosa altrui e usucapione abbreviata*, in *Riv. Not.*, 2001; GENTILE, *Il possesso*, Torino, 1977; ID., *Possesso e azioni possessorie*, Napoli, 1974; ID., *Il momento della buona fede nell'usucapione abbreviata*, in *DG*, 1960; GRECO, *Della proprietà*, III, Torino, 1958; JEMOLO, *Titolo e buona fede*, in *RPC*, 1957; MARICONDA, *Donazione di cosa altrui ed usucapione abbreviata di immobili*, in *Corriere giuridico*, 2001; MASI, *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Tratto. Rescigno*, 8, Torino, 1982; MESSINEO, *Manuale di diritto privato*, II, Milano, 1967; MONTEL, *In tema di usucapione abbreviata, di giusto titolo e di cause di sospensione*, in *GA*, 1965, II; ID., *A proposito di "dies a quo" ai fini dell'usucapione e di momento in cui deve trovar luogo la buona fede del possessore*, in *GA*, 1959, I; ID., *Il possesso*, in *Tratto. Vassalli*, Torino, 1956; MONTEL, SERTORIO, *Usucapione*, in *NN.D.I.*, XX, Torino, 1975; PUGLIESE, *La prescrizione acquisitiva*, Torino, 1921; RUPERTO, *Usucapione (diritto vigente)*, in *ED*, XLV, Milano, 1992; VACIRCA, *Acquisto dal rappresentante apparente e titolo idoneo al trasferimento della proprietà*, in *FP*, 1973, II; VISALLI, *Sull'asserita inefficacia della donazione di beni altrui, con spunti in tema di «titolo idoneo» ai fini dell'usucapione abbreviata e di donazione obbligatoria*, in *Riv. Not.*, 2002.

<sup>421</sup> FERRANTE, *ult. op. cit.*, p. 184 s.

Non può, tuttavia, come ampiamente detto, essere condivisa l'opinione di chi riconduce l'acquisto del secondo acquirente nell'alveo degli acquisti a titolo originario. Non convincono, infatti, le motivazioni sul punto, che paiono meramente descrittive e fondate sulla considerazione per cui "*prius logico* diviene il fatto dell'acquisto in sé, mentre la perdita del diritto degrada *a posterius*, quale conseguenza riflessa dell'acquisto altrui"<sup>422</sup>. Si è già visto, infatti, come non sia dato riscontrare indici apprezzabili che consentano di identificare ciò che è logicamente antecedente, e ciò che è logicamente conseguente, nell'ambito delle vicende giuridiche destinate a verificarsi inscindibilmente<sup>423</sup>. Né convince il fatto che la mancanza di derivatività sia fondata sulla considerazione che l'acquisto del secondo acquirente trovi la propria genesi nell'alienazione di cosa altrui e dipenda da un atto che si affranca, pur presupponendo quel titolo quale giusta causa, da qualsiasi derivazione capace di legarlo ad altrui attività devolutive<sup>424</sup>.

Che la tesi convinca poco si rileva dalla preoccupazione che spinge l'Autore ad interpretare l'originarietà dell'acquisto "nell'ambito del sistema pubblicitario entro cui si colloca la fattispecie"; viene, infatti, evidenziato come non si debba trascurare "che il diritto conseguito dal trascrivente è conformato ancora una volta dalle risultanze pubblicitarie, sicché costui acquista non un diritto purchessia, ma proprio quel diritto che dai registri risulta essere appartenuto al comune autore. La trascrizione determina il tenore dell'acquisto originario, non solo nell'*an*, ma per così dire anche nel *quantum*"<sup>425</sup>.

In questo, infatti, si finisce per ammettere ciò che si voleva confutare: la conformazione del diritto a quello del dante causa altro non è che la descrizione della dipendenza dello statuto giuridico applicabile all'avente causa rispetto a

---

<sup>422</sup> FERRANTE, *ult. op. cit.*, p. 185. Propende per la natura originaria dell'acquisto anche NATOLI, *Doppia alienazione*, cit., p. 786 ss.; ID., NATOLI – FERRUCCI, *Della tutela dei diritti. Trascrizione*, cit., p. 94; Cfr. anche MESSINETTI, *La tutela della proprietà "sacrificata"*, cit., p. 161 ss.; NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni*, cit., p. 140; POLETTI, *Doppia alienazione immobiliare*, cit., p. 737 ss.

<sup>423</sup> Così SACCO – CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 474; cfr. anche PUGLIATTI, voce "*Acquisto*", cit. p. 512.

<sup>424</sup> FERRANTE, *ult. op. cit.*, p. 186 s.

<sup>425</sup> FERRANTE, *ult. op. cit.*, p. 187

quello applicabile al dante causa: ossia della derivatività per come la si è sopra descritta<sup>426</sup>. E l'equivoco della posizione è confermato dall'asserzione per cui "deve ammettersi una sorta di derivatività pubblicitaria, fittizia dal punto di vista sostanziale, perché utile soltanto a definire *per relationem* [...] il contenuto del diritto acquisito, pur sempre a titolo originario, dal trascrivente<sup>427</sup>."

La descritta situazione si verifica, invece, nel caso dell'usucapione abbreviata<sup>428</sup>.

Rimane quindi ancora da chiarire il diverso ambito di operatività dei due istituti, la cui potenziale sovrapposizione è data dal trovarsi in entrambi i casi in presenza di un acquisto *a non domino* destinato a perfezionarsi (anche) in virtù della trascrizione.

Vi sono, a ben vedere, degli elementi differenti nelle due fattispecie. In particolare, come noto, solo ai fini dell'usucapione abbreviata sono richiesti il possesso e la buona fede. Queste differenze devono essere sintomatiche di una diversa collocazione normativa del fenomeno. E la diversa sistemazione va individuata nel fatto che l'usucapione, sebbene abbreviata, va comunque ricondotta nell'alveo degli acquisti a titolo originario<sup>429</sup>: essa

---

<sup>426</sup> Si noti, inoltre, come, nell'ambito della fattispecie disciplinata dall'art. 2644 c.c. non sia neppure corretto individuare quali termini di riferimento per la conformazione del diritto le risultanze dei registri immobiliari. Una volta appurato che il secondo acquirente è destinato a prevalere sul primo, egli subentrerà, in modo descrittivo, nella posizione del dante causa in alcuni casi anche oltre la trascrizione: basti pensare all'opponibilità della locazione, come sancita dall'art. 1599 c.c.

<sup>427</sup> FERRANTE, *ult. op. cit.*, p. 189; NATOLI, *Della tutela dei diritti. Trascrizione*, cit., p. 95, che ricorre al concetto di apparenza.

<sup>428</sup> E' lo stesso FERRANTE, *ult. op. cit.*, p. 188 nt. 113 ad accostare i due istituti, evidenziando come nell'usucapione, la trascrizione del titolo astrattamente idoneo, congiuntamente agli altri requisiti previsti per l'integrazione della fattispecie, non solo promuove, ma anche circoscrive l'acquisto (originario) dell'avente causa *a non domino*.

<sup>429</sup> Cfr. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit. p. 845 ed *ivi* riferimenti; SACCO – CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 474 ss.; Si vedano sul punto anche le interessanti osservazioni di BIANCA, *Se l'usucapione sia un titolo di acquisto derivativo (riflessioni suscitate dalla lettura di un saggio romanistico di Fritz Sturm)*, cit., p. 975 ss. che ribadisce il carattere originario dell'acquisto sulla base del rilievo che l'acquisto non dipende dalla precedente titolarità del diritto in capo ad un determinato soggetto. Trattasi di un acquisto originario in quanto da esso ne nasce un diritto originario. Per l'originarietà dell'acquisto cfr. inoltre MONTEL – SERTORIO, voce "*Usucapione*", cit., p. 315; GENTILE, *Effetti del possesso e azioni possessorie*, Napoli, 1958, p. 355; si veda

presuppone un *non dominus* mentre l'acquisto *ex art.* 2644 c.c. presuppone un *ex dominus* ovvero, in altre parole, un comune dante causa, ancorchè, eventualmente, remoto.

In altri termini l'usucapione abbreviata altro non è che una *sub specie* dell'usucapione ordinaria caratterizzata dalla previsione del decorso di un minor lasso temporale ai fini del perfezionarsi della vicenda acquisitiva a carattere originario<sup>430</sup>. All'uopo, infatti, l'ordinamento richiede elementi di contorno della fattispecie, che qualificano ulteriormente il possesso, al quale soltanto l'ordinamento ricollega pur sempre l'effetto acquisitivo concretizzante la legittimazione dello stato di fatto, il cui processo tali elementi si limitano ad accelerare: tali sono la buona fede, il titolo (astrattamente) idoneo e la trascrizione<sup>431</sup>. E in quest'ottica va quindi affrontato l'istituto. La proprietà che viene acquisita in tal modo, difatti, non risente minimamente dello statuto normativo applicabile al vero proprietario ed in ciò non può considerarsi acquistata a titolo derivativo.

E' vero che l'acquisto *ex art.* 1159 c.c. si conforma alla trascrizione, nel senso per cui con il decorso di soli dieci anni non può acquistarsi un diritto differente di quello risultante dalla trascrizione ed in questo vi sarebbe una sovrapposizione con la fattispecie di cui all'art. 2644 c.c.<sup>432</sup>. Ma questa affermazione può risultare equivoca e va meglio precisata: l'acquisto *ex art.* 1159 c.c. difatti, è conformato non solo alla trascrizione ma anche e soprattutto al possesso, che va inquadrato comunque tra gli elementi della fattispecie acquisitiva<sup>433</sup>.

In questo può quindi evincersi come l'acquisto *ex art.* 1159 c.c. sia sì conformato ad alcuni elementi esterni (del

---

però GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 120, nt. 78 il quale osserva che "se è vero che l'usucapiente è un acquirente a titolo originario nei confronti del proprietario, è anche vero che egli risulta *ex post*, un acquirente a titolo derivativo rispetto ai suoi autori (immediati e mediati), dai quali è provenuto a lui quel possesso, che ha condotto all'usucapione. E, quale successore (a titolo universale o particolare) egli sarà tenuto a rispettare tutti i diritti (anche non reali) gravanti sulla cosa e validi di fronte ai suoi autori"

<sup>430</sup> Cfr. RUPERTO, voce "*Usucapione*", cit., p. 1073 ss.

<sup>431</sup> Per un'analisi dei singoli elementi si veda RUPERTO, voce "*Usucapione*", cit., p. <> e la bibliografia *ivi* citata.

<sup>432</sup> Cfr. FERRANTE, *ult. op cit.*, p. 185 ss.

<sup>433</sup> Cfr. RUPERTO, *ult. op. loc. cit.*; cfr. anche CARDARELLI, voce "*Usucapione*", cit., p. 8 s.

resto la stessa usucapione ordinaria è comunque conformata al possesso), ma cionondimeno si tratti di acquisto a titolo originario, in quanto la conformazione normativa della situazione acquisita dall'usucapiente non risente dello statuto normativo del diritto del vero proprietario.

Può quindi confermarsi la diversa natura tra questa fattispecie acquisitiva e quella del secondo acquirente primo trascrivente. In quest'ultimo caso, come più volte visto, il diritto acquisito sarà necessariamente conformato rispetto a quello del comune dante causa, *tale qual era al momento del primo atto di disposizione*.

Qui può scorgersi la differenza nell'ambito del procedimento formativo della fattispecie: l'acquisto *ex art.* 2644 c.c. presuppone sempre e comunque un *ex dominus*. Proprio perché a titolo derivativo, questa vicenda comporta che il diritto acquistato dal secondo avente causa primo trascrivente sia conformato a quello del comune dante causa al momento del primo atto di disposizione. Il comune dante causa, perché operi la fattispecie di cui all'art. 2644 c.c. deve essere stato vero proprietario, perché è comunque quella conformazione normativa del diritto che viene trasferita.

Richiedere che il comune dante causa sia vero proprietario, non significa, tuttavia, pretendere che il meccanismo acquisitivo *ex art.* 2644 c.c. operi solo in presenza di una previa trascrizione a favore del dante causa, in ciò negando la valenza prenotativa della trascrizione per come essa è configurata dall'art. 2650 c.c. Si è visto, infatti, che la titolarità del diritto e la sua piena opponibilità prescinde dalla trascrizione. Con la conseguenza che il vero proprietario, ancorché in assenza di una previa trascrizione a suo favore, può disporre del proprio diritto senza limitazioni.

In presenza di più atti di disposizione incompatibili, il secondo acquirente primo trascrivente potrà prevalere sul primo acquirente solo in presenza della - pur successiva - trascrizione a favore del suo dante causa, il quale, tuttavia, a prescindere dalla previa trascrizione a suo favore, era *dominus* al momento del primo atto di disposizione.

Apparentemente più complesso appare il discorso ove si considerino più atti di disposizione successivi. Così, ove il comune dante causa, a favore del quale, pur proprietario, non

risulti alcuna trascrizione, disponga più volte del suo diritto e primo trascrivente sia il secondo acquirente, ed ove il secondo acquirente a sua volta disponga ulteriormente del suo diritto avremo la seguente situazione: il secondo acquirente del comune dante causa acquista da un *ex dominus*; il secondo acquirente solo apparentemente acquista da un *non domino*. Difatti la sopravvenuta trascrizione a favore del comune dante causa determinerà *ex art. 2650 c.c.* l'efficacia delle successive trascrizioni ed iscrizioni secondo il loro ordine, potendosi qui parlare di retroattività.

Del resto ove si consideri, nell'ultimo esempio riportato, la posizione del subacquirente dal secondo avente causa primo trascrivente, essa, per come descritta, rientra pur sempre nel fisiologico operare dell'art. 2644 c.c. e non nel suo aspetto patologico.

Si sono quindi individuati alcuni tratti distintivi tra le due figure: dal punto di vista delle categorie le due fattispecie sono normativamente distinte in quanto l'una a titolo originario, l'altra a titolo derivativo.

Questa distinzione è sintomatica di una differente valutazione normativa operata dall'ordinamento. E così in presenza di un *ex dominus* sicuramente opererà il meccanismo dell'art. 2644 c.c.; in presenza di un *non dominus* la disciplina evocata dall'art. 2644 c.c. non potrà operare e l'unico modo acquisitivo sarà quello individuato dall'art. 1159 c.c. (o, comunque, *ex art. 1158 c.c.*).

Resta l'ultimo, grave, interrogativo sul punto: se, ove ne ricorrano i presupposti, l'usucapione abbreviata possa operare anche in presenza di un *ex dominus*. O, in altre parole, se, in caso di più acquisti dal comune autore, chi trascriva per secondo possa comunque utilizzare questa trascrizione per, sussistendone gli altri presupposti, acquisire per usucapione a titolo originario il diritto non acquistato a titolo derivativo.

La giurisprudenza e parte della dottrina sono propensi ad ammettere anche in tali casi la possibilità di acquistare per usucapione<sup>434</sup>. La motivazione fornita, tuttavia appare

---

<sup>434</sup> Cfr. CASS. 18 agosto 1956, n. 3132, in *Foro it.*, 1957, I, 1809, con nota contraria di VISALLI, *Trascrizione tardiva del titolo di acquisto e usucapione decennale*, nonché in *Giur. it.*, 1958, I, 1, 283, con nota favorevole di MONTEL, *Usucapione decennale e titolo inefficace per*

apodittica: si afferma, infatti, che l'acquisto del diritto *ex art. 1159 c.c.* in quanto a titolo originario è assoluto e non relativo e quindi opponibile anche all'avente causa primo trascrivente del comune autore.

L'affermazione non va in sé contestata. E' il metodo che non convince: esso presuppone già intervenuto l'acquisto per usucapione. La domanda, invece, si colloca prima: si tratta di capire se la trascrizione del secondo trascrivente sia elemento idoneo al perfezionarsi della fattispecie *ex art. 1159 c.c.* Ove si giunga a fornire risposta positiva, la prevalenza dell'acquisto originario sul derivativo ne deriva quale logica e normativa conseguenza. Ma il punto è diverso. E', come detto, la verifica dell'idoneità a tal fine della trascrizione.

Sul punto non può obliterarsi la lettera della legge che richiede, ai fini dell'usucapione abbreviata, che il titolo sia "debitamente trascritto". Sicuramente la disposizione fa riferimento all'osservanza della disciplina dettata in tema di validità della trascrizione (*artt. 2659 c.c., 2663 c.c. e 2665 c.c.*); ma l'avverbio in tal caso apparirebbe superfluo. In realtà deve sul punto condividersi l'opinione di chi ritenga che la trascrizione debba essere tempestiva<sup>435</sup>. La pubblicità rilevante nel contesto dell'usucapione abbreviata deve quindi rispondere del contesto normativo che le compete, e ciò con riferimento alla norma di cui all'*art. 2644 c.c.* e non potrà all'uopo ritenersi sufficiente una trascrizione tardiva<sup>436</sup>.

---

*precedente trascrizione di altro titolo dallo stesso autore*; nello stesso senso la Suprema Corte si è espressa successivamente: *CASS.* 23 luglio 1969, n. 2791 *cit.*; *CASS.* 20 luglio 2005, n. 15252, in *Riv. not.*, 2006, p. 156. La posizione della giurisprudenza è condivisa da GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, *cit.*, p. 55 s. che osserva come il primo acquirente, a seguito della trascrizione del proprio acquisto, può bensì confidare nell'invulnerabilità della propria posizione, ma solo nei confronti di altri aventi causa dallo stesso autore, cioè di altri acquirenti a titolo derivativo e non già di altri acquirenti a titolo originario. Si è già osservato tuttavia che la questione non è se l'acquisto a titolo originario prevalga su quello derivativo, ma se si sia o meno perfezionato un acquisto a titolo originario.

<sup>435</sup> RUPERTO, *ult. op. cit.*, p. 1082; GENTILE, *ult. op. cit.*, 318; MONTEL – SERTORIO, voce "Usucapione", in *Noviss. Digesto*, XX, Torino, 1957, p. 315 che evidenzia ulteriormente come questa soluzione sia supportata anche dal rilievo di carattere contenutistico che emerge dalla caratteristica fondamentale che deve assistere il titolo idoneo (validità che deve perdurare per tutto il tempo del possesso): il titolo dell'acquirente dall'*ex domino*, soccombente sul piano pubblicitario risulterebbe in quanto tale caducato e quindi inidoneo allo scopo.

<sup>436</sup> RUPERTO, *ult. op. loc. cit.*; Cfr. in senso conforme VISALLI, *ult. op. cit.*, p. 1814, il quale conclude che l'usucapione abbreviata trovi luogo

Questo, peraltro, consente di trascurare le questioni relative alla possibilità di riscontrare o meno la buona fede nell'acquirente, ove risulti già trascritto a carico del comune dante causa una trascrizione incompatibile<sup>437</sup>.

La normativa in materia di trascrizione sarà, quindi, integralmente applicabile. Con una, non secondaria, precisazione. Trattandosi, come visto di acquisto a titolo originario, l'efficacia *ex art.* 1159 c.c. della trascrizione prescinde dalla previa o comunque sopravvenuta trascrizione a favore del comune dante causa. Si è fuori dal campo di applicazione dell'art. 2650 c.c.<sup>438</sup>

Il secondo trascrivente, in altre parole, soccombente sul piano derivativo, potrà prevalere con un acquisto a titolo originario, ma solamente a seguito dell'intervenuta usucapione ordinaria ventennale.

#### **4.5 L'ACQUISTO DEL SECONDO ACQUIRENTE COME VENDITA DI COSA ALTRUI E IL PROBLEMA DELLA DONAZIONE.**

Si tratta ora di capire che tipo di rapporto si instauri tra l'acquisto del secondo acquirente, soprattutto prima della trascrizione dello stesso, e l'istituto della vendita di cosa altrui<sup>439</sup>; l'indagine delle due figure, peraltro, può consentire di ricavare alcune risposte utili a comprendere uno dei punti

---

solo "quando l'alienante non sia mai stato proprietario della cosa o lo sia stato, e, esclusivamente, in quest'ultima ipotesi, nel caso in cui nessuno dei due aventi causa da lui abbia trascritto il proprio acquisto"; *Id.*, *Trascrizione tardiva del titolo di acquisto ed usucapione decennale*, in *Foro it.*, 1958, IV, p. 250 ss., scritto in risposta alle critiche rivoltegli dal MONTEL, *ult. op. cit.*, di cui v. *Id.*, *Irrilevanza, ai fini dell'usucapione decennale, della inefficacia del titolo per precedente trascrizione di altro titolo proveniente dallo stesso autore*, in *Riv. di dir. ipotecario*, 1965, 222. Il VISALLI è criticato da GAZZONI, *ult. op. ult.*, 56. Conf. al testo anche MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, cit., p. 312 s.

<sup>437</sup> Sulle quali questioni si veda ampiamente GAZZONI, *ult. op. cit.*, p. 55 ss. E la bibliografica *ivi* richiamata.

<sup>438</sup> MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, cit. p. 311 s.

<sup>439</sup> Sulla vendita di cosa altrui cfr. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratto. Vassalli*, Torino, 1972; CALICE, nota a CASS., S.U., <> 2L.006, n. 11624, in *Contr.*, 2006, 11; CAPOZZI, *Dei singoli contratti*, Milano, 1988; FERRI, *Negoziio giuridico*, in *Digesto civ.*, XII, 4<sup>a</sup> ed., Torino, 1995; GRECO, COTTINO, *Vendita*, in *Comm. Scialoja, Branca, sub artt.* 1470-1547, Bologna-Roma, 1981; RUBINO D., *La compravendita*, cit.

critici della ricostruzione del fenomeno in esame come *condicio iuris resolutive*: il problema della donazione *a non domino* collegata col divieto di donazione di beni futuri di cui all'art. 771 c.c.

Tornando al rapporto tra acquisto del secondo acquirente e vendita di cosa altrui, vi è chi in dottrina ha ritenuto trattarsi di due fattispecie diverse<sup>440</sup>; viene rilevato, invero, che solo nella vendita di cosa altrui e non nell'acquisto *a non domino* ex art. 2644 c.c. sarebbe prospettabile l'acquisto del diritto con l'intervento del terzo, vero proprietario, mentre nel secondo caso l'acquisto si verificherebbe per effetto della trascrizione e non del riacquisto (comunque non imputabile al primo acquirente) della proprietà da parte del comune autore.

In realtà non sembra a tal fine condivisibile l'analisi del modo in cui il secondo acquirente primo trascrivente acquista la proprietà a seguito della trascrizione. Il dato su cui porre l'attenzione è che, come sopra si è cercato di dimostrare, al momento del secondo atto di disposizione il dante causa non è proprietario del bene e conseguentemente ci si trova dinnanzi ad una vendita di cosa altrui<sup>441</sup>. Peraltro, il fatto che il secondo acquirente acquisti per trascrizione, non impedisce affatto che egli possa comunque acquistare il diritto ex art. 1478 comma 2° c.c. allorquando il dante causa, prima della prioritaria trascrizione, sia nel contempo divenuto altrimenti proprietario del bene (si pensi al caso in cui il bene venga riacquistato ovvero il contratto col primo acquirente si risolva).

La costruzione del secondo atto di disposizione del bene come di una vendita di cosa altrui legittima (o, meglio, nella prospettiva normativistica, consegue all'applicazione

---

<sup>440</sup> cfr. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit. p. <>

<sup>441</sup> Parla espressamente di vendita di cosa altrui con riferimento al contratto concluso dal comune dante causa con il secondo acquirente RUBINO, *La compravendita*<sup>2</sup>, cit., p. 329; cfr. inoltre MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, cit., p. 8 s.; ID., voce "*Acquisto a non domino*", cit., 72 che afferma sul punto essere applicabile la disciplina della vendita di cosa altrui. Sul punto v. anche GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit. p. 474 s. che osserva peraltro che la prospettiva della condizione legale "non può essere identificata con quella della vendita [...] di cosa altrui seguita da acquisto del bene, se non in via descrittiva e del tutto atecnica. In caso di avveramento della condizione risolutiva il comune autore, infatti, non acquista (o meglio riacquista) la titolarità del diritto ma piuttosto è come non l'avesse mai perduta."

della disciplina dettata per la vendita di cosa altrui). Conseguentemente, l'ignaro avente causa successivo che si avveda del fatto che il venditore al momento dell'atto di disposizione non era più proprietario, può astenersi dall'effettuare la trascrizione, ancorchè manchi quella del primo acquirente, e chiedere invece la risoluzione del contratto<sup>442</sup>.

Viceversa, nel momento in cui l'ordinamento riconosca in capo al secondo acquirente primo trascrivente la titolarità del diritto acquistato e ciò per effetto della prioritaria trascrizione, egli, ormai proprietario a tutti gli effetti, ancorché *a non domino*, non potrà richiedere la risoluzione del contratto *ex art. 1479 c.c.* né gli spetterà garanzia alcuna per la c.d. evizione invertita<sup>443</sup>. Poco rileva sul punto che la proprietà non gli pervenga perché acquistata dal venditore (art. 1478 c.c.); a prescindere da ogni ulteriore valutazione circa l'ascrivibilità o meno del meccanismo di acquisto dell'art. 2644 c.c. nell'ambito dell'art. 1478 c.c.<sup>444</sup>, il dato

---

<sup>442</sup> In questo senso RUBINO, *ult. op. loc. cit.*; cfr. anche MENGONI, <>, in *Riv. dir. comm.*, p. 289; DE GREGORIO, <>, cit., p. 907, nt. 3. Deve, tuttavia, ritenersi che l'attivazione dell'acquirente per la risoluzione del contratto deve essere tempestiva. E' opinione dominante e, peraltro, condivisibile, che la trascrizione sia sottratta alla disponibilità delle parti. Conseguentemente *nulla quaestio* in caso di mera scrittura privata: in tal caso il secondo acquirente potrà astenersi dal procurarsi titolo che sia formalmente idoneo alla trascrizione; viceversa in caso di scrittura privata autenticata o di atto pubblico può dubitarsi che la mera richiesta della parte possa esonerare il notaio dall'esecuzione della trascrizione cui è tenuto come obbligo a differenza delle parti che vi sono solo onerate (art. 2671 c.c. cfr. sul punto MORITTU, *La trascrizione*, cit., p. 47; FERRI, *Note introduttive*, cit., p. 306; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 496; FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., p. 157 ss.; v. però CORRADO, *La pubblicità*, cit., p. 368; MAIORCA, *Della trascrizione*, cit., p. 27). Le parti potrebbero semmai richiedere la notaio di ritardare la trascrizione nei limiti di legge.

<sup>443</sup> Così RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 330; cfr. inoltre MENGONI, *ult. op. cit.*, p. 279 ss., spec. 285 ss.; SALANDRA, *Manuale di diritto commerciale*, II, Bologna, 1948, p. 113; MONTEL, <>, in *Foro pad.*, 1950, I, p. 1273; RUSSO, *Evizione e garanzia*, cit. p. 132 ss.; RAVAZZONI, *Sul concetto di evizione*, in *Studi parmensi*, VIII, 1958, p. 190; v. però GRECO <>, p. 35 ss.; PAVONE LA ROSA, <>, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, p. 320 ss. Sul concetto di evizione invertita si v. RUBINO, *ult. op. cit.*, p. 682 ss., che la individua nell'evizione che ricorre allorché il compratore, che non ha acquistato il diritto in forza del contratto di vendita, lo acquisti poi da altra fonte senza la cooperazione del venditore.

<sup>444</sup> Sul punto si veda l'opinione di RUBINO, *ult. op. cit.*, p. 330 che espressamente include l'acquisto della proprietà per effetto della prioritaria trascrizione tra i modi in cui il venditore può adempiere la

rilevante per escludere la risolubilità della fattispecie negoziale è che l'intervenuto acquisto della proprietà sia comunque riconducibile al venditore che ha stipulato il contratto poi trascritto<sup>445</sup>.

Eventualmente potrebbe giustificarsi una pretesa risarcitoria del secondo acquirente, sussistendone comunque i presupposti, ove si consideri lo scostamento temporale tra la data del negozio consensuale di trasferimento e la data della trascrizione che del primo comporta l'efficacia<sup>446</sup>.

Merita solo rilevare, infine, sebbene non sia questa la sede per affrontare compiutamente la problematica, come nessun profilo di responsabilità contrattuale sembrerebbe poter derivare a carico del secondo acquirente che proceda alla trascrizione nonostante la conoscenza del previo atto di disposizione incompatibile. In tal caso, infatti, egli si limiterebbe ad esercitare un diritto che gli è riconosciuto dall'ordinamento. Questo potrebbe non escludere, tuttavia, che la malafede del secondo acquirente possa eventualmente concorrere ad integrare gli estremi dell'illecito extracontrattuale, soprattutto ove la conoscenza del previo

---

sua obbligazione di fare acquistare il diritto al compratore; si v. però GAZZONI, *ult. op. cit.*, p. 475 che ritiene che la vendita di cosa altrui possa essere evocata solo in via descrittiva, in quanto l'acquisto del secondo avente causa non conseguirebbe al riacquisto della proprietà da parte del primo avente causa: la seconda alienazione, nella prospettiva dell'A., sarebbe l'unica alienazione compiuta dal comune autore. Sui vari modi di adempimento dell'obbligazione di fare acquistare il diritto al compratore cfr. RUBINO, *ult. op. cit.*, p. 344 ss.;

<sup>445</sup> Cfr. RUBINO, *ult. op. cit.*, p. 330 il quale rileva come anche in questo caso l'acquisto del compratore sia avvenuto solo in quanto il venditore lo abbia posto in grado di compierlo stipulando il contratto poi trascritto.

<sup>446</sup> Si pensi al caso in cui il bene oggetto della duplice alienazione fosse locato. In tal caso, come sopra si è avuto modo di verificare, il diritto ai canoni derivanti dal contratto di locazione spetterà al primo acquirente nel periodo intercorrente tra l'atto di disposizione anteriore da un lato, e la (prioritaria) trascrizione dell'acquisto successivo, dall'altro; al secondo acquirente (prevalente ex art. 2644 c.c.) il diritto ai frutti civili del bene competerà solo a partire dalla data della trascrizione del suo acquisto. Il danno per il secondo acquirente in ipotesi risiederebbe, quindi, nel mancato percepimento dei canoni nel periodo intercorrente tra il negozio traslativo perfezionato con il *non dominus* e il momento di efficacia del medesimo. In altre parole, ove il comune dante causa non avesse già precedentemente disposto del medesimo diritto, l'acquirente (che non sarebbe in tal caso "secondo") avrebbe diritto al percepimento dei canoni di locazione fin dal momento del perfezionamento consensuale dell'acquisto e non, invece, a decorrere dal successivo momento della trascrizione.

atto di acquisto fosse anteriore alla stipulazione del secondo alla quale questi non fosse comunque obbligato; in contrario, tuttavia è stato autorevolmente osservato come un effetto previsto dalla legge non possa costituire oggetto di un illecito<sup>447</sup>.

La ricostruzione della seconda alienazione, prima della trascrizione, come di vendita di cosa altrui pone il problema della possibilità che il meccanismo dell'art. 2644 possa operare in caso di donazione di cosa altrui.

Una parte considerevole della dottrina e della giurisprudenza, infatti, richiamando il divieto di donazione di beni futuri posto dall'art. 771 c.c., ritiene parimenti nulla la donazione di cosa altrui, in quanto si tratterebbe pur sempre di un negozio liberale avente ad oggetto un bene futuro, quanto meno in senso soggettivo<sup>448</sup>. Anche in questo caso

---

<sup>447</sup> Si veda sul punto NICOLUSSI, *La lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998, p. 692 s., nt. 153, il quale rileva con riferimento all'acquisto del secondo acquirente primo trascrivente che "se effettivamente di un acquisto *a non domino* si trattasse saremmo fuori dall'impostazione [...] della doppia alienazione immobiliare" come di fattispecie di responsabilità aquiliana da contratto "in cui dal contratto discende direttamente il danno per il terzo. L'acquisto del terzo a danno del primo acquirente, anziché effetto del contratto prevalente su altro titolo, sarebbe un effetto acquisitivo di matrice esclusivamente legale. Ma, riletta la fattispecie in questi termini, *a fortiori* la responsabilità del secondo acquirente dovrebbe essere esclusa. Come si può pensare infatti che un effetto previsto dalla legge possa costituire oggetto di un illecito?". Nel senso, invece, di ammettere nel caso di specie la configurabilità di una responsabilità da illecito extracontrattuale si veda POLETTI, *Doppia alienazione immobiliare e "responsabilità extracontrattuale da contratto"*, cit., p. 737 ss. Sul punto v. *amplius* FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., p. 265 ss., p. 330 ss.

<sup>448</sup> Cfr. BONILINI, *L'oggetto della donazione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, VI, *Le donazioni*, Milano, 2009, p. 444. Si pensi al caso in cui il bene oggetto della duplice alienazione fosse locato. In tal caso, come sopra si è avuto modo di verificare, il diritto ai canoni derivanti dal contratto di locazione spetterà al primo acquirente nel periodo intercorrente tra l'atto di disposizione anteriore da un lato, e la (prioritaria) trascrizione dell'acquisto successivo, dall'altro; al secondo acquirente (prevalente ex art. 2644 c.c.) il diritto ai frutti civili del bene compererà solo a partire dalla data della trascrizione del suo acquisto. Il danno per il secondo acquirente in ipotesi risiederebbe, quindi, nel mancato percepimento dei canoni nel periodo intercorrente tra il negozio traslativo perfezionato con il *non dominus* e il momento di efficacia del medesimo. In altre parole, ove il comune dante causa non avesse già precedentemente disposto del medesimo diritto, l'acquirente (che non sarebbe in tal caso "secondo") avrebbe diritto al percepimento dei canoni di locazione fin dal momento del perfezionamento consensuale dell'acquisto e non, invece, a decorrere dal successivo

sarebbe dato, cioè, riscontrare la medesima ragione di tutela del donante che giustificerebbe il divieto di donazione di beni futuri<sup>449</sup>. Il che comporterebbe, tendenzialmente, di primo acchito, l'inapplicabilità della regola posta dall'art. 2644 c.c., che, come visto, presuppone l'esistenza di un valido titolo, ove il secondo atto di disposizione sia una donazione.

Non manca, tuttavia, una diversa e autorevole opinione, seppure minoritaria, volta ad ammettere la validità della donazione di beni altrui<sup>450</sup>. Da un lato, si propende per l'irrilevanza del dato letterale dell'art. 769 nella parte in cui definisce la donazione come il contratto con cui il donante dispone di un *suo* diritto; a questa conclusione si perviene richiamando le norme in materia testamentaria, e in particolare l'art. 587 c.c. che definisce il testamento, che pur ammette disposizioni – obbligatorie – aventi ad oggetto beni altrui - come l'atto con cui una persona dispone “di tutte le proprie sostanze o di parte di esse”<sup>451</sup>. Dall'altro viene richiamata la disciplina recata dall'art. 797 c.c. che, nel prevedere la possibilità che il donante sia tenuto a garantire per l'evizione, implicitamente presuppone che la donazione,

---

momento della trascrizione.

<sup>449</sup> TORRENTE, *La donazione*, a cura di Carnevali e Mora in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu – Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2006, p. 497; MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, cit., p. 27 ss., peraltro con riferimento alla donazione dispositiva destinata ad un effetto traslativo immediato; PALAZZO, *I singoli contratti*, 2, *Atti gratuiti e donazioni*, cit., p. 343; CARIOTA FERRARA, *I negozi sui patrimoni altrui*, Padova, 1936, p. 375 ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, cit., p. 17 secondo il quale, nel silenzio della legge, al divieto di donazione di beni futuri deve essere riconnesso quello di cosa altrui, in quanto, come per la donazione di cosa futura, mancano, nella donazione di cosa altrui, i caratteri dell'attualità e dell'irrevocabilità; GIUS. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 861, nt. 44. In giurisprudenza cfr. CASS., 20 dicembre 1985, n. 6544, cit.; CASS., 18 dicembre 1996, n. 11311, in *I contratti*, 1997, p. 460.

<sup>450</sup> BIONDI, *ult. op. cit.*, p. 347, 550 ss.; GENTILE, *Il possesso*, cit., p. 242; LENZI, *La donazione obbligatoria*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, II; BALBI, *La donazione*, cit. p. 43; ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, Milano, 1935; BALBI, *Le donazioni*, in *Trattato del diritto civile italiano*, diretto da Grosso e Santoro Passarelli, II, fasc. 4, 9164.

<sup>451</sup> BIONDI, *La donazione*, in *Tratta di diritto civile*, diretto da Vassalli, XII, 4, Torino, 1961, p. 347, per il quale la donazione di cosa altrui rientrerebbe nell'ipotesi contemplata non nella prima parte dell'art. 769 c.c. (disposizione di un suo diritto), ma nella seconda (assumendo un'obbligazione).

pur strutturata come ad efficacia traslativa immediata, possa per avventura avere ad oggetto un diritto altrui<sup>452</sup>.

Ne conseguirebbe la validità della donazione di cosa altrui come donazione obbligatoria nel senso che il donante assumerebbe l'obbligo di procurare l'acquisto del diritto al donatario e quindi di acquistare il bene dal terzo proprietario<sup>453</sup>.

Sul punto a noi pare che le motivazioni volte ad escludere l'invalidità della donazione siano tendenzialmente convincenti, soprattutto ove si faccia riferimento alla disciplina dettata in materia di evizione e alla mancanza di un testuale divieto. L'aspetto che lascia maggiormente perplessi risiede, piuttosto, nella conseguenza di questa soluzione, in virtù della quale si perverrebbe ad ammettere la configurabilità di una donazione obbligatoria nel senso di negozio che obblighi il donante ad acquistare la proprietà del bene (altrui) donato e a trasferirla al donatario.

Deve, tuttavia, dubitarsi dell'ammissibilità della donazione obbligatoria, come sopra delimitata, pur autorevolmente ammessa, per l'inconfigurabilità di

---

<sup>452</sup> BIONDI, *ult. op. cit.*, p. 347, 550 ss. v. però TORRENTE, *ult. op. cit.*, p. 506 s. che limita l'operatività del rimedio dell'evizione al solo caso in cui il bene donato sia gravato da diritti reali di garanzia, oltre al caso di evizione dipendente dal dolo o dal fatto personale del donante. In tale ultimo caso, tuttavia, a nostro avviso, non si potrebbe che presupporre comunque la validità della donazione ove cada la donazione è destinato a cadere pure il patto accessorio di garanzia (in questo senso cfr. BIONDI, *ult. op. cit.*, p. 550).

<sup>453</sup> BIONDI, *ult. op. cit.*, p. 347 s., che ammette quindi la validità della donazione di cosa altrui purchè il donante vi abbia consapevolezza. Cfr. CASS. 5 febbraio 2001, n. 1596, in *I contratti*, 2001, p. 760 ss. con nota critica di FERRARIO e sempre con note critiche: in *Nuova giurisprudenza civile e commentata*, 2001, I, p. 683 ss., RINALDI; in *Giur. it.*, 2001 p. 1596, D'AURIA; in *Riv. not.*, 2001 GAZZONI; in *Riv. not.*, 2002, p. 404 ss., VISALLI; tale sentenza ha negato che l'art. 771 c.c., in quanto norma di natura eccezionale, possa essere applicato per analogia alla donazione di beni altrui e che una tale donazione sia affetta da nullità anziché da semplice inefficacia, e conseguentemente ha affermato che la donazione di beni altrui costituisce titolo idoneo ai fini dell'usucapione immobiliare abbreviata.

un'obbligazione a donare<sup>454</sup>; cionondimeno potrebbe forse prospettarsi una terza via.

Non è dato riscontrare, infatti, per la donazione una norma analoga a quella che in materia di vendita obbliga il venditore a procurare al compratore la proprietà della cosa o del diritto che costituisce oggetto del contratto (art. 1476 n. 2, 1478 c.c.)<sup>455</sup>.

Ammettere la validità della donazione di cosa altrui, non comporterebbe quindi necessariamente il riconoscimento della cittadinanza nel nostro ordinamento dell'obbligo di donare. Ci si troverebbe semplicemente in presenza di una donazione valida ma inefficace, in quanto *a non domino*, che potrebbe, tuttavia, acquisire efficacia per effetto della prioritaria trascrizione del titolo<sup>456</sup>. Senza che questo comporti l'obbligo per il donante di trasferire la proprietà al donatario.

L'unico rimedio azionabile per il donatario, in tal caso, prima cioè della prioritaria trascrizione, lungi dall'ammettere la coercibilità dell'obbligo di donare, sarebbe quello dell'evizione nei limiti dell'art. 797 c.c.

Altra parte della dottrina giunge, comunque, sebbene nell'ambito della teoria della nullità della donazione di cosa altrui, ad ammettere l'idoneità del titolo ad integrare gli elementi costitutivi di una fattispecie acquisitiva.

Le considerazioni più risalenti sul punto, ma ancora ampiamente condivise in dottrina e in giurisprudenza sono elaborate con riferimento al fenomeno dell'usucapione

---

<sup>454</sup> Esclude la validità dell'obbligo di donare BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 182; v. anche GAZZONI, *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1991, p. 1414 ss.; in giurisprudenza CASS., 13 dicembre 1975, n. 4153, in *Giust. civ.*, 1976, I, p. 726 per la quale una promessa di donazione non è giuridicamente produttiva di obbligo a contrarre, perché la coazione all'adempimento, cui il promittente sarebbe soggetto, contrasta con il requisito della spontaneità della donazione, il quale deve sussistere al momento del contratto.

<sup>455</sup> Cfr. BIONDI, *ult. op. cit.*, p. 551, per il quale la donazione con promessa di garanzia è sempre una sola, ed è valida, ma con duplice oggetto, dedotto alternativamente in contratto: la cosa donata, ovvero, in caso di evizione, l'ammontare del danno che il donatario potrà chiedere al donante.

<sup>456</sup> Cfr. BIONDI, *ult. op. cit.*, p. 349 che parla di inefficacia della donazione ancorché soltanto in ordina al trasferimento della proprietà, essendo tuttavia il donante tenuto a trasferirla. V. inoltre ID., *ult. op. cit.*, p. 550 che grava il donante della responsabilità per evizione in caso di donazione di cosa altrui.

abbreviata *ex art.* 1159 c.c. e della regola del possesso vale titolo *ex art.* 1153 c.c. Si asserisce, infatti, che l'invalidità del titolo nei casi in oggetto inficerebbe unicamente il profilo funzionale e non strutturale della fattispecie<sup>457</sup>; in altre parole, pur nulla, la donazione presenterebbe comunque i requisiti per essere considerata "titolo (astrattamente) idoneo" ai fini del perfezionamento delle fattispecie acquisitive di cui sopra: per l'usucapione abbreviata *ex art.* 1159 c.c., sarebbe non già la piena validità del titolo ad essere normativamente richiesta, quanto il fatto che questo, se il disponente fosse a ciò legittimato, sarebbe idoneo al trasferimento della proprietà<sup>458</sup>.

Questa opzione ricostruttiva viene anche mutuata ove si discorra di acquisto del secondo acquirente primo trascrivente, allorquando il secondo atto di disposizione sia una donazione. Difatti, avendo il dante causa già disposto del medesimo diritto in virtù del consenso traslativo, la donazione, cronologicamente successiva, sarebbe di cosa altrui e come tale nulla.

Anche in tal caso, tuttavia, ci si troverebbe in presenza di un titolo astrattamente idoneo ai fini degli acquisti *a non domino*<sup>459</sup>. In altre parole pur mancando la titolarità del donante, il titolo manterrebbe la propria astratta idoneità alla funzione traslativa.

Non può sottacersi come, per questa via, vi sarebbe, tuttavia, comunque il rischio di pervenire ad attribuire efficacia sanante alla trascrizione, mentre, si è detto, che la trascrizione dell'atto nullo, essendo anch'essa priva di efficacia, non sarebbe idonea a determinare la sopravvenuta inefficacia del primo acquisto e per ciò stesso non potrebbe essere ritenuta idonea a determinare il perfezionamento del

---

<sup>457</sup> RUPERTO, *ult. op. cit.*, p. 1080 s.

<sup>458</sup> Nel senso di ammettere la qualificazione di titolo astrattamente idoneo ai fini dell'usucapione della donazione di cosa altrui, pur nulla v. RUPERTO, *ult. op. cit.*, p. 1080 s.; BONILINI, *L'oggetto della donazione*, cit., p. 446; CARNEVALI, <>, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, VI, p. 526 ss.; CASS. 5 febbraio 2001, n. 1596, in *I contratti*, 2001, p. 760 ss. cit.; CASS., 20 luglio 2005, n. 15252, in *Notariato*, 2006, p. 253 ss.; v. anche CASS., 14 ottobre 2010, n. 21227 in<>; *contra* CASS., 20 dicembre 1985, n. 6544, in <> la quale ha affermato che la donazione di bene altrui, a causa della sua invalidità, non costituisce titolo astrattamente idoneo ai fini dell'usucapione abbreviata".

<sup>459</sup> GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 474 s.

processo traslativo a favore del donatario secondo acquirente  
primo trascrivente.

## INDICE BIBLIOGRAFICO

### BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Atti del convegno di Pisa su Vendita e trasferimento della proprietà*, Milano, 1991
- AA. VV., *Il nuovo diritto di famiglia, Contributi notarili*, Milano, 1975
- ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952
- ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*<sup>5</sup>, Torino, 1958
- ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, 1935
- AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996,
- ARANGIO – RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I, Napoli, 1952
- ARANGIO – RUIZ, voce “*Ius in re aliena*”, in *Dizionario pratico di diritto civile*, III, Milano 1934
- ASQUINI, *Titoli di credito*, Padova, 1951;
- ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, Parte generale, Milano, 1952, p. 357 ss.;
- ATTARDI, L’interesse ad agire, in *Digesto delle discipline civilistiche, sezione civile*, IX, Torino, 1993, 593 ss.
- AZZARITI G., *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990
- AURICCHIO, *La simulazione nel negozio giuridico*, Napoli, 1957
- BALBI, *Le donazioni*, in *Trattato del diritto civile italiano*, diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1964
- BARALIS, METTIERI, *Pubblicità sanante, leggi speciali e responsabilità notarili. Note tratte da un’esperienza professionale*, in *Riv. not.*, 1992, pag. 412.
- BARALIS, METTIERI, *Pubblicità sanante, leggi speciali e responsabilità notarile*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 370 ss.

- BARASSI, *Diritti reali e possesso*<sup>2</sup>, I, Milano, 1952
- BARASSI, *Le obbligazioni con speciale riguardo ai contratti*, Milano 1934
- BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1948
- BARBERA, *Titolo e buona fede nell'usucapione abbreviata*, in *Giustizia Civile*, 1959, I
- BARBERO, *Il Sistema di diritto privato italiano*<sup>5</sup>, I, II, III, IV, Torino, 1965
- BARBERO, *La legittimazione ad agire in confessoria e negatoria*<sup>2</sup>, Milano, 1950
- BARBERO, voce "Condizione (dir. civ.)", in *Novissimo digesto italiano*, III, Torino, 1959, p. 1106 ss.
- BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, Napoli, 1970
- BENCINI, *Brevi considerazioni sulla natura della trascrizione*, in *Rivista di diritto Ipotecario*, 1966, p. 242
- BETTI, *Rivendicazione e azione di mero accertamento della proprietà*, in *Temi emiliani*, 1925, c. 695 ss.
- BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Torino, 1960
- BIANCA, *Diritto civile*<sup>2</sup>, III, *Il contratto*, Milano, 2000
- BIANCA, *Il principio del consenso traslativo*, in *Diritto privato*, 1995,
- BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, VII, 1, Torino, 1972
- BIANCA, *Riflessioni sul principio del consenso traslativo*, in *Rivista diritto civile*, 1969, I, p. 537
- BIANCA, *Se l'usucapione sia un titolo di acquisto derivativo (riflessioni suscitate dalla lettura di un saggio romanistico di Fritz Sturm)*, in *Melangers Fritz Sturm*, II, Liegi, 1999, 975 ss.
- BIANCO, *La pubblicità immobiliare*, Torino 1976
- BIGIAVI, *Il trasferimento dei titoli di credito*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950, I, p. 1 ss.
- BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile*, II, *Diritti reali*, Torino, 1988

BOBBIO, *Scienza del diritto ed analisi del linguaggio*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950,

BONFANTE, *Forme primitive ed evolutive della proprietà romana*, in *Scritti giuridici*, II, Torino, 1918

BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1987

BONILINI, *L'oggetto della donazione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, VI, *Le donazioni*, Milano, 2009

BRANCA, *Usucapione della servitù e titolo proveniente dal proprietario del fondo dominante*, in *Foro it.*, 1957, I, c. 2021

BRUGI, *Della proprietà*, II, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, diretto da Fiore e Brugi, Napoli – Torino, 1923

BURDESE, *Servitù prediali*, Milano, 1950

BURDESE, voce “*Vendita (diritto romano)*” in *Novissimo Digesto*, XX, Torino, 1975

BURDESE, *Istituzioni di diritto privato romano*<sup>4</sup>, Torino, 1993, rist. 2000

BUSANI, *La doppia alienazione immobiliare*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003, 73 ss.

BUTERA, *La rivendicazione nel diritto civile, commerciale e processuale*, Milano, 1911

CANNATA, *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di Vacca, Torino, 1997

CAPOZZI, *Dei singoli contratti*, Milano, 1988

CARDARELLI, voce “*Usucapione*”, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXXII, Roma, 1994

CARIOTA FERRARA, *I negozi sui patrimoni altrui*, Padova, 1936

CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Studi di diritto civile*, Roma, 1916

CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933

CARNELUTTI, *Occhio ai concetti*, in *Rivisti del diritto commerciale*, 1950, I, p. 452 ss.

CARNEVALI, *Le donazioni*<sup>2</sup>, in *Trattato di diritto privato diretto da Rescigno*, 6, t. II, Torino, 1997

CARRARO, *Il valore attuale della massima "Fraus omnia corrumpit"*, in *Scritti giuridici in onore di Carnelutti*, III, Padova, 1950

CARRESI, *Il contratto*, I, II, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu Messineo, Milano, 1987

CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1962, p. 447 ss.

CATAUDELLA, voce "*Fattispecie*", in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967, 836 ss.

CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, II, Torino, 1918

CICU, *Servitù prediali*, Bologna, 1931

COLESANTI, *Fallimento e trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1972

COLORINI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Milano, 1954

COMPORZI, *Contributo allo studio del diritto reali*, Milano, 1977

COMPORZI, *Diritti reali in generale*<sup>2</sup>, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu Messineo e continuato da Mengoni ora da Schlesinger, Milano, 2011

CORRADO, voce «*Pubblicità degli atti giuridici*», in *Novissimo Digesto italiano*, XLV, Torino, 1967, 513 ss.

COTTINO, *Della Vendita*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja, Branca, sub artt. 1470-1547, Bologna-Roma, 1981

COVIELLO L. senior, *Osservazioni sulla riforma della pubblicità immobiliare*, in *Temi siciliana*, 1905

COVIELLO L. senior, *La riforma della trascrizione secondo il D.L. 9 novembre 1916*, in *Rivista di diritto civile*, 1916, p. 740 ss.

COVIELLO L. senior, *Delle ipoteche nel diritto civile italiano*, Napoli, 1928

D'ALESSANDRO, *Recenti tendenze in tema di concetti giuridici*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1976

D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Padova, 1989  
già in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, I, Milano, 1963, p. 241

DE CUPIS, voce «*Pubblicità (diritto civile)*», in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, 1988, 997 ss.

DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958

DE MARTINO, *Della proprietà*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, sub artt. 810 – 956, III, Bologna – Roma, 1976, 534 ss.

DE MARTINO, *Usucapione dei beni immobili e dei diritti reali immobiliari, commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1984

DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, in *Tratto di diritto privato*, diretto da Rescigno, 10, t. II, Torino, 2011

DE PAOLA-MACRÌ, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1978

DE RENTIIS, *Nota in materia di usucapione decennale di cui all'art. 1159 c.c.*, in *Giurisprudenza italiana*, 2002, 2 ss.

DE RUBERTIS, in Silvestro e Lops, *Il difetto di trascrizione del titolo costitutivo della servitù ed i suoi riflessi in tema di opponibilità al terzo acquirente*, in *Rivista del notariato*, 1977, p. 752 ss.

DEIANA, *Servitù prediali*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Torino, 1963

DEL BENE, *Acquisti mortis causa trascrizione e apparenza*, Milano, 2000

DORIA, *Doppia alienazione immobiliare e teoria dell'effetto reale*, Milano, 1994

ETTORRE-SILVESTRI, *La pubblicità immobiliare e il testo unico delle leggi sulle imposte ipotecarie e catastali*, Milano, 1991

FADDA – BENSA, *Diritto delle Pandette. Traduzione dei prof. C.Fadda e P.E.Bensa, note e riferimento al diritto civile italiano*, Torino, 1930

FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, ristampa inalterata, Napoli, 1999

- FALZEA, *Teoria dell'efficacia giuridica*, Milano, 1951
- FALZEA, voce "Apparenza", in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, 1958, 682 ss.
- FALZEA, voce "Efficacia giuridica", in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, 1965, 483 ss.
- FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008
- FERRARA – SANTAMARIA, *Inefficacia e inopponibilità*, Napoli, 1939
- FERRARA SEN., *I negozi sui patrimoni altrui (proposito di una recente pubblicazione)*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1937, I, 179
- FERRARA, *L'ipoteca mobiliare ed insieme un contributo alla teoria della pubblicità*, Roma, 1923
- FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli-Torino, 1923
- FERRARIO, *Usucapione immobiliare abbreviata e donazione di beni altrui*, in *Contratto e impresa*, 2001
- FERRI, *La trascrizione degli acquisti «mortis causa» e problemi connessi*, Milano, 1951
- FERRI, *Note introduttive ad uno studio sulla trascrizione immobiliare*, in *Studi in onore di Cicu*, I, Milano, 1951
- FERRI – ZANELLI, *Della trascrizione. Trascrizione immobiliare*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, sub artt. 2643 - 2696, XXXI, Bologna – Roma, 1997
- FUNAIOLI, *Intorno al concetto di realtà ed ai diritti di godimento su cosa altrui*, in *Riv. int. Fil dir.*, 1942, 256
- FUNAIOLI, *La tradizione*, Padova, 1942
- FUNAIOLI, *Efficacia della trascrizione*, in *Rivista del diritto notariato*, 1949
- FUNAIOLI, *La proprietà relativa*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1950, I, 290
- FUNAIOLI, *La cosiddetta proprietà relativa*, in *Studi in onore di Cicu*, I, Milano, 1951, 103 ss.
- FUNAIOLI, *Sull'usucapione decennale di un bene acquistato dal "falsus procurator" del proprietario*, in *Giustizia civile*, 1956, I

- GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, III, Torino, 1891 – 1899
- GABRIELLI, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, in *Rivista di diritto civile*, 1988, I, 453
- GABRIELLI, *Sul modo di operare della pubblicità a norma dell'art. 2644 c.c.*, in *Rivista del Notariato*, 2009, 355 ss.
- GABRIELLI, PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*<sup>2</sup>, Padova, 2001
- GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1995
- GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile*, già diretto da Cicu Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1995
- GAZZONI, *Donazione di cosa altrui e usucapione abbreviata*, in *Rivista del Notariato*, 2001
- GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*<sup>2</sup>, I, in *Il codice civile, commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1998
- GENTILE, *Effetti del possesso e azioni possessorie*, Napoli, 1958
- GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959
- GENTILE, *Il possesso*, Torino, 1977
- GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940
- GIORGIANNI, voce “Diritti reali (diritto civile)”, in *Novissimo Digesto italiano*, V, Torino, 1960, p. 748 ss.
- GIOVENE, *Il negozio giuridico rispetto a terzi*, Torino, 1917
- GIULIANO, *Norma giuridica, diritto soggettivo ed obbligo giuridico*, ristampa Bologna, 1965
- GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Torino, 1937
- GORLA, *La riforma della trascrizione secondo il T.U. sulle tasse ipotecarie 30 dicembre 1923*, in *Rivista di diritto civile*, 1930
- GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941
- GRECO, *Della proprietà*, III, Torino, 1958

- GROZIO, *De jure belli ac pacis*, Losanna, 1751
- HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1966;
- IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, 64 ss.
- IRTI, voce "Rilevanza giuridica", in *Novissimo Digesto italiano*, XV, Torino, 1968, 1094 ss.
- IRTI, *Sul concetto di titolarità*, in *Rivista di diritto civile*, 1970, 501 ss.
- LAUREANT, *Principi di diritto civile*, Milano, 1905
- LIBERATI, voce "Pubblicità (dir. interm)", in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, 1988
- LISELLA, *Acquisti immobiliari di associazioni non riconosciute*, Napoli, 1993
- LUMINOSO, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, Milano, 1972
- LUPARIA, *Ancora sul diritto reale del conduttore secondo il codice civile*, II, 1882
- LUPARIA, *Il diritto del conduttore è esso personale o reale?*, in *La Legge*, 1881, II, 103 ss.
- LUZZATI, *Della trascrizione*, II, Torino, 1882
- LUZZATO, *L'art 1470 cc. e la compravendita consensuale romana*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1965
- MAIORCA C., *L'oggetto dei diritti*, Milano, 1939
- MAIORCA C., *Della trascrizione*, in *Commentario D'Amelio, Tutela dei diritti*, Firenze, 1943
- MAIORCA S., voce "Condizione", in *Digesto delle discipline privatistiche sezione civile*, III, Torino, 1988, 273 ss.
- MARIANI, *Lineamenti di diritto ipotecario*, Osimo-Milano, 1936
- MARIANI, *Ipoteca e trascrizione*<sup>2</sup>, Milano, 1951
- MARICONDA, *Donazione di cosa altrui ed usucapione abbreviata di immobili*, in *Corriere giuridico*, 2001

MARICONDA, *La trascrizione*<sup>2</sup>, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 19, t. I, Torino, 1997 (rist. 2008)

MASI, *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*<sup>2</sup>, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 8, t. II, Torino, 2008

MENGONI, *Conflitto tra locatori e possessori positivi*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1948

MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975

MENGONI, voce “*Acquisti a non domino*”, in *Digesto delle discipline privatistiche sezione civile*, I, Torino, 1987, 69 ss..

MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, 1, Milano, 1952,

MESSINETTI, *La tutela della proprietà “sacrificata”*, Padova, 1999

MESSINETTI, *Trascrizione delle domande giudiziali ed accertamento incidentale della sottoscrizione della scrittura privata. Appunti sull’art. 2652 n. 3 c.c. e sul principio di tassatività degli effetti l’art. 2645 c.c.*, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, c. 187

MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*<sup>3</sup>, in *Commentario al codice civile*, IV, 2, Torino, 1980

MIRABELLI G., *Del diritto dei terzi secondo il codice civile italiano*, Torino, 1889

MOCCIA, *La sicurezza degli acquisti immobiliari: figure di “usucapione” e sistemi di pubblicità immobiliare nella prospettiva del “diritto privato europeo”*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992

MONATERI, *La sineddoche*, Milano, 1984

MONTEL – SERTORIO, voce “*Usucapione (dir. vig.)*”, in *Novissimo Digesto*, XX, Torino, 1975, 299 ss.

MONTEL, *In tema di usucapione abbreviata, di giusto titolo e di cause di sospensione*, in *Giur. agr. it.*, 1965, 166 ss.

MONTEL, *Usucapione decennale e titolo inefficace per precedente trascrizione di altro titolo dallo stesso autore*, in *Giurisprudenza italiana*, 1958, I, 1, 283

MORITTU, *Revisione della dottrina su alcuni principi fondamentali riguardanti la trascrizione dei contratti traslativi della proprietà immobiliare*, Milano, 1936

NATOLI, *Della tutela dei diritti. Trascrizione. Prove*, in *Commentario al codice civile*, Torino, 1971

NATOLI, *Della Condizione*, in *Commentario al codice civile*, a cura di D'Amelio e Finzi, VI, Firenze, 1944,

NATOLI, *Doppia alienazione immobiliare e azione revocatoria* (nota a Cass. 12 ottobre 1948, n. 1737), in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1948, III, 1187 ss.

NATOLI, *Doppia alienazione immobiliare e azione revocatoria* (nota a Cass. 12 ottobre 1948, n. 1737), in *Diritti fondamentali e categorie generali. Scritti di Ugo Natoli*, Milano, 1993, 783

NATOLI, *La proprietà*, Milano, 1970

NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000

NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano 1936, ora in *Raccolta di scritti*, II, Milano, 1980

NICOLÒ, *La trascrizione*, I, II, Milano, 1973

NICOLUSSI, *La lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998

NOVARA, *La responsabilità del terzo complice nell'inadempimento del contratto*, in *Temi*, 1951

OTTELLO, *La pubblicità automobilistica*, Torino, 1935

PACCHIONI, *Condicio e condicio iuris nel contratto di assicurazione vita*, in *Il diritto commerciale*, 1925

PALERMO G., *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974

PELOSI, *La proprietà risolubile*, Milano, 1975

PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche (1919 – 1920)*, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano 1958

PERLINGERI, *Introduzione alla problematica della "proprietà"*, Camerino, 1971

PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Milano, 1928,

POCAR, *Servitù non trascritta e opponibilità al terzo acquirente dell'immobile*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1961, I

POLACCO, *Appunti sulle locazioni*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, IV, 1887, 409 ss.

POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*<sup>2</sup>, Roma 1915

POLETTI, *Doppia alienazione immobiliare e “responsabilità extracontrattuale da contratto”*, in *Contratto e impresa*, 1991, p. 737 ss.

Proto PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968

PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Milano, 1964

PUGLIATTI, *Rivendica, reintegra e azione per restituzione*, in *Foro it.*, 1933, I, c. 1532 ss.

PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà nel diritto romano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di Vacca, Torino, 1997

PUGLIESE, *La prescrizione acquisitiva*, in *La prescrizione nel diritto civile*, I, Torino, 1921

PUGLIESE, *La trascrizione*, II, *L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, a cura di Giacobbe e La Torre, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1989

PUGLIESE, *Sul contratto in diritto romano*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di Burdese, Padova, 2006

PUGLIESE, voce “*Diritti reali*”, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, 767 ss.

RAVÀ, *Legittimazione e rappresentanza indiretta nell'alienazione*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1952, I, 31 ss.

RAVAZZONI, *Sul concetto di evizione*, in *Studi parmensi*, VIII, 1958

ROMANO S., voce “*Diritti assoluti*”, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, rist. 1983, 52 ss.

RUPERTO, voce “*Usucapione (diritto vigente)*”, in *Enciclopedia del diritto*, XLV, Milano, 1992

RUSSO, *Evizione e garanzia*, Milano, 1965

RUSSO, *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*, Milano, 1965

- RUSSO, *Vendita e consenso traslativo*, in *Il codice civile. Commentario*, già diretto da Schlesinger continuato da Busnelli, Milano, 2010
- SACCO – DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Sacco, Torino, 1993
- SALANDRA, *Manuale di diritto commerciale*, II, Bologna, 1948
- SAREDO, *Il diritto conferito al conduttore dal contratto di locazione è esso personale o reale?*, in *La Legge*, 1869
- SATTA, *Esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di Vassalli, Torino, 1952
- SAVUGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, III, Torino, 1886
- SCALISI, voce “*Inefficacia (dir. priv.)*”, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1971, XXI, 353 ss.
- SCARPELLI, *La definizione nel diritto*, in *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976
- SCIALOJA, *Negozi giuridici: corso di diritto romano nella Regia Università di Roma nell'anno accademico, 1892 – 1893*, Bologna – Romano,
- SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Roma, 1933
- SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2008
- SCOGNAMIGLIO, *Recensione ad Auricchio*, in *Rivista del diritto civile*, 1958, I, 342 ss.
- SICCHIERO, *La trascrizione e l'intavolazione*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commentata*, fondata da Bigiavi, Torino, 1993
- SRAFFA, *I contratti non ancora approvati dall'autorità tutoria*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1918, II, 406 ss.
- STOLFI, *Appunti sul c.d. principio consensualistico*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1977, I
- STOLFI, *I nascituri non concepiti*, in *Annali Macerata*, 1930,
- TABET, *La locazione-conduzione*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da Cicu Messineo, XXV, Milano, 1972
- TATARANO, *Circolazione dei diritti e accesso ai beni*, in *Lipari (a cura di), Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1974
- TENDI, *Contributo alla dottrina della natura e del concetto delle condizioni*, in *Giurisprudenza italiana*, 1906, 25 ss.

- THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padova, 1951
- TOMMASEO, *Problemi attuali del diritto tavolare*, in *Notariato*, 2002
- TRIFONE, *La locazione: disposizioni generali e locazioni di fondi urbani*<sup>2</sup>, in *Trattato di diritto privato*, diretto a Rescigno, IV, 12, t. II, Torino, 2007
- TRIOLA, voce « *Trascrizione* », in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, 1992, 937 ss.
- TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*<sup>2</sup>, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, IX, Torino, 2004
- UBERTAZZI, *Studi sui diritti reali nell'ordine internazionale*, Milano, 1949
- VARANO, *Conflitto tra acquirente per usucapione e avente causa dall'usucapito nel sistema della trascrizione immobiliare*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2006
- VENEZIAN, *Lezioni sui diritti reali*, Bologna, 1903-1904
- VENEZIAN, *Dell'usufrutto, uso, abitazione*, in *Il diritto civile italiano*, II, Napoli – Torino, 1931
- VENEZIAN, *La riforma della trascrizione nel disegno di legge per lo sgravio del debito ipotecari*, in *Temi*, 1905
- VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995
- VILLA, *Sulla natura del diritto del conduttore secondo il codice civile*, Giuseppe Civelli editore, II, 1888
- VISALLI, *Sull'asserita inefficacia della donazione di beni altrui, con spunti in tema di «titolo idoneo» ai fini dell'usucapione abbreviata e di donazione obbligatoria*, in *Rivista del Notariato*, 2002.
- VISALLI, *Trascrizione tardiva del titolo di acquisto e usucapione decennale*, in *Foro italiano*, 1957, I, 1809
- ZACCARIA - TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, Torino, 2005
- ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975