

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI

FEDERICO II



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

**CORSO DI DOTTORATO IN DIRITTO DELLE PERSONE,
DELLE IMPRESE E DEI MERCATI**

XXXIV° CICLO

TRASCRIZIONE: ECCEZIONALITÀ E COSTITUZIONE.
PROSPETTIVE ASSIOLOGICHE.

COORDINATORE

Ch.mo Prof. Massimo Miola

CANDIDATO

Dott. Riccardo Pulcini

TUTOR

Ch.ma Prof.ssa Consiglia Botta

INDICE

CAPITOLO I

IL DOGMA DELL'ECCEZIONALITÀ DELLE NORME IN MATERIA DI TRASCRIZIONE

1. Premesse terminologiche e metodologiche. Eccezionalità, tassatività, tipicità.	5
2. Eccezionalità come deroga al principio del consenso traslativo.	35
2.1. Eccezionalità e principio <i>nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habeat</i> .	40
2.2. Eccezionalità e principio <i>prior in tempore potior in jure</i> .	56
3. Spunti sulla eccezionalità dell'art. 2644 c.c. da una prospettiva assiologica.	68

CAPITOLO II

LA PUBBLICITÀ DEL MUTUO DISSENSO FRA ANNOTAZIONE E TRASCRIZIONE

1. Il mutuo dissenso. La natura giuridica.	110
	3

2. Il mutuo dissenso. La pubblicità.	131
3. Una soluzione alternativa. La trascrizione del mutuo dissenso ad efficacia eliminativa.	147
BIBLIOGRAFIA	192

CAPITOLO I

IL DOGMA DELL'ECCEZIONALITÀ DELLE NORME IN MATERIA DI TRASCRIZIONE

- 1. Premesse terminologiche e metodologiche. Eccezionalità, tassatività, tipicità.**

Fin dalla promulgazione del codice civile del 1942, e già sotto la vigenza di

quello del 1865, dottrina¹ e giurisprudenza² pressoché unanimi, fatte salve poche voci contrarie³, hanno affermato in modo perentorio la natura tassativa delle norme dettate in materia di trascrizione e, più in generale, di pubblicità immobiliare.

¹ F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, 10, Torino, 1886, p. 4; N. COVIELLO, *Della trascrizione*, I, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, diretto da P. Fiore e B. Brugi, Napoli-Torino, 1924, p. 243 ss.; A. BUTERA, *Il codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli. Libro della tutela dei diritti*, VI, Torino, 1942, p. 3 ss.; C. ZAPPULLI, *Il libro della tutela dei diritti*, Milano, 1943, p. 22; C. MAIORCA, *Della trascrizione*, in *Codice civile. Commentario. Libro della tutela dei diritti*, diretto da M. D'Amelio, Firenze, 1943, p. 17; L. FERRI, *Note introduttive ad uno studio sulla trascrizione immobiliare*, in *Studi in onore di A. Cicu*, I, Milano, 1951, p. 306; ID., *Trascrizione immobiliare*, in *Comm. cod. civ.*, Libro VI, *Tutela dei diritti*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, (rist.) 1977, p. 170 ss.; F.S. GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959, p. 99 ss.; ID., voce *Trascrizione*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, p. 519; R. MASTROCINQUE, *La trascrizione*, Roma, 1963, p. 210 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, IX ed., Milano, 1965, p. 764 ss.; A. PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, p. 234; L. PESCATORE, *Il principio della tassatività quanto alle formalità ipotecarie*, in *Riv. dir. ipot.*, 1969, p. 247; P. DE LISE, *Della trascrizione*, in *Commentario teorico-pratico al codice civile*, Novara-Roma, 1970, p. 25; R. NICOLÒ, *La trascrizione. Appunti dal corso di diritto civile*, a cura di R. Moschella, G. Mariconda e F. Gazzoni, II, Milano, 1973, p. 3; D. MALTESE, voce *Registri immobiliari*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 474; G. SICCHIERO, *Tassatività dei titoli soggetti a trascrizione*, in *Foro pad.*, 1991, I, c. 545 ss; ID., *La trascrizione e l'intavolazione*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1993, p. 104 ss.; L. RAGAZZINI, *Nuovi orientamenti di dottrina, giurisprudenza e legislazione in materia di trascrizione*, in *Riv. not.*, 1989, p. 108 ss.; G. MARICONDA, *La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 19, Torino, 1997, p. 86; ID., *Le pubblicità*, Napoli, 2005, p. 67 ss.; N. CORBO, *La tutela dei diritti*, Torino, 2006, p. 38 ss.; N.A. CIMMINO, *Trascrizione*, in *Commentario al codice civile*, a cura di P. Cendon, Milano, 2008, p. 29; A. ZACCARIA e S. TROIANO, *I mutamenti giuridici soggetti a trascrizione ai fini dell'art. 2644 c.c.*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, e coordinato da A. Zoppini, IV, 2, *L'attuazione dei diritti*, Milano, 2009, p. 19 ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da E. Gabrielli, F. Gazzoni, I,

Più precisamente, la materia della pubblicità immobiliare sarebbe caratterizzata, per le ragioni storiche e logico-giuridiche di cui si dirà, dal connotato della «eccezionalità», andando così a costituire un sotto-sistema normativo chiuso⁴, o meglio, un sotto-sistema in grado di interagire con le norme poste all'esterno negli

Torino, 2012, p. 85 ss.; G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2012, p. 43 ss.; G. FREZZA, *Trascrizione delle domande giudiziali* (Artt. 2652-2653), in *Comm. cod. civ.*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F. Busnelli, Milano, 2014, p. 51 ss.; R. TRIOLA, *Della trascrizione*, in *Comm. Cod. civ.*, Libro VI, *Della tutela dei diritti*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2016, p. 11. Con riferimento alle formalità pubblicitarie accessorie, G. FREZZA, *Annotazioni. Cancellazioni. Titolo e nota di trascrizione. Formalità e procedimento* (Artt. 2654-2682), in *Comm. cod. civ.*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2017, p. 21 ss. *Contra*, G. BARALIS, *La pubblicità immobiliare fra eccezionalità e specialità*, Milano, 2010, p. 53 ss., per il quale il sistema pubblicitario avrebbe natura speciale e non eccezionale, ammettendone così l'applicazione analogica; G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli-Roma, 2009, sostiene che, oggi, nell'attuale orizzonte assiologico, la trascrizione rappresenti il criterio principale e ordinario di soluzione dei conflitti propri della circolazione immobiliare; E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008, spec. p. 64, 93 ss.; in parte, anche L. MENGONI, voce *Acquisto a non domino*, in *Dig., discipl. priv., Sez. civ.*, Torino, 1987, p. 74.

² Cfr. Cass. 5 maggio 1960, n. 1029, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 1340; Cass. Sez. un., 18 febbraio 1963, n. 392, in *Riv. dir. ipot.*, 1966, p. 132, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 249, in *Foro it.*, 1963, I, c. 928, in *Riv. not.*, 1963, p. 340.

³ Sotto la vigenza del codice del 1865, V. SCIALOJA, *Nota a Cass. Roma 6 aprile 1893*, in *Foro it.*, 1893, I, c. 522; R. LUZZATTO, *Le alienazioni delle parti di cosa immobile*, cit., p. 775 ss.; G. SCARPELLO, *Le nuove norme in tema di trascrizione*, in *Circolo giur.*, 1930, I, p. 209 ss., propugnava l'applicazione dell'interpretazione analogica onde colmare talune aporie legislative.

⁴ F. GAZZONI, *op. cit.*, I, p. 85 s.: «In termini più puntuali l'art. 2672 fa salve le disposizioni delle leggi speciali che richiedono la trascrizione di atti non contemplati dal capo I e cioè dagli artt. 2643 ss., con ciò dimostrando al di là di ogni dubbio che tali atti ulteriori devono essere previsti da leggi speciali, le quali possono operare in materia di trascrizione solo in virtù di detta norma di collegamento, a riprova del fatto che il legislatore ha inteso costruire un sistema chiuso[...]».

angusti, per certi versi, misteriosi limiti in cui tale interazione sia espressamente consentita. In quanto eccezionali, infatti, le norme in questione, in virtù dell'art. 14 delle preleggi, sarebbero insuscettibili di applicazione analogica⁵, essendone invece ammessa l'interpretazione estensiva⁶.

⁵ F. GAZZONI, *op. cit.*, I, p. 78: «In termini più generali, poi, vale l'art. 14 disp. prel. secondo cui le leggi che fanno eccezione a regole generali non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati, al pari di quelle penali. Pertanto poiché il sistema della trascrizione, da un lato, deve osservare il principio di legalità e, dall'altro, fa eccezione alla regola generale del principio del consenso traslativo, le relative norme non potranno essere applicate analogicamente, così come in materia penale, là dove vige il principio secondo cui *nullum crimen sine lege*».

Sul piano della teoria generale dell'interpretazione, cfr. M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva*, Milano, 2003, p. 221, ove rileva che «non tutta la dottrina, tuttavia, sembra essere concorde sulla natura di divieto costituita dall'articolo 14» e riporta il pensiero di F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3 ed., Roma, 1951, p. 90, per il quale il significato dell'art. 14 consisterebbe nel fatto che le leggi penali e quelle eccezionali non possono servire alla ricostruzione di un principio. Sulla impossibilità logica del divieto contenuto nell'art. 14 prel., v. M. S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, II, in *Jus*, 1942, II, p. 65 ss. Contrario, nel senso che, nonostante la «apparente irrazionalità, il divieto è precisamente disposto, e da esso non si può sfuggire», F. MODUGNO, voce *Norma giuridica*, II, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 523. Sulla piena compatibilità logica tra diritto eccezionale ed estensione analogica, v. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, p. 170 s.; Santi ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, (rist.) Milano, 1953, p. 90. Cfr., altresì, SAVIGNY, *Il diritto romano*, trad. it. A cura di C. Moschitti, I, Napoli, 1847, §46, nel senso che nessuna ragione consentirebbe di giustificare il divieto di estensione analogica per le norme eccezionali, giacché il procedimento analogico non riguarderebbe la cerchia dei casi disciplinati dalla norma regolare e da quella eccezionale, ma casi ulteriori, estranei a tale cerchia: l'uso dell'analogia non estenderebbe la norma eccezionale rispetto alla norma regolare, ma risolverebbe una questione non disciplinata di per sé, né dall'una né dall'altra norma.

⁶ La dottrina più rigorosa pare attestarsi su una posizione di cautela anche con riguardo all'uso della interpretazione estensiva. A tal riguardo, cfr. F. GAZZONI, *op. cit.*, I, p. 90: «Anche l'interpretazione estensiva è, in linea di massima, da contenersi entro limiti di strettissima

Ora, la premessa fondamentale sulla quale basare la presente indagine, volta a verificare se davvero abbia ancora senso, allo stato attuale, parlare di “tassatività” in tema di trascrizione, è che il carattere eccezionale di una norma, o di un complesso organico di norme, non è un dato immutabile, anzi, «la qualifica di eccezionale rivela, in verità, una portata di relatività logica e “condizionalità storica” tale per cui il passaggio dalla norma eccezionale a quella, per così dire, comune avviene, più che per trasformazioni logico-giuridiche, per una continua evoluzione politica e sociale del tessuto su cui questa va ad operare»⁷. D'altra parte,

attinenza, considerando l'eccezionalità delle norme sulla trascrizione e l'assoluta vaghezza del limite che la separa dall'analogia».

In giurisprudenza, v. Cass. 28 marzo 1981, n. 1800, in *Giust. Civ. Mass.*, 1981, la quale esclude sia l'analogia sia l'interpretazione estensiva delle norme eccezionali.

⁷ M. FRACANZANI, *op. cit.*, p. 226 ss. In questo senso, v. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici, (Teoria generale e dogmatica)*, (1949) II ed. a cura di G. Crifò, Milano, 1971, p. 181 ss.; F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921, p. 242: «Può avvenire che un principio, eccezionale un tempo, diventa dominante dopo e viceversa»; P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2021, p. 12: « SÌ che l'eccezionalità o specialità di una norma non è una qualità intrinseca: dipende infatti dal sistema (di norme) ove è inserita. [...] L'eccezionalità è questione di interpretazione: essa non è altro che la corretta individuazione della singolarità della relazione tra i molteplici principi coinvolti nella fattispecie concreta o della singolarità dell'attuazione del principio di una fattispecie atipica»; M. PATRONO, voce *Legge (vicende della)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 921; M. ORLANDI, *Astreinte e analogia*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 106, sostiene che «il carattere dell'eccezionalità è sempre relativo»; L. CAIANI, voce *Analogia*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 369: «È pure indubbio che determinate norme, in determinati momenti da considerare come eccezionali, potranno diventare in un momento successivo normali o quanto meno speciali, in rapporto alla sempre maggior rilevanza e consistenza sociale dei rapporti da esse contemplati, oppure in rapporto alla eventuale modificazione degli stessi principi dell'ordinamento cui esse appartengono». «A questo riguardo sembra però doversi osservare che il fenomeno della inefficacia e della desuetudine del divieto non ha lo stesso significato per le norme eccezionali e per quelle penali. Mentre infatti per queste, il fenomeno della inefficacia assume significato

si afferma, «l'eccezione è concetto relativo non soltanto dogmaticamente, ma anche storicamente, nel senso che una norma-regola potrà, col mutare delle circostanze, diventare eccezionale, viceversa, una norma-eccezione diventare norma-regola. Tale possibilità di mutazione nel tempo può verificarsi sia per il mutamento dell'ordinamento normativo (e allora la relatività dogmatica assorbe, per così dire, la relatività storica), sia per il mutamento di significato di (talune) norme o di

di vera e propria critica al loro fondamento, per quelle eccezionali si tratta di un processo per così dire fatale, per cui, in rapporto allo stesso *fenomeno inesorabile della storicità dell'esperienza giuridica* e quindi della *continua evoluzione dei rapporti politico-sociali*, ciò che *sorge come eccezionale diventa o può diventare normale*, ossia può divenire, per propria forza, un elemento integrante del sistema e dell'ordinamento. (E da questo punto di vista, anzi, si potrebbe osservare come *tutta la storia giuridica non sia che storia di eccezioni che si trasformano in regole, di novità che si trasformano in normalità*)» (p. 370). Corsivo aggiunto. Cfr. anche N. BOBBIO, *L'analogia*, cit., p. 164 s.; V. GUELI, *Il «diritto singolare e il sistema giuridico»*, Milano, 1942, p. 48. Con specifico riferimento alla disciplina del patto di famiglia, v. G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, I, p. 194: «[U]na norma, seppure fosse eccezionale, in quanto singolare relazione tra regola e principi o attuazione atipica del principio, può trovare applicazione estensiva o analogica all'interno del proprio contesto giustificativo (arg. art. 3 Cost.), ovvero in ogni ipotesi nella quale si riproduca la medesima modalità di relazione (o attuazione) tra regole e principi che caratterizza la norma eccezionale. Ciò conformemente a quella impostazione che, nel prevedere il superamento della distinzione qualitativa (*rectius* di grado e non di sostanza) tra analogia ed interpretazione estensiva, non esclude, anche per le norme eccezionali, l'applicazione analogica. L'eccezionalità, infatti, è questione di interpretazione e dipende non dalla frequenza di impiego di una norma, ma dalla corretta individuazione della singolarità della relazione tra i molteplici principi coinvolti nella fattispecie concreta (c.d. eccezionalità da concorso atipico di principi) o della singolarità dell'attuazione del principio di una fattispecie atipica (c.d. eccezionalità da attuazione atipica del principio)».

In giurisprudenza, nel senso che l'eccezionalità è questione di interpretazione, v. Cass. Sez. un., 17 settembre 2015, n. 18214, in *Giust. civ. Mass.*, 2015.

(taluni) princípi dell'ordinamento, rilevabile attraverso la cosiddetta interpretazione evolutiva»⁸. Basti pensare, a titolo esemplificativo, al divieto di atti emulativi (art. 833 c.c.): «considerato una norma eccezionale quando vigeva il principio ottocentesco dell'inviolabilità del diritto del proprietario (ogni limite legislativo al suo potere era quindi eccezionale) – non è eccezionale (e può essere applicato per analogia) nel vigente sistema costruito sui princípi costituzionali di solidarietà (2 cost.) e di funzione sociale della proprietà (42 cost.)»⁹.

⁸ F. MODUGNO, *op. cit.*, p. 518. Lo stesso dicasi con riguardo alle norme speciali, sulle quali v., ad es., N. IRTI, *L'età della codificazione*, Milano, 1999, p. 53 ss., ove sostiene che la qualifica della specialità «deriva da un *giudizio di comparazione* tra due norme» che «implica l'*accertamento del contenuto* dell'una e dell'altra, cioè un'attività interpretativa»; e «poiché il risultato della comparazione dipende dai *termini* tra cui si svolge, ed è perciò relativo e mutevole, una norma da generale può degradare a speciale, ed un'altra innalzarsi da speciale a generale. [...] Questo fenomeno si designa come *relatività del giudizio di comparazione*, e, dunque, degli attributi di specialità e generalità».

⁹ P. PERLINGIERI, *op. loc. ult cit.* Cfr., altresì, M. COMPORTI, *I diritti reali in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, II ed., Milano, 2011, p. 193 s., per il quale sembra «fondatamente prospettabile l'applicabilità della norma di cui all'art. 833 c.c. non solo a tutte le situazioni reali tradizionali, ma anche alle situazioni nelle quali è stata ravvisata la caratteristica della realtà (e così, ad esempio, la situazione del conduttore, dell'affittuario, del creditore anticretico, del coltivatore), ed anche alle situazioni di godimento di natura personale come quelle del possessore o del comodatario. Per le stesse ragioni non può condividersi l'orientamento restrittivo che, *sulla base della pretesa natura eccezionale della norma in esame*, ne ha limitato l'applicazione alla sfera delle facoltà di godimento, escludendo invece la sfera del potere di disposizione: la norma va riferita all'intero contenuto del diritto reale, e pertanto alle facoltà, ai poteri, ai limiti ed agli obblighi in esso previsti. La norma stessa, riletta alla luce dell'art. 42 Cost., pone in evidenza un limite che è divenuto rilevante all'interno della situazione, per modellare e strutturare la medesima, nel profilo dinamico dell'esercizio, ai nuovi princípi costituzionali di solidarietà. Ed è proprio il collegamento dell'art. 833 coi princípi costituzionali che determina il superamento delle tendenze tradizionali dirette a limitare l'attuazione della norma, sia sotto il profilo oggettivo

che sotto quello soggettivo» (corsivo aggiunto). *Contra*, nel senso che l'art. 833 sarebbe di stretta applicazione, S. PUGLIATTI, *Della proprietà*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da M. D'Amelio, Firenze, 1942, p. 141.

Ci si propone, in sostanza, di valutare, all'interno di una interpretazione sistematica¹⁰ ed evolutiva¹¹, se nell'attuale orizzonte assiologico¹² debba ritenersi

¹⁰ Emblematiche di tale approccio esegetico sono le parole di F. Carnelutti, «*la realtà del diritto non è nelle singole parti ma nel tutto e così nella sua unità*» (F. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, Padova, 1939, p. 67 s., corsivo aggiunto).

Cfr. P. PERLINGIERI, *Fonti e interpretazione*, in ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, Napoli, 2020, p. 255, ove, richiamando Santi Romano (*Interpretazione evolutiva*, 1947, in ID., *L'“ultimo” Santi Romano*, Milano, 2013, p. 713), afferma che «[...]l'ordinamento, costituito non soltanto di enunciati legislativi, ma anche di uomini, di persone, che lo reggono e lo governano con un'attività che può svolgersi nei modi, nelle forme e con gli effetti più vari, continuamente si modifica, si rinnova, si evolve, pur rimanendo fermo nella sua identità continuativa e durevole. L'interpretazione c.d. evolutiva, ovvero manipolativa e creativa, si fa rientrare come interpretazione dell'ordinamento. In realtà ciascuna disposizione viene sempre interpretata per la posizione che essa assume nell'intero ordinamento. Ciò rende superfluo distinguere interpretazione della legge e interpretazione dell'ordinamento».

¹¹ Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, p. 354; F. MODUGNO, *op. cit.*, p. 518, nota 78: «È evidente come l'interpretazione «storica» possa trasformarsi nel tempo nei limiti dell'interpretazione possibile, ciò che deve anzi puntualmente verificarsi allorché si tratti di disposizioni emanate anteriormente all'entrata in vigore della Costituzione, che vanno interpretate non nel sistema in cui storicamente ebbero nascita, bensì nell'attuale sistema in cui vivono.[...]Si può dire, pertanto, che la cosiddetta interpretazione evolutiva, concorrendo alla trasformazione e al mutamento delle norme «viventi» nei limiti delle espressioni dei fatti normativi e delle disposizioni poste dagli atti normativi, non è che un aspetto della interpretazione sistematica»; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II, cit., p. 262, nota 403: «È espressione di un atteggiamento formalista, ignaro della connessione tra comportamenti e regole, credere a un diritto immutabile, eterno, atemporale, insensibile al mutamento delle ideologie. La mancanza di consapevolezza della socialità della scienza giuridica sembra, infatti, tradire il compito proprio di questa forma di conoscenza, quale conoscenza del diritto al fine della sua corretta applicazione»; E. PARESCHE, voce *Interpretazione*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 226 ss.: «L'interpretazione sistematica, che i tedeschi con maggiore precisione denominarono *Auslegung aus dem System*, mentre, da un lato, cerca nell'insieme della legislazione un aiuto per la comprensione delle singole parti di un testo o di quella dell'intero suo contesto, dall'altro permette di andar oltre ai

ancóra corretto attribuire al sistema della pubblicità immobiliare la qualifica di eccezionale.

A tal scopo, appare indispensabile delimitare anzitutto il campo semantico, il significato giuridico, della locuzione «norma eccezionale».

Ebbene, constatata l'assenza nel vigente ordinamento positivo di una definizione legislativa di «norma eccezionale», la dottrina si è profusa nel tentativo di ricostruirne la categoria dogmatica, con soluzioni, invero, tutt'altro che univoche.

Per taluni autori¹³, a distinguere la norma generale da quella eccezionale varrebbe l'estensione del rispettivo ambito di applicazione: le norme eccezionali sarebbero quelle chiamate a disciplinare *determinate* e *ristrette* categorie di soggetti, oggetti, situazioni, ed in questo senso finirebbero col confondersi con le norme speciali¹⁴.

testi e ritrova nell'insieme della legislazione la possibilità non solo di nuovi significati, ma addirittura di nuove norme (per esempio, i principi generali del diritto)»; G. LAZZARO, *L'interpretazione sistematica della legge*, Torino, 1965, p. 19.

¹² Cfr. P. PERLINGIERI, *Chiusura dei lavori*, in AA.VV., *Pubblicità degli atti e delle attività, Atti dell'8° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (SISDiC), 3-4-5 aprile 2013*, Napoli, 2014, p. 498, secondo il quale si rende necessaria «un'interpretazione delle norme sulla pubblicità e sulla risoluzione dei conflitti fondata su una logica che sia anche assiologica. Viceversa, ma soprattutto con riferimento al tema della pubblicità, è ancóra diffusa la tendenza a ricorrere con tenacia all'art. 12 delle preleggi e all'interpretazione letterale, mostrando diffidenza verso l'interpretazione sistematico-assiologica e attenta anche alla dimensione europea»; M. FRACANZANI, *op. cit.*, p. 227: «Essendo del tutto relativa la distinzione tra norma eccezionale e norma comune, pertanto, emerge chiaramente che solo l'interprete può, alla luce della sua attualità, stabilire il confine del suo sforzo ermeneutico, applicando sì anche lo strumento analogico, ove l'evoluzione delle fattispecie lo richieda, ma sempre entro l'orizzonte assiologico su cui fa perno il sistema e da cui, pena l'arbitrarietà del risultato, non si deve mai discostare».

¹³ Cfr. V. GUELI, *op. cit.*, p. 40, nota 1, il quale fa risalire la teoria a F. Regelsberger.

¹⁴ F. MODUGNO, *op. cit.*, p. 518.

A tale impostazione è stato tuttavia obiettato che essa presupporrebbe «l'arbitraria determinazione della categoria, con la conseguenza inammissibile della necessaria integrazione della relatività del concetto di eccezionalità, per cui tutte le norme relative a classi speciali sarebbero sempre eccezionali»¹⁵.

Sempre da una prospettiva quantitativa, o per meglio dire «statistica», è stato sostenuto¹⁶ che, al fine di individuare la norma generale e quella che ne costituisce eccezione, ci si dovrebbe basare «sugli insiemi dei rapporti rispettivamente regolati: maggiori per le norme comuni, minori per quelle eccezionali»¹⁷. Sarebbe il numero, cioè la quantità di situazioni disciplinate a distinguere la regola dall'eccezione. Tuttavia, «l'impossibilità di calcolare il numero dei rapporti disciplinati da una norma, l'incertezza circa il modo di concepire questi stessi rapporti, se cioè come fattispecie astratte o situazioni concrete, [...] l'ambiguità e l'assurdità cui l'applicazione del criterio quantitativo conduce, inducono a ritenerlo equivoco e inutilizzabile»¹⁸.

¹⁵ F. MODUGNO, *ibidem*.

¹⁶ A. ROCCO, *Principii di diritto commerciale*, Torino, 1928, p. 61, nota 6; ID., *Intorno ai caratteri del diritto commerciale obiettivo e ai suoi rapporti col diritto civile*, in *Studi di diritto commerciali e altri scritti giuridici*, I, Roma, 1933, p. 56 ss.; cfr. F. CARNELUTTI, *Criteri di interpretazione della legge sugli infortuni*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, p. 202 ss.; ID., *Infortuni sul lavoro*, I, Roma, 1913, p. 3.

¹⁷ F. MODUGNO, *op. cit.*, p. 519.

¹⁸ F. MODUGNO, *ibidem*. Critici, nei confronti del criterio statistico, M. BOSCARELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955, p. 108; L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, p. 197; V. GUELI, *op. cit.*, p. 41; P. COPPA ZUCCARI, *Diritto singolare e diritto territoriale. Studi*, I, *Diritto singolare e diritto comune*, Modena, 1915, I, p. 73.

È anche per tali ragioni che altra autorevole dottrina¹⁹ ha preferito rinvenire il *quid* dell'eccezionalità nella posizione derogatoria di una data norma nei confronti di altra considerata generale o regolare.

Eccezionale sarebbe la norma che disciplina la medesima fattispecie della norma-regola in modo, non soltanto diverso da quest'ultima ma, soprattutto, «*in forma derogatoria*, cioè in modo che se essa non fosse intervenuta, quella fattispecie, che ora è regolata dalla norma eccezionale, non sarebbe stata una fattispecie non regolata o indifferente al diritto, ma sarebbe stata regolata dalla norma di diritto comune»²⁰. L'eccezionalità coinciderebbe, allora, con il fenomeno della «deroga»²¹, la quale «implica innanzi tutto la contemporanea vigenza di entrambe

¹⁹ F. MODUGNO, *op. cit.*, p. 520: «Tra le teorie qualitative appare preferibile quella che concepisce la norma eccezionale come norma derogativa, non già nei confronti di un principio generale dell'ordinamento, bensì della norma (più generale) della propria fattispecie, di quella cioè che, qualora essa mancasse, si applicherebbe in sua vece alla fattispecie stessa. [...] Il rapporto tra norma eccezionale e norma regolare è dato dal fenomeno della "deroga"»; N. BOBBIO, *L'analogia*, cit., p. 165 s.; M. S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 65; M. BOSCARELLI, *op. cit.*, p. 108; G. RESCIGNO, voce *Deroga (in materia legislativa)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 303; L. PALADIN, *op. cit.*, p. 198; M. PATRONO, *op. cit.*, p. 920.

²⁰ N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 165 s. Cfr., altresì, G. CARCATERRA, voce *Analogia (Teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1988, p. 10: «Norma eccezionale è quella che deroga al diritto comune, il quale regolerebbe, secondo i suoi diversi principî, i casi previsti dalla norma eccezionale se questa non esistesse».

²¹ Cfr. M.S. GIANNINI, *Problemi relativi all'abrogazione delle leggi*, Padova, 1942, p. 31, ove definisce la deroga come «quell'accadimento giuridico per cui si pone una norma di contenuto deviante da quello di una norma generale, rispetto ad una situazione di fatto (altri direbbe materia) particolare, che la norma generale perde efficacia qualificatoria rispetto alla situazione particolare, pur conservando il suo carattere generale rispetto a tutte le altre situazioni omogenee, indeterminatamente»; M. BOSCARELLI, *op. cit.*, p. 108, per il quale la deroga «è limite all'efficacia di una norma dovuta alla coesistenza di un'altra norma»; G. RESCIGNO,

le norme (derogata e derogante) e quindi la coesistenza di regola e di eccezione, come pure la possibilità (astratta) che la norma derogata sia applicabile, se non sussistesse la norma derogante, alla fattispecie prevista da quest'ultima»²².

Sotto questo aspetto, e cioè sul modo di rapportarsi alla norma di diritto comune, norma eccezionale e norma speciale, tradizionalmente tenute distinte, costituirebbero invece, secondo la dottrina in commento, categorie dogmatiche sovrapponibili.

Per distinguere l'una dall'altra si era soliti affermare, in effetti, che «la norma di diritto speciale è caratterizzata dalla sua “diversità” rispetto alla norma di diritto comune, mentre la norma eccezionale è caratterizzata dalla sua “contrarietà”

voce *Deroga (in materia legislativa)*, cit., p. 303: «La parola deroga anzitutto designa la relazione che si istituisce fra le norme entro un ordinamento quando una norma sta ad un'altra come l'eccezione alla regola. Allorché una norma disciplina con effetti suoi propri una ipotesi che si presenta come caso di specie rispetto alla ipotesi prevista da altra norma (sicché, ove non esistesse la prima [norma derogante], le fattispecie contemplate da questa sarebbero disciplinate dalla seconda [norma derogata]), le due norme si ordinano in modo tale che la efficacia della norma derogata si estende fin dove le fattispecie concrete non rientrano nella previsione della norma derogante, di modo che l'una costituisce la regola valida in genere, l'altra l'eccezione valida solo per ipotesi specifiche e limitate. In questo senso la deroga è fenomeno normale e costante e non costituisce effetto giuridico (o fatto o atto giuridico) ma modo d'essere delle norme nei loro rapporti reciproci [...]»; L. PALADIN, voce *Eguaglianza (Diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 528: per l'A. la deroga si rinviene «in tutti i numerosissimi casi, nei quali una norma riguarda una singola parte di un insieme di rapporti, limitando l'espansione di altra norma potenzialmente atta a regolare i rapporti medesimi nel loro complesso: il fatto stesso, in vero, che si possa accertare con criteri logici o testuali o cronologici la forza espansiva di quest'ultima disciplina, basta a qualificare la prima come speciale od eccezionale, ed a provare l'appartenenza di entrambe ad una classe giuridica comune».

²² F. MODUGNO, *op. cit.*, p. 520.

rispetto a quella di diritto comune»²³, di tal guisa che se la prima rappresenta un *plus* rispetto al *minus* della norma comune, la seconda, invece, costituisce un *aliter*, rispetto al *quid* della norma comune²⁴.

La distinzione, così formulata onde ammettere all'applicazione analogica le sole norme propriamente speciali, non è apparsa, invero, del tutto appagante, nella misura in cui «anche la diversità si traduce in eccezionalità, se si ammette che, in mancanza della disciplina diversa, dovrebbe applicarsi la disciplina comune e generale e che quest'ultima è appunto impedita dalla disciplina posta con la norma speciale, impedimento che risulta inequivocabilmente dal fatto che la norma speciale, ripetendo la disciplina già posta dalla norma comune e in più aggiungendo una parte nuova di disciplina, deroga all'altra norma, in quanto ad una fattispecie più comprensiva ricollega appunto un effetto complessivamente diverso»²⁵.

²³ Così, F. MODUGNO, *op. cit.*, p. 514 s., nel ricostruire in chiave critica il pensiero, tra gli altri, di P. COPPA ZUCCARI, *op. cit.*, p. 82 ss., nonché di V. GUELI, *op. cit.*, p. 44 e note 7 e 8.

²⁴ P. COPPA ZUCCARI, *ibidem.*; V. GUELI, *ibidem.* Cfr., altresì, N. IRTI, *L'età della codificazione*, cit. p. 58, ad opinione del quale «mentre la norma speciale svolge la logica interna alla norma generale ed aggiunge un effetto ulteriore, la norma eccezionale rompe la logica della norma regolare e introduce una propria e diversa logica. La *valutazione della nota differenziale* può, dunque, compiersi o nel senso di "specificare" la valutazione della fattispecie più semplice o nel senso di discostarsene ed abbandonarla».

²⁵ F. MODUGNO, *op. cit.*, p. 514, che alla nota 60 richiama il pensiero di A. ROCCO, *Principii di diritto commerciale*, Torino, 1928, p. 64: «Quando un rapporto viene sottoposto ad una disciplina *diversa* da quella che lo regolerebbe se la disciplina diversa non esistesse, questa necessariamente costituisce una *eccezione* alla disciplina di cui esclude l'applicazione».

Il fenomeno derogatorio, dunque, risulterebbe caratterizzare entrambe le norme, e quella speciale e quella eccezionale, quantomeno nel momento in cui le si ponga in relazione alla norma di diritto comune²⁶.

I riflessi applicativi di questo modo di intendere l'eccezionalità non sono di poco momento, sol che si pensi che, al fine di escludere una certa norma dal divieto di applicazione analogica di cui all'art. 14 delle preleggi, non sarà più sufficiente qualificarla come speciale²⁷, essendo invece indispensabile esaminare (quantomeno) la coppia di norme e le fattispecie sulle quali esse insistono, onde stabilire se tra di esse sussista un rapporto logico di eccezione a regola: «[o]ccorre in particolare che la situazione di fatto, alla quale si applica la norma derogante, comprenda gli estremi della situazione di fatto alla quale sia applicabile la norma derogata»²⁸.

Ebbene, le ricostruzioni del concetto di norma eccezionale sin qui passate in rassegna sono state tacciate di eccessivo formalismo, avendo tutte tentato di ricostruire l'eccezionalità «mediante metodologie meramente strutturali»²⁹: hanno

²⁶ Si giunge così a ricomprendere nel fenomeno derogatorio tanto una «*deroga per specificazione*» quanto una «*deroga per eccezione*». Così, ad es., N. IRTI, *op. cit.*, p. 64.

²⁷ F. MODUGNO, *op. cit.*, p. 531, per l'A. risulta «artificioso e infondato distinguere le norme speciali dalle norme eccezionali, sia ai fini dell'applicazione del divieto di estensione analogica, sia ai fini dell'applicazione del principio di uguaglianza».

²⁸ F. MODUGNO, *op. cit.*, p. 520.

²⁹ O. CLARIZIA, *Tertium comparationis, norma eccezionale e incostituzionalità con effetto estensivo*, nella collana *Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana*, VII, *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, a cura di P. Femia, Napoli, 2006, p. 175.

Discorre di «crisi in cui è caduto il vecchio concetto di norma eccezionale», G. BRANCA, *Dichiarazione di incostituzionalità e ampliamento di norma eccezionale*, in *Scritti in onore di*

provato a cogliere l'eccezionalità della norma nel suo aspetto statico, a-storico, a spiegarla in base alla sua «posizione topografica» o al «rapporto formale che istituisce con altre regole»³⁰, senza tener in debito conto il suo momento dinamico, la sua propensione diacronica, e cioè il piano sistematico ed assiologico.

Precisamente, ciò che le precedenti elaborazioni avrebbero mancato di rilevare è che, al di là del superficiale *rapporto tra norme*, più in profondità, esiste sempre un *rapporto tra valori*³¹ espressi dalle norme. Qualunque norma, persino quella eccezionale, a ben vedere, sarebbe pur sempre espressione di un'istanza assiologica, di un principio³², sicché il rapporto che andrebbe indagato per meglio comprendere

C. Esposito, I, Padova, 1972, p. 367. Tale crisi può essere superata solo «mediante una rilettura dell'eccezionalità impegnata a verificare, più che la struttura logica della norma, la capacità di comunicare la propria ragion d'essere al sistema di cui è espressione», (O. CLARIZIA, *op. cit.*, p. 193).

³⁰ O. CLARIZIA, *op. cit.*, p. 176.

³¹ O. CLARIZIA, *op. loc. ultt. citt.*: «la natura eccezionale non è caratteristica intrinseca o logicamente necessaria della norma, bensì qualità che scaturisce dal confronto con i valori fondamentali dell'ordinamento considerato nella sua totalità e, dunque, relativa al sistema giuridico nel quale è posta».

³² O. CLARIZIA, *op. cit.*, p. 199. Cfr., altresì, N. BOBBIO, voce *Analoga*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, p. 606, il quale nota che anche le leggi eccezionali ubbidiscono ad una ragione, sia pure diversa da quella che ha fatto porre la legge comune: posto che anche la legge eccezionale ha una sua *ratio*, sia pure eccezionale rispetto alla *ratio* della legge derogata, sembra ragionevole che l'estensione a casi non previsti possa avvenire entro l'ambito della *ratio*, vale a dire se ricorrono casi per i quali valga lo stesso motivo di eccezionalità che ha fatto dettare la legge; N. IRTI, *op. cit.*, p. 70 s.: «Le norme speciali, se da un lato rompono la logica della generalità e dell'indifferenziato, dall'altro introducono nuovi principi di disciplina. L'effetto (*b*, *b'*), corrispondente alla nota differenziale della specie (*a*, *a'*), deriva sempre da un principio, da una stregua di valutazione degli interessi in gioco. [...] Le norme speciali non sono il regno dell'arbitrio e del capriccio, ma il terreno di *emersione di nuove logiche*».

l'eccezionalità, non è semplicemente quello tra la coppia di norme, bensì quello intercorrente tra i principî che di tali norme costituiscono il fondamento, la *ratio*³³. In questo senso, allora, «l'eccezionalità non è un *prius* ma un *posterius* della sua interpretazione sistematica e assiologica. [...] non si riduce ad un fatto quantitativo ma rappresenta una valutazione qualitativa rispetto ai valori ed ai principî che storicamente si vengono a formare nella dinamica dell'ordinamento e dell'esperienza nella sua totalità»³⁴.

Quella dell'eccezionalità è una caratteristica, una qualità non soltanto storicamente condizionata – sì da potersi acquisire e perdere nel tempo – ma, altresì, assiologicamente condizionata.

In definitiva, traslando il profilo derogatorio da un ambito puramente formale ad uno assiologicamente orientato, potrebbe affermarsi che «le norme eccezionali sono caratterizzate da una collisione o contrasto o deroga rispetto ai principî

³³ Nel senso, invece, che il diritto eccezionale sarebbe un'entità «non razionale» e come tale insuscettiva di applicazione analogica, R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1974, *sub art. 14 disp. prel. c.c.*, p. 303 ss.

³⁴ P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, già in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss., ora in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi di diritto civile*, Napoli, 1989, p. 292. Cfr., altresì, ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II ed., Napoli, 1991, p. 101; ID., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 16 s. A. CERRI, *L'estensione analogica e/o per ragione d'eguaglianza ed il privilegio favorevole*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 61; A. BIZZARRO, *Sul superamento del principio di tassatività*, in *Rass. dir. civ.*, 3/2010, p. 919.

fondamentali di carattere politico-valutativo dell'ordinamento giuridico in cui esse sono inserite e di cui, sia pure in collisione, esse fanno parte»³⁵.

La dottrina che ha condiviso tale modo di intendere l'eccezionalità ha coerentemente affermato, con riferimento ai suoi rapporti con l'art. 14 disp. prel. c.c., che «non è pertanto corretto discorrere di assoluto divieto di interpretazione analogica della norma eccezionale che, in quanto singolare relazione tra regola e principî, è applicabile anche analogicamente all'interno del proprio contesto giustificativo: in tutte le ipotesi ascrivibili a quella specifica relazione è giustificabile la sua applicazione»³⁶.

³⁵ L. CAIANI, voce *Analogia*, cit., p. 369. Cfr., altresì, G. BARALIS, *op. cit.*, p. 20, nota 88 ove, richiamando T. RAVÀ, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1938, p. 24, così si esprime: «[...]probabilmente alla base del concetto di eccezionalità di una norma o di un complesso di norme vi è il connotato di un radicale contrasto rispetto ai principi del sistema, talché in qualche autore affiora la conclusione che “per il suo carattere di disarmonia di fronte ai normali principi giuridici, il diritto eccezionale deve essere guardato con diffidenza dall'interprete, che non può applicarlo al di fuori dei casi espressamente indicati dalla legge”[...]».

³⁶ P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 12. Cfr., altresì, P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, p. 18; O. CLARIZIA, *Tertium comparationis*, cit., p. 199, per la quale la norma eccezionale è «suscettibile di estensione analogica in ogni ipotesi nella quale si riproduca la medesima modalità di relazione tra regole e principi che caratterizza la norma eccezionale»; M. PENNASILICO, “Indifferenza” del promittente, garanzia della solvenza dell'electus e “vessatorietà” della riserva di nomina nel contratto per persona da nominare, in *Rass. dir. civ.*, 1999, IV, p. 782 ss.; ID., *La dubbia estensione del privilegio al credito di mantenimento del coniuge separato o divorziato*, nota a Corte cost., 21 gennaio 2000, n. 17, ivi, 2000, II, p. 353; G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, cit., p. 193; A. TARTAGLIA POLCINI, sub art. 14 disp. prel. c.c., in G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2010, I, p. 221; D. CARUSI, «Ensayo sobre a ceguera». *L'analogia come misura del giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 272.

Ebbene, sulla base di questi risultati metodologici più legati ad una visione sistematica ed assiologica del diritto, è possibile forse offrire qualche spunto per riconsiderare, seppur in certa misura, la pretesa eccezionalità del sistema della pubblicità immobiliare, così com'è stata comunemente intesa fino ad oggi.

Restano qui da fare, tuttavia, talune precisazioni terminologiche.

La dottrina, generalmente, quando ha affrontato il tema che ci occupa, lo ha fatto adoperando in maniera indistinta i termini «tassatività» (o *numerus clausus*) e «tipicità», quasi fossero sinonimi. Circostanza, quest'ultima, probabilmente dovuta alla trasposizione del concetto di tipicità dal campo dei diritti reali³⁷ a quello della

³⁷ Sul tema della tipicità dei diritti reali, cfr. F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, p. 64 ss.; A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, Padova, 1982, *passim*; E. CATERINI, *Il principio di legalità nei rapporti reali*, Napoli, 1998, *passim*; A. FUSARO, *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 439; M. COMPORTI, *Tipicità dei diritti reali e figure di nuova emersione*, in *Studi in onore di Bianca*, Milano, 2006, II, p. 769; A. BELFIORE, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979, p. 447; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 249 ss.; P. RESCIGNO, voce *Proprietà (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, spec. 294 ss.; F.S. BIANCHI, *Corso di codice civile italiano*, Torino, 1895, IX, p. 1°, n. 104/3, p. 810 ss.; R. LUZZATTO, *Le alienazioni delle parti di cosa immobile in vista della loro separazione futura e trascrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, p. 765 ss; M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, 1958, p. 406; M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940, p. 170; G. BARALIS, *I diritti reali di godimento*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, e coordinato da A. Zoppini, II, 2 – *La proprietà e il possesso*, Milano, 2009, p. 180 ss.; U. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro e U. Morello, I, Milano, p. 67 ss.; S. SANGIORGI, *Regolamento contrattuale e diritti reali (estratto dal vol. XXXV degli Annali del seminario giuridico di Palermo)*, Palermo, 1974, p. 12 ss.; V. MANNINO, *La tipicità dei diritti reali nella prospettiva di un diritto europeo uniforme*, in *Europa e diritto privato*, 2005, p. 945; E. BAFFI, *Gli «anticommons» e la tipicità dei diritti reali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 455; B. RUDDEN, *La teoria economica contro la property*

pubblicità legale. Una simile sovrapposizione di concetti potrebbe, tuttavia, inficiare la linearità e la chiarezza del presente lavoro, sicché ciascuno deve essere ricondotto nel proprio ambito logico di appartenenza.

La rara dottrina che si è soffermata su tale distinzione³⁸ ha concluso che i due termini in oggetto andrebbero ad operare, in realtà, su piani diversi.

La «tassatività» sarebbe attribuito della *norma*, intesa quale mezzo tecnico di valutazioni operate dall'ordinamento (*Typenzwang*)³⁹, mentre la «tipicità» sarebbe

law: il problema del numerus clausus, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 451; A. GAMBARO, *Note sul principio di tipicità dei diritti reali*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di L. Cabella Pisu e L. Nanni, Padova, 1998, p. 223; G. IACCARINO, *Diritti reali «atipici»*, in *Riv. not.*, 1993 p. 101 ss.; A. BURDESE, *Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, p. 226; M. COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di C. Grassetti*, I, Milano, 1980, p. 421; M. PANVINI-ROSATI, *Modi e settori di incidenza della prassi notarile nell'ambito della problematica dell'appartenenza*, in *Riv. not.*, 1973, p. 781.

³⁸ V., ad es., F. WIEACKER, *Bodenrecht*, Hamburg, 1938, p. 111; WESTERMANN u. STAUDINGER, *BGB– Sachenrecht*, 13. Auf., Karlsruhe, 2017, p. 20. Accoglie la distinzione, nella dottrina italiana, S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, I, p. 1330

³⁹ A. CIATTI CÀIMI, *Il diritto di uso esclusivo del condominio (dopo la decisione delle Sezioni Unite della Cassazione)*, Studio CNN n. 30-2021/C (Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 16 luglio 2021), p. 10 s., secondo il quale, in tema di diritti reali (luogo del diritto in cui la dottrina più si è spesa nel tentativo di distinguere concettualmente i due termini) la tassatività (o *numerus clausus*), «esprime [...] la contrapposizione tra la competenza a costruire il diritto reale attraverso la legge e quello di potervi dare origine attraverso l'autonomia contrattuale, trovando appunto nella limitazione soggettiva degli effetti del contratto l'*Ausschluss der Parteiautonomie (Typenzwang)*»; la tipicità, invece avrebbe a riguardo «la fissità del contenuto della situazione soggettiva, la predeterminazione del contenuto di questa, che la rende immediatamente riconoscibile ai terzi (*Typenfixierung*)». Anche se, conclude che «si tratta, a ben vedere, di due facce della stessa medaglia».

attributo dell'oggetto della valutazione (*Typenfixierung*)⁴⁰, vale a dirsi della *fattispecie*⁴¹(*Tatbestand*) e precisamente della fattispecie astratta⁴², cioè schema,

Cfr. A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie e fatto*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 933, il quale attribuisce alle norme una funzione strumentale, in quanto «espressive di valutazioni operate dall'ordinamento, ma proprio per la loro struttura – ricollegamento di effetti giuridici ad una fattispecie astratta – ne rende palese la natura strumentale. La valutazione di una fattispecie astratta, come tale priva di ogni reale consistenza, se considerata fine a se stessa non avrebbe alcun senso e non troverebbe alcuna giustificazione. Essa invece ben s'intende e si spiega se si ravvisi nella formulazione normativa l'imprescindibile mezzo tecnico per determinare l'atteggiamento dell'ordinamento rispetto alle concrete situazioni di fatto».

⁴⁰ A. CATAUDELLA, *op. cit.*, p. 935, per il quale la fattispecie «costituisce piuttosto uno dei termini, col soggetto valutante, dell'atto di valutazione: vale a dire, l'oggetto della valutazione»; cfr. T. PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, (rist.) Roma, 1938, p. 60. *Contra*, BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, IV, Tübingen, 1911, p. 24.

⁴¹ Per l'ingresso nella letteratura giuridica italiana del termine «fattispecie», pur secondo molteplici accezioni, cfr. E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, (rist.) 1947, p. 79 s.; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici*, Milano, 1939, p. 3; C. MAIORCA, voce *Fatto giuridico-Fattispecie*, in *Noviss. dig. it.*, VII, 1961, p. 113; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, (rist.) 1981, p. 103; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1966, p. 223 s.; R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 331; M. ALLARA, *Le vicende del rapporto giuridico e le loro cause*, Torino, 1939, p. 101 s.; G. MONATERI, voce *Fattispecie*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 223 ss.; R. SACCO, voce *Fattispecie (I agg.)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 2010, consultabile su www.leggiditalia.it.

⁴² Diversa dalla tipicità sarebbe invece la corrispondenza o conformità al tipo (*Tatbestandsmäßigkeit*), che è problema, invece, della fattispecie concreta, v. G. VASSALLI, voce *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 537.

modello, ma soprattutto figura ideale⁴³ nella quale è «potenzialmente implicata la valutazione di tutte le concrete fattispecie, che rientrino nello schema tipico»⁴⁴.

Ebbene, la tassatività starebbe ad indicare, secondo parte della dottrina⁴⁵, propriamente, la esclusività della norma quale fonte di attribuzione di (una specifica) rilevanza⁴⁶ giuridica ad un determinato evento. La norma, o la normativa tassativa, allora, sarebbe quella che esclude forme di (auto ed etero) integrazione – ma non, forse, di interpretazione⁴⁷ – del comando ivi contenuto. Si pensi all’art.

⁴³ G. VASSALLI, *op. cit.*, p. 540.

⁴⁴ A. CATAUDELLA, *op. cit.*, p. 933, ove alla nota 67 richiama K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1969, p. 150.

⁴⁵ M. COMPORTI, *I diritti reali in generale*, cit., p. 225; ID., *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977, p. 287; V. von THUR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Berlin, (rist. Duncker u. Humblot), 1957, p. 137; M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940, p. 170; F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, p. 64.

⁴⁶ Sulla distinzione tra rilevanza ed efficacia, cfr. A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 24 ss.; ID., *La condizione e gli elementi dell’atto giuridico*, Milano, 1941, p. 26 ss.; ID., voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, p. 437 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, (rist.) Napoli, 1956, p. 281 ss.

⁴⁷ È stato osservato come in realtà la giurisprudenza appaia estremamente rigorosa anche sotto questo aspetto, cfr. M. FRACANZANI, *op. cit.*, p. 218: «Sull’analogia nel caso di elenchi tassativi di fattispecie un’ultima osservazione può essere fatta: la giurisprudenza tende, in questi casi, a escludere sia l’interpretazione estensiva che l’analogia, autorizzando, al contrario, una sorta di interpretazione letterale. Significativo è il fatto che l’elencazione specifica di casi è considerata un’implicita volontà di esclusione dei casi non menzionati, talvolta con l’esplicita cautela contro la violazione del principio costituzionale di uguaglianza. La giurisprudenza, e con essa il legislatore sembrano, cioè, ancora tesi nello sforzo di certezza e obiettività, cercate rincorrendo una specificità normativa contro gli arbitri dell’interprete: salvo, poi, cadere nella trappola delle deroghe o della pletora legislativa». L’A. alla nota 118 riporta, nel senso sopra precisato, Cass. 9 maggio 1983, n. 3168, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, fasc. 5; Cass. 27 ottobre

1987 c.c., a mente del quale «la promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatori *fuori dei casi ammessi dalla legge*», come pure, esulando dall'ambito civilistico, all'art. 177 c.p.p., secondo cui «l'inosservanza delle disposizioni stabilite per gli atti del procedimento è causa di nullità *soltanto nei casi previsti dalla legge*». La possibilità, pertanto, di applicare analogicamente il precetto di una norma considerata tassativa dipenderebbe dalla natura stessa – interpretativa o integrativa⁴⁸ – del procedimento analogico. A tal riguardo, tuttavia,

1986, n. 6294, in *Riv. infort. e mal. prof.*, 1987, II, p. 23; Comm. centrale imposte sez. IX, 16 marzo 1994, n. 733, in *Giur. imp.*, 1994, p. 533.

⁴⁸ Cfr. F. MODUGNO, *op. cit.*, p. 530, nota 151: «La *vexata quaestio* sulla natura interpretativa o integrativa dell'analogia è collegata, ma non s'identifica, con l'altra circa la natura intellettuale-ricognitiva o volontaristico-creativa della medesima. È collegata, perché l'argomento analogico è meramente ricognitivo solo se ha natura interpretativa. Se invece, per mezzo suo, si aggiunge alcunché alla norma interpretativa, cioè si integra quest'ultima, esso manifesta la sua natura additiva e creativa, non riconoscendo semplicemente ciò che è dato, ma ponendo un *quid novi*. È distinta, però, perché, nella sua absolutezza e nella opposizione di intellesione-ricognizione da un lato e di volizione-creazione dall'altro, la seconda prospettiva esclusiva è sovrabbondante e infondata. A parte la separazione speculativamente impossibile e falsa di intelletto e volontà, la creazione analogica presuppone la ricognizione del significato della norma che si tratta di intendere nella sua portata e nella sua *ratio* per poterla estendere ai casi da essa non contemplati, e, mentre non si esaurisce in tale ricognizione, mostra indiscutibilmente la sua natura integrativa dell'ordinamento, in quanto pone la norma nuova, per il caso non contemplato, ricavandola dalla norma già esistente per l'identità della *ratio* che sostiene entrambe. Ed è sull'esistenza di una *ratio*, suscettibile o no di essere posta a fondamento di una nuova norma, che si può giustificare, teoreticamente, la distinzione tra norme estensibili analogicamente e norme assolutamente singolari ed esclusive, distinzione in pratica dubbia e difficoltosa proprio per *l'ineliminabile momento di arbitrio insito in ogni operazione ermeneutica che non può concepirsi in modo meramente intellettuale-ricognitivo emergendo in essa immancabilmente il momento creativo e volontaristico*» (corsivo aggiunto).

in dottrina si riscontra un contrasto di opinioni mai del tutto superato, taluni⁴⁹ inserendo l'analogia tra gli strumenti di *integrazione* dell'ordinamento, altri⁵⁰ tra le forme di mera *ricognizione* dello stesso, altri⁵¹ ancora negando la sostenibilità di

⁴⁹ V. VELLUZZI, *Osservazioni sull'analogia giuridica*, in ID., *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*, Pisa, 2012, p. 65 ss.; C. LUZZATI, *L'analogia come procedimento di scoperta*, in *Sociologia del diritto*, 2010, p. 175; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 86 ss., il quale, distinguendo tra autointegrazione ed eterointegrazione, inserisce l'analogia (insieme al ricorso ai principî generali) nella prima categoria, e precisamente tra i «mezzi naturali di integrazione, [...] tratti dallo stesso ordinamento, o meglio dalla sua intrinseca razionale capacità di sviluppo»; cfr. altresì L. CAIANI, op. cit., p. 352 ss.

⁵⁰ N. BOBBIO, voce *Analogia*, cit., p. 604 s.: «se s'intende "interpretazione" in senso ristretto, come mera ricognizione del significato di una disposizione legislativa, si dirà che estendendo la portata di una disposizione [...] non si compie opera d'interpretazione, ma di creazione. Allo stesso modo, se s'intende "creazione" in senso ristretto come produzione originale e originaria di una norma giuridica, si dovrà dire che l'analogia non è creazione perché giunge al proprio risultato partendo da una norma precedentemente data»; ID., *L'analogia*, cit., p. 87 ss., 100 ss., e specialmente 133 ss.

In giurisprudenza, v. per tutte Cass. 14 luglio 1949, n. 1801, in *Giur. it.*, 1951, I, I, p. 229 ss., la quale afferma che il giudizio che si avvale dell'analogia *non crea* la norma giuridica ma «la trova nella legislazione positiva e se ne avvale per la somiglianza dei due casi che meritano un conforme regolamento».

⁵¹ Per N. BOBBIO, voce *Analogia*, cit., p. 604 s., qualificare il procedimento analogico come procedimento di interpretazione o di creazione si rivela una «questione meramente verbale»; L. TULLIO, *Analogia: tra eguaglianza, ragion d'essere e meritevolezza dell'estensione*, in *Fonti, metodo e interpretazione. Primo incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato*, a cura di G. Perlingieri e M. D'Ambrosio, Napoli, 2017, p. 105 ss.; L. CAIANI, op. cit., p. 354, per il quale l'interpretazione, in quanto attività spirituale, è necessariamente creativa: «Per quanto riguarda infatti il presunto carattere dichiarativo dell'interpretazione e il presunto carattere creativo dell'integrazione, così com'esso viene genericamente inteso, si tratta in un'antitesi puramente verbale, che solo un persistente pregiudizio logicistico ed intellettualistico può ancora nutrire. Sostenere che l'interpretazione è attività puramente dichiarativa significa infatti voler ancora ignorare che ogni processo interpretativo di un'attività

una rigorosa distinzione tra interpretazione e integrazione del diritto. Va da sé, allora, che solo considerando l'analogia, in uno con l'interpretazione estensiva, uno strumento meramente conoscitivo, e mai integrativo, dell'ordinamento, si potrebbe giungere ad ammettere la norma tassativa al procedimento analogico.

spirituale obbiettivata in una forma rappresentativa, o simbolo, o documento, non può esser mai considerato come un processo di passivo adeguamento al suo «contenuto» obiettivamente inteso. Significa cioè non solo ignorare quanto in questo senso è stato ormai definitivamente chiarito da tutta la critica filosofica e gnoseologica dal neokantismo ai giorni nostri, ma anche voler porsi contro la testimonianza della coscienza comune. La quale è ben consapevole del fatto che di fronte ad un problema di comprensione (e non solo di astratta conoscenza) di un contenuto spirituale obbiettivato, il soggetto non può non immettere nel proprio atto un elemento di partecipazione attiva, di collaborazione simpatetica, che viene suscitato sin dall'inizio dalla stessa esigenza costitutiva dell'attività interpretativa in genere: che è quella della «attualità» o «contemporaneità» dell'intendere [...]. In particolare, tale carattere genericamente creativo dell'interpretazione risulta evidente e determinante proprio in ordine alla specifica natura e funzione di quella forma di attività interpretativa che è l'interpretazione giuridica[...]. Funzione non meramente teoretica di ricognizione o di accertamento del contenuto implicito nella letteralità del documento legislativo, ma anche funzione pratica di adattamento o adeguazione della formula legislativa alla concretezza del caso proposto dall'esperienza. Adattamento o adeguazione che si impone [...] sia in funzione dell'astrattezza della formula legislativa [...], sia in ragione della staticità dell'ordinamento cui essa appartiene. Vale a dire che solo in base ad una concezione, essa stessa, astratta ed intellettualistica della natura del processo mentale proprio dell'interprete, è possibile distinguere tra la fase o momento della cosiddetta «chiarificazione» della norma, e quella del suo adattamento al caso concreto. Giacché il primo e fondamentale compito dell'interprete è proprio quello di sviluppare e quindi già per molti aspetti di integrare l'immanente portata storica, logica ed assiologica implicita nell'astratta ipotesi normativa». Cfr., altresì, N. IRTI, *Sulla "positività ermeneutica" (per Vincenzo Scalisi)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 926, secondo cui l'interpretazione «non consiste nell'accertamento di significato di un testo linguistico, ma piuttosto in un'immersione vitale, da cui trarre la regola "giusta". E, dunque, l'interpretazione non sta dopo la produzione del diritto, ma fa il diritto: non presuppone, ma pone la norma».

Più in là di questi delicatissimi problemi di teoria generale, che qui si possono solo accennare, bisogna rilevare che la tassatività, nel senso sopra precisato, di una norma, dovrebbe essere valutata «caso per caso, alla luce della *ratio* delle disposizioni da interpretare e degli altri criteri ermeneutici rilevanti»⁵². In particolare, essa non si potrà desumere, *sic et simpliciter*, dalla circostanza che la norma contenga una elencazione o enumerazione di fattispecie, come nel caso dell'art. 2643 c.c.: «si tratterebbe di argomento assai fragile, perché, tra l'altro, si potrebbe sostenere che al legislatore interessava riaffermare il principio *particulariter* rispetto a quelle ipotesi per le quali si è già pronunciato, senza preoccupazione della questione generale, che la dottrina aveva risolto»⁵³. Diverse sono le ipotesi in cui, come quelle dei menzionati artt. 1987 c.c. e 177 c.p.p., la legge espressamente statuisce la esclusività del comando. In tutti gli altri casi,

⁵² G. PETRELLI, *op. cit.*, p. 28.

⁵³ S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, II, *L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1989, p. 407, il quale prosegue concludendo che il «miglior partito, stando così le cose è quello di non utilizzare in nessun senso il silenzio della legge, e procedere con criteri sistematici e con appropriata analisi alla interpretazione di essa». In generale, la tecnica dell'elencazione, pur comune nella legislazione contemporanea, appare un dato neutro, che non depone né a favore né a sfavore della tassatività, in tal senso, cfr. G. BARALIS, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 9: «La tassatività degli atti, degli effetti, delle domande giudiziali collegata all'acribia legislativa, costituisce una petizione di principio [...] sia perché il rigore di ogni definizione non è mai stato d'ostacolo ad un ampliamento della categoria, come è dimostrato, ad esempio, dall'elenco "preciso" di cui all'art. 1350 c.c., notoriamente oggetto di interpretazioni diverse, dall'elenco di cui all'art. 505 c.c., dall'elenco di cui all'art. 1429 c.c., sia perché, per quanto riguarda l'art. 1932 c.c. abrogato e l'attuale art. 2643 c.c., pare difficile argomentare che l'eccezionalità riguardi sia l'estensione sia l'intensione», ed ivi amplia bibliografia per i vari temi toccati.

invece, e pur in presenza di una formulazione del precetto mediante tecnica enumerativa o elencativa, la tassatività di una norma andrebbe piuttosto accertata, così come l'eccezionalità, interpretativamente⁵⁴, alla luce del perpetuo rinnovarsi dell'orizzonte assiologico del sistema entro cui la norma stessa è collocata.

Sembrerebbe, dunque, che i concetti di tassatività ed eccezionalità non siano perfettamente coincidenti: la prima risolvendosi nella esclusività della fonte normativa di valutazione della fattispecie giuridicamente rilevante, la seconda cogliendosi, invece, nel fenomeno della collisione tra principi.

Al di là di tali considerazioni ontologiche, tuttavia, deve comunque annotarsi come «l'ordinamento positivo, mentre ignora norme singolari e norme speciali» –

⁵⁴ G. PETRELLI, *L'evoluzione*, cit., p. 30: «In altri casi, invece, la tassatività non si desume espressamente dalla lettera della legge, e va *accertata interpretativamente*: si pensi all'*elencazione degli atti soggetti a forma solenne*, contenuta nell'art. 1350 c.c., sulla cui esaustività si discute mentre è ormai apertamente messa in discussione l'attuale vigenza del principio di libertà delle forme»; G. BARALIS, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 37, nota 134: «[...] una norma che enumera è di per sé "classificatoria" e non una norma precettiva di principio, che escluderebbe l'argomento a contrario. L'esclusività, cioè, va sempre ricavata da valutazioni sistematiche».

Con riguardo alla questione dell'art. 1350 c.c., Petrelli alla nota 18 rinvia, tra gli altri, a V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, p. 379 ss.; N. IRTI, *Idola libertatis*, Milano, 1985; P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987; P. VITUCCI, *Applicazioni e portata del principio di tassatività delle forme solenni*, in *Quadrimestre*, 1989, p. 55; più di recente, U. BRECCIA, *Formalismo degli antichi e dei moderni, critica del dogma della libertà di forma*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, I, Milano, 2006, p. 498 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass. 24 gennaio 2003, n. 1137, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1812 (ove assoggetta alla forma scritta il mandato senza rappresentanza relativo a beni immobili); Cass. 11 ottobre 2002, n. 14524, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Contratto in genere*, n. 271 (con riguardo alla forma del mutuo dissenso di preliminare immobiliare); Cass. 3 luglio 2000, n. 8878, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1913 (per quanto concerne la forma della rinuncia al legato immobiliare).

nonché, aggiungeremmo, le norme tassative, – «conosce le norme eccezionali come quelle per le quali è vietata l'estensione analogica»⁵⁵. In effetti, alcun riferimento a norme singolari, speciali, tassative è presente nel testo dell'art. 14 delle preleggi, né queste si trovano menzionate nella Relazione al Re del Ministro Guardasigilli, il quale, nel commentare la nuova disposizione, appariva piuttosto preoccupato di restringerne, o quantomeno, delimitarne con cura l'ambito di applicazione⁵⁶.

⁵⁵ F. MODUGNO, voce *Norma giuridica*, II, cit., p. 517

⁵⁶ *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942*, Roma, 1943, p. 17 s., consultabile su www.consiglionazionaleforense.it: «Nell'art. 14, tenendo conto delle osservazioni fatte da alcuni componenti della Commissione parlamentare, ho soppresso l'accenno alle leggi "che restringono l'esercizio dei diritti". Mi è parso, dopo maturo esame, che tale formula potesse essere giudicata non opportuna o superflua. Infatti essa sembra riecheggiare vecchie concezioni giusnaturalistiche, oramai definitivamente superate, e incompatibili coi nuovi orientamenti politici. D'altro canto, le leggi che restringono il contenuto e l'esercizio dei diritti sono necessariamente leggi eccezionali, in quanto si contrappongono alle leggi generali che determinano il contenuto e l'esercizio dei diritti e quindi non possono applicarsi analogicamente secondo il principio già enunciato dall'art. 14. Se poi la nuova legge, apparentemente limitatrice, non pone semplicemente limiti esterni, ma crea una nuova configurazione più limitata del diritto subiettivo, siamo evidentemente fuori della sfera di applicazione dell'art. 14. Sembra perciò che il testo dell'art. 14 determini più esattamente i limiti del divieto dell'applicazione analogica» (corsivo aggiunto).

Quanto, invece, alla tipicità, essa rappresenterebbe «un problema di fattispecie legale, o comunque astratta»⁵⁷, e cioè il *grado di determinazione*⁵⁸ del contenuto, del tipo della situazione obiettivizzata nella norma. Ma alla tipicità della fattispecie astratta, posta come modello o schema astratto in cui è «potenzialmente implicata la valutazione di tutte le concrete fattispecie, che rientrino nello schema tipico», non corrisponde necessariamente la eccezionalità⁵⁹ della norma che attribuisce giuridica rilevanza a quella data fattispecie. La tipicità delle fattispecie legislative lascerebbe infatti «libero l'interprete di individuarne al loro interno *diverse e ulteriori* sulla base della *ratio* ispiratrice della norma (interpretazione analogica)»⁶⁰. Se, allora, si accetta siffatta impostazione terminologica e metodologica, l'unico ostacolo che si frappone all'interpretazione analogica delle norme in tema di

⁵⁷ G. VASSALLI, *op. cit.*, p. 537; cfr., altresì, in ambito penalistico, A. PAGLIARO, voce *Fattispecie e fatto*, III) *Fatto (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 952: «Se tipicità vuol dire conformità a una fattispecie, una nozione di fatto costruita come oggetto della relazione di tipicità dovrebbe, a rigore, comprendere tutti gli elementi del reato come fatto giuridico. Ma il concetto di fattispecie e quindi anche quello di tipicità sono spesso intesi in modo peculiare dalla scienza del diritto penale. Chi ritiene che la fattispecie penale comprenda soltanto i contrassegni che caratterizzano il particolare tipo di delitto, ne deduce che la nozione di fatto come oggetto di tipicità abbraccia solo quell'aspetto dell'accadimento, in base al quale può dirsi che è adempiuta una particolare fattispecie e non un'altra».

⁵⁸ M. COMPORTI, *loc. ult. cit.*

⁵⁹ Cfr. A. D. SCANO, *Brevi considerazioni su fondamento e portata del principio di tipicità delle iscrizioni nel registro delle imprese*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, II, p. 310: «La ragione deve essere ricercata nel fatto che a monte della tassatività si colloca l'eccezionalità della previsione, che, di contro, è assente nel caso della tipicità».

⁶⁰ A. D. SCANO, *ibidem*. Cfr. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 2015, p. 627: «La categoria dei diritti reali è costituita da un numero chiuso[...]. Ciò non esclude tuttavia che entro il tipo previsto dalle leggi ci sia spazio per un'autonomia».

pubblicità immobiliare, non è la tipicità (intesa quale grado di determinazione della fattispecie legale astratta contemplata), né propriamente la tassatività, bensì, esclusivamente, il carattere dell'eccezionalità.

2. Eccezionalità come deroga al principio del consenso traslativo.

L'argomento più comunemente addotto, ancora oggi, dalla dottrina tradizionale per giustificare l'eccezionalità del sistema pubblicitario immobiliare è, con specifico riferimento alle norme in materia di trascrizione, che queste si figurerebbero quale deroga del principio del consenso traslativo⁶¹ ed in particolare dei suoi corollari *prior in tempore potior in jure* e *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habeat*.

Ai sensi dell'art. 1376 c.c., infatti, «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

⁶¹ Sul quale, vedi C.M. BIANCA, *Riflessioni sul principio del consenso traslativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, p. 535 ss.; ID., *Il principio del consenso traslativo*, in *Diritto privato*, I, *Il trasferimento della proprietà*, Padova, 1995, p. 5 ss.; G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974, p. 23 ss.; G. STOLFI, *Appunti sul c.d. principio consensualistico*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, p. 1 ss.; P.G. MONATERI, *Le sineddoche*, Milano, 1984, p. 349 ss.; A. CHIANALE, *Obbligazioni di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 69 ss.; G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995, p. 4 ss.; A. WACKE, *Trasferimento della proprietà in virtù di mero consenso o solo a seguito della tradizione del bene? Sulle divergenze nei percorsi della ricezione e sul possibile superamento delle stesse*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 1035 ss.; V. CARBONE, *Consenso traslativo pro quota nella vendita di cosa comune da parte di uno dei comproprietari*, in *Corr. giur.*, 1998, I, p. 42 ss.; P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999, p. 17 ss.; E. RAJNERI, *Il principio consensualistico e l'Abstraktionsprinzip quali meccanismi alternativi di attribuzione della titolarità e gli interessi dei terzi: un conflitto irrisolto nei lavori di Restatement del diritto privato europeo*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 433 ss.; N. MUCCIOLI, *Efficacia del contratto e circolazione della ricchezza*, Padova, 2004, p. 1 ss.; E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., p. 3 ss.

proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato».

Ne deriverebbe, allora, che «i conflitti circolatori dovrebbero essere risolti in base alla priorità della data certa dell'acquisto del diritto incompatibile», sicché, la trascrizione «deroga a questa regola»⁶².

Da una prospettiva storica, a ben vedere, il consensualismo, inteso quale progressiva sovrapposizione del *titulus* e del *modus acquirendi*, rappresenta una «conquista» relativamente recente.

Nel diritto romano⁶³, il trasferimento della proprietà, pur presupponendo un accordo ad effetti meramente obbligatori, si realizzava solo a séguito di talune formalità solenni ulteriori⁶⁴, quali la *mancipatio*⁶⁵, la *traditio*, e la *in jure cessio*, «atti di disposizione, atti bilaterali e concordi bensì, ma non qualificabili come *contractus*»⁶⁶. Di queste tre, quella che col tempo diventò dominante fu la *traditio*, la quale «consisteva nella consegna materiale del bene, cioè nella trasmissione del possesso in funzione di *solutio* rispetto all'esistenza di una precedente obbligazione.

⁶² F. GAZZONI, *op. cit.*, I, p. 77.

⁶³ La distinzione si potrebbe far solo risalire e non anche attribuire al diritto romano secondo S. PUGLIATTI, voce *Acquisto*, I) *Acquisto del diritto (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 517, nota 67. Gli attribuisce «origine romanistica», F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p. 414.

⁶⁴ G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà nel diritto romano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà*, Milano, 1991, p. 25 ss.; M. TALAMANCA, voce *Vendita (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 370 ss.; G. DORIA, *Doppia alienazione immobiliare e teoria dell'effetto reale*, Milano, 1994, p. 35 ss.; G. LUZZATTO, *L'art. 1470 c.c. e la compravendita consensuale romana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 897 ss.

⁶⁵ Cfr. G. PALERMO, *Contratto di alienazione*, cit., p. 49.

⁶⁶ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1954, p. 55.

In assenza di un precedente vincolo obbligatorio la *traditio* presupponeva una *iusta causa traditionis*, cioè un rapporto giuridico nato contestualmente ad essa ed atto a giustificarla secondo il moderno principio di causalità, non essendo ammissibile un trasferimento astratto della proprietà»⁶⁷.

In séguito, nella pratica contrattuale di diritto comune, il carattere reale della *traditio*, in virtù di un lungo processo di «spiritualizzazione», andò perdendosi. Il passaggio logico-giuridico della consegna finì con l'essere presunto (*tradition feinte*) riducendosi ad una mera clausola di stile (*dessaisine-saisine*), «con la quale si dichiarava, anche falsamente, che la consegna era stata effettuata»⁶⁸.

Per tale via, la distinzione tra *titulus* e *modus acquirendi*, benché ancora valida sul piano della teoria generale, sotto l'aspetto della sensibilità pratica divenne ambigua e difficoltosa.

La rivoluzione francese conferì, infine, quella spinta ideologica, di matrice giusnaturalista, che condusse a ricollegare l'effetto traslativo non già ad un mero artificio (*tradition feinte*), bensì, direttamente, alla volontà dei privati: così, il *Code Napoléon* statuí, da un lato, che *la vente est une convention par la quelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer* (art. 1582), dall'altro, che *elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé* (art. 1583).

⁶⁷ F. GAZZONI, *op. cit.*, I, p. 16.

⁶⁸ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile*, Torino, 2008, p. 271.

«La proprietà, quindi, si trasferisce *ex lege* nel momento in cui si raggiunge l'accordo, mentre la consegna diviene, unitamente al pagamento del prezzo, un'obbligazione che trova la sua fonte in un contratto che ha già prodotto l'effetto reale»⁶⁹.

Il processo di assorbimento del *modus* nel *titulus acquirendi* giungeva dunque a compimento, e in Italia gli artt. 1447 e 1448 del codice civile del 1865 recepirono la ricostruzione d'oltralpe pressoché alla lettera.

In un sistema caratterizzato dalla primazia della volontà privata, gli eventuali conflitti con terzi titolari di diritti incompatibili dovevano necessariamente trovare soluzione nella volontà stessa: così, ad esempio, tra due successivi acquirenti dal medesimo dante causa prevale colui che abbia acquistato per primo (*prior in tempore, potior in jure*).

Peraltro, l'impianto codicistico del *Code Napoléon*, abrogando ogni legge antecedente⁷⁰ che fosse incompatibile con la nuova codificazione, relegò la trascrizione, quantomeno quella con efficacia c.d. dichiarativa, ad istituto se non «eccezionale», sicuramente «speciale»⁷¹, essendo prevista l'iscrizione nei registri ipotecari, ai fini dell'opponibilità dell'effetto reale nei confronti dei terzi, esclusivamente per le donazioni sui beni *susceptibles d'hypothèque* (art. 939).

⁶⁹ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *op. cit.*, p. 273.

⁷⁰ La *loi sur le régime hypothécaire* del 1° novembre 1798, assoggettava a trascrizione i soli *actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèques*, onde regolare un unico conflitto, quello tra creditore ipotecario e avente causa dal titolare del bene ipotecato.

⁷¹ Qualifica, quest'ultima, la cui utilità, come si è visto, è tuttavia limitata da buona parte della dottrina ad un ambito puramente descrittivo: cfr. *supra* § 1.

Fu solo con la *loi sur le régime hypothécaire* del 23 marzo 1855, le cui disposizioni *additionnelles* dovevano *compléter* l'impianto codicistico⁷², che la trascrizione, quale strumento di risoluzione di conflitti tra più aventi causa da un medesimo autore, trovò una sistemazione organica nel sistema d'oltralpe.

In Italia, invece, la disciplina della trascrizione, modellata sulla base di quella francese, costituì sin da subito parte integrante del codice civile del 1865 prima e del 1942 poi.

⁷² È quanto riporta R.T. TROPLONG, *Privileges et hypothèques: commentaire de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire*, Parigi, 1856, p. V: «Il ne s'agit pas de porter sur le Code Napoléon une main sacrilège, ses dispositions resteront intactes, son économie entière, nous ne vous présentons que des dispositions pour ainsi dire additionnelles, choisies parmi celles qui n'ont rencontré aucune opposition, destinées à combler des lacunes et à parer à des dangers universellement reconnus; compléter ce n'est pas détruire». Cfr., altresì, N. PICARDI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1968, p. 33 ss.

2.1. Eccezionalità e *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habeat*.

Il principio *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habeat* costituisce uno dei capisaldi della teoria generale dell'acquisto a titolo derivativo.

Di tale vicenda comunemente si adducono quali elementi caratterizzanti, sul piano soggettivo, le figure del dante causa⁷³ e dell'avente causa⁷⁴ e, sul piano oggettivo, l'acquisto⁷⁵ e la correlativa perdita⁷⁶ del diritto (o di altra situazione giuridica).

Ora, il principio in parola, esprimendo l'idea di stretta, indefettibile interdipendenza che lega la situazione soggettiva dell'acquirente a quella del trasmittente e viceversa, assume massima rilevanza, probabilmente, se lo si analizza dalla prospettiva dell'avente causa, del cui concetto rappresenta, si è detto, la «pietra angolare»⁷⁷ su cui esso poggia: in breve, l'avente causa, in tanto acquista un certo diritto, in quanto esso esisteva, al momento del trasferimento, in capo al dante causa. È alla situazione giuridica del dante causa, cioè, cui si deve aver riguardo «per giudicare dell'esistenza, della misura (in estensione e in intensità) e delle modalità della situazione giuridica del dante causa»⁷⁸, la quale rappresenta «il

⁷³ L. RICCA, voce *Dante causa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962.

⁷⁴ L. CAMPAGNA, voce *Avente causa*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.

⁷⁵ S. PUGLIATTI, voce *Acquisto del diritto*, cit., *passim*.

⁷⁶ Sul concetto di perdita del diritto, v. A. MAGAZZÙ, voce *Perdita ed estinzione dei diritti (Perdita)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 975 ss.

⁷⁷ L. CAMPAGNA, voce *Avente causa*, cit., p. 602.

⁷⁸ L. CAMPAGNA, *ibidem*.

presupposto e il fondamento qualificante»⁷⁹ della situazione giuridica conseguita dall'avente causa.

Così brevemente ricostruito, il principio non sarebbe, tuttavia, privo di talune attenuazioni⁸⁰, più o meno intense, nell'ordinamento vigente, laddove «l'acquisto del nuovo titolare, pur avvenendo a titolo derivativo, è il risultato di un atto di disposizione proveniente da un soggetto che non è il titolare del diritto che forma oggetto dell'atto di disposizione»⁸¹. Tali ipotesi vengono comunemente ordinate⁸² in tre ampie categorie: (i) i casi in cui la facoltà di disposizione è esercitata da persona diversa dal titolare ma in nome e nell'interesse del titolare medesimo (ad

⁷⁹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, p. 21; cfr., altresì, S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p. 97; ID., voce *Acquisto del diritto*, cit., p. 512: «Quando si parla di acquisto derivativo si pone in rilievo il fatto che l'attribuzione del diritto all'acquirente si effettua sul presupposto e in correlazione col riconoscimento e l'attribuzione del diritto stesso in favore del precedente titolare. Nell'acquisto originario si prescinde interamente da ogni precedente riconoscimento od attribuzione, nel senso che: o una precedente attribuzione non esiste o non è mai esistita, o la precedente attribuzione è venuta meno; o, in ogni caso, essa appare giuridicamente irrilevante; o infine viene disconosciuta, al punto che il nuovo acquisto, anziché legarsi ad essa, ne produce di riflesso l'estinzione».

⁸⁰ Cfr. E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008, p. 82, per il quale «il consensualismo incontra una gamma di limitazioni applicative, che possono unitariamente qualificarsi in ragione del loro afferire all'area della collisione acquisitiva (parafrasando con ciò l'espressione pandettistica *Kollision der Rechte*): è la complessa questione del conflitto o concorso fra più aventi causa da uno stesso autore».

⁸¹ L. CAMPAGNA, voce *Avente causa*, cit., p. 601.

⁸² S. PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Diritto civile, Saggi*, Milano, 1951, p. 16 ss.; L. CAMPAGNA, *ibidem*; L. RICCA, voce *Dante causa*, cit., p. 682 ss.

es., rappresentanza legale o volontaria)⁸³; (ii) i casi in cui la facoltà di disposizione è validamente esercitata da persona diversa dal titolare, legalmente investita, ma in nome proprio e senza, o anche contro, la volontà del titolare (ad es., espropriazione forzata)⁸⁴; (iii) infine, i casi in cui la facoltà di disposizione è validamente esercitata da chi non ne è legittimamente investito. Tra questi ultimi si è soliti ricomprendere⁸⁵ gli, *rectius* alcuni, acquisti *a non domino*⁸⁶, di cui l'art. 2644 c.c., o meglio una

⁸³ In simili ipotesi, quali per l'appunto la rappresentanza legale o volontaria, «l'ordinamento giuridico, nel valutare la situazione dell'avente causa, si riferisce non già alla situazione del disponente bensì a quella del vero titolare. La volontà del disponente non titolare non è elemento essenziale della fattispecie, ma l'acquisto dell'avente causa è correlativo alla perdita (o alla limitazione) che si produce nella sfera giuridica del vero titolare» (L. CAMPAGNA, *loc. ult. cit.*). Cfr., altresì, L. RICCA, voce *Dante causa*, cit., p. 682: «L'atto di disposizione del rappresentante munito di procura è formalmente e sostanzialmente uno, benché (strutturalmente) costituito dalla sintesi di due elementi: la volontà del rappresentante e quella del rappresentato, che concorrono insieme, ma con funzione diversa per natura e qualità, a formare quell'atto di disposizione che comporterà il trasferimento dei diritti». L'A. tuttavia pare ricostruire l'atto posto in essere in esercizio del potere rappresentativo quale sintesi e della volontà del rappresentato e della volontà del rappresentante, così richiamando MITTEIS, *Die Lehre von der Stellvertretung*, Vienna, 1885 (rist., Aalen, 1962), p. 109.

⁸⁴ «In queste ipotesi la causa della perdita del diritto per il titolare originario è rappresentata da un provvedimento di un organo pubblico nell'esercizio di un potere pubblico, e l'acquirente si pone come avente causa del titolare originario che la perdita ha dovuto subire», così L. CAMPAGNA, *ibidem*, ove alla nota 28 richiama, in senso conforme, R. NICOLÒ, voce *Successione nei diritti*, in *Nuovo dig. it.*, XII, I, Torino, 1940, p. 991.

⁸⁵ L. RICCA, voce *Dante causa*, cit., p. 683: «Si è parlato di acquisto derivativo *a non domino* soprattutto nei casi previsti dagli art. 534, 1415, 2644 c.c., cui si accostano le ipotesi di cui agli art. 1445, 1452, 1458, 2901 ultimo comma c.c., nelle quali il trasferente si rivela, in definitiva, un *non dominus*».

⁸⁶ L. RICCA, *ibidem*: «Come è stato ormai definitivamente accertato, tale espressione è una mera sintesi terminologica, che avvicina fenomeni assai diversi fra loro, cui è comune un solo requisito: la non titolarità di chi aliena». Cfr., altresì, L. MENGONI, voce *Acquisto a non*

particolare fattispecie da esso contemplata, figurerebbe ipotesi esemplificativa. «La prevalenza accordata[...] dall'art. 2644 c.c. al secondo acquirente primo trascrivente – nonostante la titolarità della situazione giuridica appartenga già al soggetto che per primo ha acquisito il diritto – sembra negare in radice una concreta applicazione del corollario espresso dall'art. 1376 c.c.»⁸⁷. In virtù del principio *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habeat*, in effetti, l'alienante, avendo già trasmesso il diritto al primo acquirente, si troverebbe privato della facoltà di disporne nuovamente, sicché l'atto di disposizione in favore del secondo acquirente dovrebbe ritenersi privo di effetti, o quantomeno inidoneo a realizzarne quello traslativo, e ciononostante l'art. 2644 c.c. riconosce quale (unico) avente causa il secondo acquirente, *purché* primo trascrivente, il quale ha acquistato, in sostanza, da qualcuno che era stato *dominus* ma che, al tempo dell'atto di disposizione, non lo era più.

È in questo punto, probabilmente, che l'intersezione tra consensualismo (nella sua accezione espressa dal brocardo in parola) e trascrizione ha causato maggiori

domino, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1953, p. 242 ss.; ID., *Gli acquisti «a non domino»*, (1975), III ed., Milano, 1994, p. 197, per il quale l'espressione non definirebbe una categoria unitaria ma solamente «l'elemento comune di una serie di fattispecie eterogenee, ciascuna delle quali è soggetta a una propria peculiare disciplina giuridica, benché tutte siano coordinate alla soluzione di un medesimo problema pratico: la tutela dei terzi acquirenti di buona fede, e quindi dell'interesse collettivo alla sicurezza della circolazione giuridica dei beni. L'elemento comune è costituito da un atto (normalmente negozio) di disposizione avente per oggetto un diritto spettante a un soggetto diverso dall'alienante oppure un diritto che in realtà non esiste»; R. MESSINETTI, voce *Acquisto a non domino*, in *Enc. dir.*, agg. III, Milano, 1999, p. 24 ss.

⁸⁷ A. BIZZARRO, *La priorità temporale nella circolazione giuridica contrattuale*, Napoli, 2012, p. 25.

difficoltà agli interpreti, i quali hanno tentato in vario modo, nel corso degli anni, di ricomporre la “frattura”⁸⁸.

Per spiegare il meccanismo tecnico in base al quale colui che acquista *a non domino* prevale, se primo trascrivente, su chi abbia acquistato per primo, e dunque *a domino*, una prima soluzione, già autorevolmente sostenuta in passato⁸⁹ ed oggi riproposta dall’autore⁹⁰ che «coagula intorno a sé l’opinione della maggioranza della dottrina»⁹¹, rinviene nell’art. 2644 c.c. una *condicio juris* risolutiva.

Precisamente, sarebbe la prioritaria trascrizione del secondo acquisto a costituire la condizione risolutiva del primo acquisto non trascritto: il primo acquirente, allora, conseguirebbe immediatamente un diritto reale, valevole *erga omnes*, in virtù dell’art. 1376 c.c., e tuttavia tale acquisto sarebbe «sottoposto *ex lege* alla

⁸⁸ Per una disamina approfondita delle varie ricostruzioni, v. F. GAZZONI, *op. cit.*, I, p. 460 ss.

⁸⁹ F. CARNELUTTI, *Occhio ai concetti*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 451 s.; C. MAIORCA, *Della trascrizione*, cit., p. 139 ss.; V. COLORNI, *Per una storia della pubblicità mobiliare e immobiliare*, Milano, 1968, p. 238 s.; R. LUZZATTO, *La compravendita*, Torino, 1961, p. 141 s. Cfr., altresì, Salv. ROMANO, *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 1025 ss.; R. NICOLÒ, *La trascrizione*, cit., p. 119; R. CORRADO, *La pubblicità nel diritto privato*, Torino, 1947, p. 322 ss.

⁹⁰ F. GAZZONI, *op. cit.*, I, p. 466 ss. Aderiscono alla tesi della *condicio juris*, pur con alcune importanti differenze, tra gli altri, G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 70 s.; ID., *Sul modo di operare della pubblicità a norma dell’art. 2644 c.c.*, in *Riv. not.*, 2009, p. 355 ss.; R. TRIOLA, *Della trascrizione*, cit., p. 80 ss. e spec. p. 84 ove pare rifiutare, come Gabrielli, l’idea della retroattività della condizione; G. BARALIS, *La pubblicità immobiliare*, cit. p. 27: «a nostro parere la prioritaria trascrizione del secondo acquirente elimina, retroattivamente, l’effetto reale della prima alienazione, ma non elimina gli effetti obbligatori e la prima cessione si qualifica a questo punto come cessione con meri effetti obbligatori».

⁹¹ G. BARALIS, *op. cit.*, p. 12.

condizione risolutiva della eventuale prioritaria trascrizione di altro acquisto ad opera di un successivo acquirente dal medesimo autore»⁹².

La risoluzione, peraltro, e questo è uno degli aspetti cruciali dell'intera ricostruzione in parola, opererebbe con efficacia retroattiva⁹³, cioè *ex tunc*, a far

⁹² F. GAZZONI, *op. cit.*, I, p. 466. Contrari alla tesi della *condicio juris* risolutiva: U. NATOLI, *Della trascrizione*, in *Comm. cod. civ.*, Libro VI, *Della tutela dei diritti*, I, Torino, 1959, p. 95 ss., ove sostiene che: «non si può ammettere che il secondo acquisto diventi efficace, in termini di realtà, in séguito alla risoluzione degli effetti del primo atto perché, all'inverso, sono gli effetti del primo atto che vengono meno in séguito al fatto che il secondo acquista efficacia reale» (ma vedi sul punto la replica di F. GAZZONI, *op. cit.*, I, p. 474: «questa obiezione è valida solo se si dimentica che il primo atto di acquisto non trascritto è bensì valido ed efficace ma claudicante in quanto risolubile a seguito di prioritaria trascrizione di un secondo atto di acquisto di diritti incompatibili. La trascrizione del secondo atto di acquisto di per sé inefficace in quanto *a non domino* opera dunque come fatto giuridico risolutorio, irrilevante essendo, da questo punto di vista, che al momento della trascrizione l'atto stesso non possa produrre i propri effetti. Sarà il meccanismo (o, se si vuole, la *fictio iuris*) della retroattività a far sì che il secondo atto, in seguito alla risoluzione del primo conseguente al fatto della trascrizione, produca i propri effetti a far tempo dalla data della stipula, perché a quel momento, appunto in conseguenza del retroagire del fatto risolutorio, l'atto non è più *a non domino* ma *a domino*. In buona sostanza il meccanismo si basa sul fatto che l'acquisto del secondo avente causa è bensì inefficace ma trascrivibile e tale trascrizione la legge considera alla stregua di un fatto risolutorio. Ciò che conta è dunque la trascrivibilità, non già l'efficacia dell'atto»); F.S. GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 73 ss.; G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, cit., p. 82 s.

⁹³ F. GAZZONI, *op. cit.*, I, p. 476: «L'effetto risolutivo agisce, è ben vero, *ex tunc* e non già *ex nunc* ma il termine a quo di tale effetto è fissato alla data di conclusione non dell'atto trascritto quanto piuttosto dell'atto risolto, cioè dell'acquisto del primo avente causa mentre gli effetti dell'acquisto del successivo avente causa che trascrive per primo iniziano a decorrere, almeno *inter partes*, non già dalla data della trascrizione ma dalla data dell'atto». *Contra*, L. FERRI, *Note*, cit., p. 369, per il quale l'effetto risolutorio del primo atto d'acquisto non trascritto retroagirebbe alla data di stipula del secondo atto d'acquisto trascritto, sicché il primo acquirente tale resterebbe fino a quel momento; G. GABRIELLI, *Sul modo di operare*, cit., p.

data dalla stipula del primo atto di disposizione: «[s]arà il meccanismo (o, se si vuole, la *fictio iuris*) della retroattività a far sì che il secondo atto, in seguito alla risoluzione del primo conseguente al fatto della trascrizione, produca i propri effetti a far tempo dalla data della stipula, perché a quel momento, appunto in conseguenza del retroagire del fatto risolutorio, l'atto non è più *a non domino* ma *a domino*»⁹⁴.

Invero, solo attribuendo alla *condicio juris* il carattere della retroattività si giunge, come si propone di fare la dottrina in commento, a ricondurre il secondo atto di disposizione nella categoria degli acquisti *a domino* e a titolo derivativo, rispettando pienamente il principio *nemo plus juris*.

In virtù della condizione risolutiva retroattiva, infatti, il secondo acquirente «acquista bensì inizialmente a *non domino* perché il comune autore ha già consumato il potere di disposizione alienando il bene, ma, una volta risolto il primo acquisto in seguito alla prioritaria trascrizione, il suo acquisto diviene *a domino* a tutti gli effetti *ab origine*»⁹⁵.

Per tale via, dunque, il principio *nemo plus juris* sarebbe da intendersi, nel caso di specie, derogato solo in apparenza: l'art. 2644 c.c. e, precisamente, la *condicio juris* risolutiva retroattiva da questo ricavata, conferiscono piuttosto piena applicazione al corollario del principio consensualistico in quanto a prevalere è, a ben vedere,

360, secondo cui «l'acquisto garantito dalla trascrizione più tempestiva di un titolo incompatibile con quello anteriore, non ancora trascritto, opera *ex nunc*, dal momento in cui la trascrizione stessa viene eseguita».

⁹⁴ F. GAZZONI, *op. cit.*, I, p. 474.

⁹⁵ F. GAZZONI, *op. cit.*, I, p. 466 s. Cfr. C. MAIORCA, *op. ult. cit.*, p. 139 s.; L. MENGONI, *L'acquisto «a non domino»*, Milano, 1949, p. 132; A.M. BIANCO, *La pubblicità immobiliare*, Torino, 1976, p. 5 ss.

non il «secondo» acquirente, bensì «l'unico» acquirente. Può allora affermarsi che «l'art. 2644 c.c. risolve un conflitto tra più aventi causa dallo stesso autore solo se si utilizza questa terminologia in senso descrittivo e non più puntualmente tecnico»⁹⁶, perché in realtà «non vi è un solo momento in cui i due diritti coesistano e siano perciò in conflitto»⁹⁷.

Com'è evidente, tale ricostruzione si distingue per il rigido formalismo dell'argomentazione e per la supremazia accordata al diritto sostanziale sul diritto pubblicitario. L'art. 2644 c.c. svolge, seppur in termini descrittivi, la funzione di risolvere un conflitto tra due vicende circolatorie incompatibili, ed incompatibili, confliggenti possono essere solo due acquisti a titolo derivativo, non potendosi configurare alcun conflitto ove uno di essi sia a titolo originario; inoltre, l'acquisto, per essere a titolo derivativo, deve necessariamente essere *a domino*⁹⁸.

Quest'ultimo inciso, in particolare, rappresenta la pietra angolare su cui poggia l'intera teoria della *condicio juris* risolutiva retroattiva: solo l'acquisto *a domino* è acquisto a titolo derivativo, laddove l'acquisto *a non domino* «non potrebbe che essere a titolo originario»⁹⁹; al fine di convertire l'acquisto del secondo avente causa primo trascrivente da acquisto *a non domino* in *a domino*, ecco che giunge in soccorso il meccanismo condizionale con la sua portata retroattiva la quale,

⁹⁶ F. GAZZONI, *op. cit.*, I, p. 468.

⁹⁷ U. NATOLI, *Il conflitto dei diritti e l'art. 1380 del codice civile*, Milano, 1950, p. 27.

⁹⁸ F. GAZZONI, *op. cit.*, I, p. 501: «Difficile è poi negare che il secondo avente causa non può non acquistare a titolo derivativo e quindi *a domino*».

⁹⁹ F. GAZZONI, *op. cit.*, I, p. 496.

eliminando il titolo anteriore, riconsegna al comune dante causa il diritto, e con esso la legittimazione a disporne, che aveva perduto col primo atto di alienazione.

A tale ricostruzione, tuttavia, sono state mosse alcune importanti critiche.

Anzitutto, è stata fortemente contestata la portata retroattiva attribuita alla *condicio juris*, in considerazione del fatto che «fuori delle ipotesi in cui la retroattività dell'effetto è espressamente prevista», non potrebbe attribuirsi ad una condizione legale portata retroattiva, «dato il carattere eccezionale della norma che sancisce la retroattività della condizione volontaria verificata e di talune condizioni legali»¹⁰⁰.

In effetti, da una lettura dell'art. 2644 c.c. non sembra potersi ricavare in modo certo la suddetta retroattività, limitandosi la norma, piuttosto, a sancire la sola inefficacia di determinati atti nei confronti di determinati soggetti.

In contrario, si è detto che la retroattività «là dove sia reale e non obbligatoria, come nel caso di doppia alienazione, non solo non è eccezionale, ma mira a proteggere l'alienante, cioè a disciplinare la circolazione giuridica, in chiave dunque di ordinarietà e non di eccezionalità». Si aggiunge, poi, che in tema di condizione legale «è necessario distinguere il caso in cui il fatto previsto dalla legge sia coelemento perfezionativo della fattispecie a formazione progressiva o complessa, come ad esempio nel caso di decreto di omologazione nella separazione

¹⁰⁰ P. RESCIGNO, voce *Condizione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 775. Conforme, G. GABRIELLI, *Sul modo di operare della pubblicità*, cit., p. 359 s. Cfr., altresì, G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, cit., p. 87: «[...] la trascrizione non è che uno dei modi di soluzione, in un'area delimitata, di un conflitto che la legge risolve dando prevalenza ad un fatto costitutivo su di un altro. Tale giudizio non può essere spiegato con il concetto di condizione, che non si presta ad essere applicato fuori da un ambito delimitato da una nozione tecnica non utilizzabile per giustificare ogni interdipendenza di atti»; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 71 ss.

consensuale, perché allora la c.d. *condicio* non potrà che operare *ex nunc*. Ma là dove ciò non sia [...], non si vede il motivo per differenziare la disciplina della condizione legale da quella volontaria»¹⁰¹.

Ciò che, tuttavia, è stato più aspramente obiettato alla teoria in parola, non è tanto la ricostruzione dell'art. 2644 c.c. quale condizione legale risolutiva, quanto la sua premessa iniziale, e cioè la «premessa secondo cui il secondo acquisto, prioritariamente reso pubblico, avverrebbe *a domino*»¹⁰². Proprio tale assunto costituirebbe «asserzione discutibile, la cui correttezza dipende dalla presupposta nozione di modo di acquisto a titolo originario: nozione che, essendo estranea al sistema del codice civile, non è in alcun modo vincolata, onde se ne registra una notevole varietà»¹⁰³.

Ora, l'elemento comune caratterizzante la categoria generale degli acquisti *a non domino* è stata, invero, individuata in questo, e cioè che la perdita del diritto da parte del *dominus*, al compiersi dei requisiti della fattispecie legale di riferimento, costituisce un effetto mediato, indiretto e riflesso dell'effetto acquisitivo che si

¹⁰¹ F. GAZZONI, *op. cit.*, I, p. 499.

¹⁰² G. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, I, p. 362.

¹⁰³ G. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 363. Cfr., altresì, S. PUGLIATTI, voce *Acquisto del diritto*, cit., p. 516: «Senonché l'espressione «acquisti *a non domino*» ha un significato tecnico restrittivo, e non vale a indicare gli acquisti di diritti privi di un titolare, per cui deve ritenersi esatto che non tutti gli acquisti originari si configurano come acquisti *a non domino*. Non solo, ma deve ritenersi esatta anche la reciproca: non tutti gli acquisti *a non domino* hanno il carattere di acquisti originari»; ID., *Considerazioni sul potere di disposizione*, in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 35; R. NICOLÒ, voce *Successione nei diritti*, cit., p. 989 ss. *Contra*, L. CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936, *passim.*; ID., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 17.

viene a produrre nella sfera giuridica dell'acquirente. Nella circolazione *a domino*, diversamente, «dismissione e acquisto costituiscono due momenti inscindibili del medesimo atto unitario [...] posti in essere non solo contemporaneamente, ma soprattutto in virtù di una sola e medesima causa, per la quale si scioglie il vincolo precedente e si annoda il susseguente, ma permane inalterato il rapporto giuridico, salva la sostituzione del soggetto (attivo) all'altro»¹⁰⁴.

Ciò detto, «in ipotesi sono aperte all'ordinamento entrambe le possibilità, di costruire e regolare gli acquisti *a non domino* secondo la dinamica circolatoria dello schema dell'acquisto a titolo originario o invece mediante quello a titolo derivativo»; ed è peraltro evidente come «le due vie sono profondamente diverse»¹⁰⁵. La ragione logico-giuridica idonea a fondare tale possibilità risiederebbe in questo, che tra le categorie dell'acquisto *a non domino* e dell'acquisto originario, da un lato, e dell'acquisto *a domino* e dell'acquisto derivativo, dall'altro, non sussisterebbe perfetta coincidenza dogmatica.

«L'obiezione che, a questo punto, sotto specie di un ostacolo logico, era opposta dai fautori meno recenti del carattere originario dell'acquisto come elemento essenziale del concetto stesso di acquisto *a non domino*, è legata a una

¹⁰⁴ S. PUGLIATTI e A. FALZEA, *I fatti giuridici*, Milano, 1996, p. 39 s.

¹⁰⁵ R. MESSINETTI, voce *Acquisto a non domino*, cit., p. 29. «Il fenomeno circolatorio presenta una diversa linea di sviluppo se l'acquisto a non domino viene regolato dal diritto positivo come acquisto a carattere derivativo. In tal caso, la relazione tra la caratterizzazione a non domino della vicenda attributiva e il regime derivativo dell'acquisto si attua attraverso un differente congegno circolatorio ed una diversa dinamica operativa» e cioè «una dinamica circolatoria della medesima situazione giuridica, ma secondo una direzione e un processo logico diversi da quelli che identificano la sequenza in cui può idealmente scomporsi il fenomeno circolatorio di tipo traslativo» (p. 29).

interpretazione errata del principio *nemo plus juris*, la quale conduce a un concetto restrittivo, ormai superato, di acquisto derivativo. In quanto assioma logico intollerante, come tale, di eccezioni, il principio *nemo plus juris* segnerebbe un limite invalicabile al concetto di acquisto a titolo derivativo, qualificandolo essenzialmente come acquisto fondato su un rapporto, di natura negoziale, col precedente titolare del diritto, *fondato cioè sulla volontà di costui*. Ma così si confonde il piano dell'effetto giuridico col piano della fattispecie, della fonte dell'effetto: si attribuisce alla massima *nemo plus juris* un significato attinente al modo di produzione dell'effetto traslativo [...]»¹⁰⁶.

La possibilità logica di concepire (taluni) acquisti *a non domino* come acquisti a titolo derivativo passerebbe, allora, necessariamente, da una rilettura del concetto di derivatività.

«Ad integrare il concetto di acquisto derivativo concorrono due profili: sotto il profilo obiettivo esso implica un nesso di dipendenza oggettiva tra due rapporti giuridici successivi, per cui il diritto acquistato dipende ed è misurato dalla titolarità di un precedente soggetto e quindi è l'effetto della perdita (o della limitazione) del diritto del precedente titolare (mentre nell'acquisto originario accade l'inverso); sotto il profilo soggettivo esso implica dipendenza dell'acquisto da un rapporto con un altro soggetto (alienante o dante causa) *senza però che debba trattarsi necessariamente del titolare*»¹⁰⁷.

¹⁰⁶ L. MENGONI, *Natura giuridica degli acquisti «a non domino»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Milano, 1963, p. 1302 s. Corsivo aggiunto.

¹⁰⁷ L. MENGONI, *op. cit.*, p. 1303. Corsivo aggiunto. Così, già prima, G. VENEZIAN, *La tutela dell'aspettativa*, Bologna, 1900, p. 14 s.: «La condizione che l'acquisto avvenga per

Ne sarebbero prova, ad esempio, i trasferimenti coattivi, ai quali si riconosce in modo quasi pacifico natura derivativa, nonostante si producano in virtù di atti posti in essere da un soggetto diverso dal titolare e contro, o comunque senza, il consenso del titolare; ed, altresì, gli acquisti dall'erede apparente¹⁰⁸, i quali presuppongono «un rapporto apparente di acquisto *mortis causa* dell'alienante col *de cuius*, e il terzo di buona fede è tutelato soltanto nei confronti dell'erede vero, onde acquista il diritto soltanto se e nei limiti in cui apparteneva al defunto»¹⁰⁹.

In queste ipotesi, «il diritto attribuito al terzo di buona fede è qualificato da un precedente rapporto di acquisto esistente (ma invalido) o che appare esistere in capo all'alienante (*non dominus*), e la tutela del terzo si determina esclusivamente nei

l'autorità del precedente investito è una caratteristica ulteriore per cui non s'integra il concetto di acquisto derivativo, ma se ne differenzia una specie».

¹⁰⁸ Cfr. A. BIZZARRO, *La priorità temporale*, cit., p. 38: «La natura derivativa dell'acquisto si giustifica in virtù della legittimazione a disporre, normalmente legata alla titolarità o a un potere di disposizione conferito a un terzo dal titolare stesso. È possibile, tuttavia, rinvenire ipotesi nelle quali, sebbene il soggetto alienante sia totalmente privo del potere di disposizione, non si esclude la natura derivativa dell'acquisto. Ciò accade, ad esempio, nell'acquisto dall'erede apparente dove, nonostante il soggetto alienante non abbia la legittimazione richiesta per fondare un acquisto derivativo, questo è giustificato “dall'apparenza del titolo”, la quale induce l'acquirente di buona fede a considerare l'alienante come il vero titolare del diritto. Lo stesso è a dirsi per la doppia alienazione immobiliare, dove l'acquisto del secondo acquirente, pur provenendo da chi è privo del potere di disposizione, va considerato a titolo derivativo per la legittimazione apparente dell'alienante. In questo caso l'apparenza è indotta dalle risultanze dei registri immobiliari, nei quali il dante causa, per omessa trascrizione del primo acquirente, risulta ancora titolare».

¹⁰⁹ L. MENGONI, *op. cit.*, p. 1305.

confronti del soggetto [...] che contesta l'esistenza o la validità del titolo dell'alienante»¹¹⁰.

Ciò che dunque parrebbe contraddistinguere l'acquisto derivativo *a non domino* è, in particolare, il soggetto nei cui confronti è tutelato il terzo acquirente: quando la tutela si dirige nei confronti del vero titolare, del *dominus* del diritto alienato, «si verifica uno sdoppiamento nel fenomeno successorio che tipicamente inerisce all'acquisto derivativo»¹¹¹.

Se, dunque, si vuol dar credito ai risultati cui è pervenuta la dottrina in commento, dovrebbe revocarsi quantomeno in dubbio la premessa su cui si fonda la teoria della *condicio juris* retroattiva, ovvero la natura originaria di ogni acquisto *a non domino* e, conseguentemente, la necessità di qualificare l'acquisto ex art. 2644 c.c. come acquisto necessariamente *a domino*.

Non sorprende, allora, che secondo altra autorevole dottrina¹¹², l'acquisto del secondo avente causa primo trascrivente rappresenterebbe, per l'appunto, una ipotesi di acquisto a titolo derivativo, benché *a non domino*, che si produce al realizzarsi della fattispecie legale complessa, composta dall'atto di alienazione posto in essere dal già *dominus* e dalla prioritaria trascrizione del medesimo. La peculiare vicenda circolatoria presa in considerazione dalla norma si fonderebbe, in sostanza, non sulla recuperata legittimazione a disporre del già *dominus* (come sostiene, invece, la tesi della *condicio juris* retroattiva), bensì sulla rilevanza che la

¹¹⁰ L. MENGONI, *op. loc. ultt. citt.*

¹¹¹ L. MENGONI, *op. loc. ultt. citt.*

¹¹² G. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 359. Cfr. R. SACCO, voce *Circolazione giuridica*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 9 s.

legge attribuisce al (secondo) atto di alienazione, non in quanto negozio, bensì in quanto fatto «che concorre con altri fatti [...] a integrare la fattispecie legale d'acquisto, predisposta a tutela dell'affidamento del terzo»¹¹³.

Quanto, poi, agli effetti dell'avveramento della fattispecie complessa rispetto all'atto d'acquisto anteriore soccombente, «può anche condividersi la configurazione della trascrizione di un successivo atto incompatibile come condizione legale risolutiva»¹¹⁴, ma tale risoluzione dovrebbe operare *ex nunc*, cioè a far data dalla trascrizione stessa¹¹⁵.

Ritornando al tema della presunta eccezionalità della norma contenuta nell'art. 2644 c.c. rispetto al principio *nemo plus juris*, quale precipitato del principio del consenso traslativo, è evidente che aderendo alla teoria della *condicio juris*

¹¹³ L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., p. 7.

¹¹⁴ G. GABRIELLI, *op. loc. ultt. citt.* In realtà la teoria della trascrizione quale *condicio juris* risolutiva (retroattiva o non) è stata pure criticata in quanto, «se la trascrizione fosse in grado di rendere operante un atto che sarebbe dovuto restare inefficace, a causa della priorità temporale di un altro atto dispositivo incompatibile posto in essere da un medesimo autore, essa non si limiterebbe alla funzione dichiarativa di riprodurre la realtà esistente, ma, innovando tale realtà, finirebbe con l'assumere un valore pressoché costitutivo». Così, F. AZZARRI, *Il principio consensualistico e le regole della circolazione patrimoniale*, nella collana *I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, I, 2013, *L'atto pubblico notarile come strumento di tutela nella società dell'informazione*, a cura di P. Sirena, consultabile su www.elibrary.fondazione-notariato.it, che al § 4, nota 68 richiama le osservazioni di E. FERRANTE, *op. cit.*, p. 122, nota 59.

¹¹⁵ G. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 357 ss.; ID., *La funzione detta dichiarativa delle formalità pubblicitarie nel registro delle imprese (art. 2193 c.c.) e nei registri immobiliari (art. 2644 c.c.)*, in AA.VV., *Pubblicità degli atti e delle attività*, *Atti dell'8° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (SISDiC)*, 3-4-5 aprile 2013, Napoli, 2014, p. 13.

retroattiva, ad oggi forse prevalente, si ottiene un risultato pressoché salvifico di detto principio: colui che acquista e trascrive per primo, infatti, ancorché secondo avente causa dal medesimo autore, prevale in quanto *unico* acquirente *a domino*, essendo venuto meno, *ab origine*, l'atto d'acquisto del primo avente causa; dal canto suo, il dante causa ha trasferito al “secondo” acquirente né più né meno di ciò che era in suo potere trasferire.

Diversamente, qualora si optasse per la ricostruzione dell'art. 2644 c.c. in termini di fattispecie complessa legale, l'acquisto del secondo avente causa, ancorché a titolo derivativo, andrebbe qualificato come *a non domino*, deviando, dunque, dalla regola secondo cui *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habeat*, di cui all'art. 1376 c.c.

2.2. Eccezionalità e *prior in tempore potior in jure*.

La natura eccezionale del sistema della trascrizione è stata discussa e sostenuta, in letteratura, anche con riferimento ad una diversa accezione, che comunemente si vuole far derivare dal principio del consenso traslativo, espressa dal noto brocardo *prior in tempore potior in jure*.

A tal riguardo, si afferma infatti che «vigendo nell'ordinamento italiano il principio del consenso traslativo, i conflitti circolatori dovrebbero essere risolti in base alla priorità della data certa dell'acquisto del diritto incompatibile. La disciplina della trascrizione deroga a questa regola e si giustifica in chiave di assicurare la certezza dei traffici»¹¹⁶.

¹¹⁶ F. GAZZONI, *op. cit.*, I, p. 77. Cfr. C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, III, Milano, 2000, p. 576 s.: «La soluzione del conflitto tra acquirenti, terzi titolari e creditori non potrebbe essere appropriatamente affidata al principio della prevalenza del titolo precedente nel tempo (*prior in tempore potior in iure*). L'incondizionata applicazione di tale principio salvaguarderebbe i terzi titolari ma mortificherebbe l'esigenza di sicurezza del commercio giuridico esponendo l'acquirente a tutte le pretese fondate su titoli anteriori. D'altro canto, l'opponibilità illimitata del contratto di alienazione sacrificerebbe eccessivamente l'esigenza di tutela del titolare e quella della sicurezza del credito, in quanto esporrebbe i creditori al pregiudizio dello svuotamento del patrimonio del debitore a seguito di disposizioni occulte. Si rendono necessari, piuttosto, criteri di soluzione del conflitto che valgano a contemperare le opposte esigenze e che tengano conto, per quanto possibile, della diversa misura di tali esigenze. Conseguentemente, la legge non conosce una regola unica di soluzione del conflitto ma regole diverse in ragione della natura del diritto alienato e del tipo di conflitto». Corsivo aggiunto.

Cionondimeno, per poter realmente comprendere la relazione intercorrente tra l'istituto della trascrizione ed il principio della priorità temporale, appare necessario intendersi sul contenuto semantico e valore giuridico di quest'ultimo.

In via generale, potrebbe dirsi che il principio in parola esprima l'idea per la quale colui che è «primo nel tempo, è più forte nel diritto»¹¹⁷, e tuttavia non si può negare che, in tal modo banalmente declinata, la locuzione implicitamente alluda (anche) all'esistenza di colui che è secondo e, per ciò solo, meno forte nel diritto.

Sembrano, dunque, già presenti nel significato, nell'etimo delle parole che lo compongono, l'idea di conflitto e, ancor di più, l'idea (e la modalità) di risoluzione dello stesso.

Normalmente, invece, il brocardo è concepito quale precipitato del consensualismo traslativo, quasi che ne fosse inesorabile conseguenza logica: se i diritti si trasferiscono in virtù dell'*in idem placitum consensus*, si argomenta, tra due aventi causa dal medesimo autore, in caso di doppia alienazione, non potrà che prevalere chi per primo ha acquistato, cioè chi per primo ha raggiunto l'accordo con il comune dante causa.

In verità, concepire la priorità temporale così intimamente connessa al principio del consenso traslativo, non appare propriamente corretto.

A ben vedere, l'idea di anteriorità si rinviene in numerosi luoghi dell'ordinamento positivo, sol che si pensi agli artt. 1155, 1265, 1380 e 2644 c.c., i quali racchiudono regole di risoluzione della circolazione conflittuale.

¹¹⁷ E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto romano privato*, Roma, 1961, p. 434.

Così, in materia di beni mobili (non registrati), l'art. 1155 c.c. stabilisce che, in caso di doppia alienazione, a prevalere sia colui che abbia conseguito *per primo* il possesso di buona fede¹¹⁸; l'art. 1265 c.c. accorda, per l'ipotesi di alienazioni multiple del medesimo diritto di credito, prevalenza alla cessione che *per prima* sia stata notificata al debitore o da questi accettata; ancora, l'art. 1380 c.c., qualora il medesimo autore abbia concesso a più soggetti un diritto personale di godimento relativo alla stessa cosa, sancisce la prevalenza di chi *per primo* abbia conseguito il godimento della res; infine, l'art. 2644 c.c., nel disciplinare l'eventualità della doppia alienazione immobiliare, attribuisce preferenza a chi *per primo* abbia eseguito la trascrizione nei pubblici registri il proprio titolo d'acquisto.¹¹⁹

Come si può facilmente notare, «seppur nei suoi diversi significati, il principio [*prior in tempore potior in jure*] si contraddistingue per la circostanza di ancorare la posizione di prevalenza al fattore tempo. In quest'ottica la sua *ratio* è da rinvenire nella volontà di premiare il soggetto che si attiva prima, ponendo in essere determinate formalità, quali ad esempio la trascrizione, o manifestando prioritariamente interesse al conseguimento dell'acquisto di un diritto»¹²⁰.

¹¹⁸ Cfr. G. PALERMO, *Contratto di alienazione*, cit., p. 131 s., secondo il quale «l'acquisto del possesso, del quale parla l'art. 1155 cod. civ., non ha valore autonomo. [...] Un rigoroso esame del suo contenuto, laboriosamente svolto dalla migliore dottrina, rende tuttavia palese che solo certe forme di acquisto del possesso riescono ad assumere qui rilevanza. Ed infatti, ciò che conta è il possesso che sia espressione di un titolo; quel possesso, cioè, che in concreto denoti l'investitura operata attraverso il contratto».

¹¹⁹ Per un'ordinata classificazione dei criteri di prevalenza, cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, (rist.) Napoli, 2010, p. 63 ss., 159 ss.

¹²⁰ A. BIZZARRO, *La priorità temporale*, cit., p. 81. La prevalenza dell'uno o dell'altro soggetto è frutto di una scelta di politica legislativa, come rileva G. PALERMO, *op. cit.*, p. 129: «Il legislatore – com'è stato osservato – nel regolare la distribuzione dei beni fra i diversi

È il tempo¹²¹ il criterio adoperato, in tutti i casi esposti, dal legislatore, onde dirimere un conflitto circolatorio. Anzi, più precisamente, il criterio è dato non dal

membri della collettività, e nel disciplinare la funzione dello scambio (cui si collega quella della proprietà), non formula valutazioni astratte. Ed è così che, secondo le diverse epoche storiche (e nei singoli ordinamenti), il conflitto fra colui che il bene vuole ritenere “avendone il diritto” e colui che il bene pretende di vedersi attribuito *ob causam* viene risolto ora nell’uno ora nell’altro senso, e sempre in diversa guisa. Giocano ovviamente le particolari esigenze socio-economiche, espresse talvolta da un più o meno intenso conservatorismo, talvolta da una più accentuata liberalizzazione dei trasferimenti. Sicché, affermandosi la prima tendenza, riceverà maggior tutela l’avente diritto *sine causa* spogliato del proprio bene; mentre all’opposto, in un sistema produttivo a sempre più larga espansione, prevarrà colui che il bene ha fatto proprio, e tale bene utilizza».

¹²¹ Sul fattore-tempo nella scienza del diritto, cfr. V. von THUR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II, t. 2., München und Leipzig, 1918, p. 497 ss.; G. HUSSERL, *Recht und Zeit*, Frankfurt am Mein, 1955, *passim*; L. ENNECCERUS u. C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Tübingen, 1960, p. 1354 ss.; E. REDENTI, *La prova della data riguardo ai terzi*, I, Roma, 1913, *passim*, ora in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, II, *Intorno al diritto sostanziale*, Milano, 1962, p. 225 ss.; D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, I, Torino, 1962, p. 262 ss.; G. GIACOBBE, voce *Data (In generale)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 692 ss.; G. CAPOZZI, *Temporalità e norma nella critica della ragione giuridica*, Napoli, 1968; L. BAGOLINI, *Significati della parola «tempo» in alcuni discorsi giuridici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 333 ss.; N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, p. 118 ss.; E. MOSCATI, voce *Tempo (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 1114 ss., il quale rileva che «[n]el diritto positivo non esiste infatti una disciplina omogenea del fattore temporale, sicché è arduo, per non dire impossibile, dare una definizione unitaria del tempo in senso giuridico, tanto più che fra le diverse fattispecie vi è in comune la mera circostanza che la realizzazione degli effetti previsti dalla legge è subordinata al decorso del tempo od al compimento dell’atto in un determinato momento storico. [...] E se talora questo fattore si inserisce nel meccanismo diretto alla realizzazione della situazione ipotizzata dalla legge, venendo a costituire sotto il profilo della durata una delle componenti essenziali della fattispecie, altrove invece la determinazione temporale ha una funzione meramente cronologica».

Più di recente, con specifico riferimento al tempo della trascrizione, M. FRANCESCA, *Il ruolo del tempo nella trascrizione (principio di continuità e criteri di prevalenza)*, in *Rass. dir. civ.*,

tempo puro, bensì dal tempo collegato ad un determinato atto o fatto giuridicamente rilevante: e dunque, il tempo del possesso di buona fede, il tempo della notificazione, il tempo del godimento o della trascrizione.

Ciascuna delle norme brevemente passate in rassegna appare dunque attuativa di un principio¹²² che le accomuna, e quel principio è, appunto, la priorità temporale: «codesti criteri non si discostano, nella loro essenza, dal tradizionale principio “*prior in tempore potior in jure*”. Quel che di peculiare presenta la disciplina del nuovo codice è, piuttosto, il testuale riferimento di questo principio ad elementi molteplici – ora soggettivi ora oggettivi – il cui concorrere, in variabile combinazione, caratterizza le diverse ipotesi di acquisto»¹²³.

Si può dubitare, allora, che la posizione di prevalenza affermata dal brocardo in parola possa correttamente ricondursi al principio del consensualismo e che, di

I, 2010, p. 62 ss.; ID., *Autonomia del criterio della priorità e regole di funzionamento delle misure di conoscenza*, in AA.VV., *Pubblicità degli atti e delle attività, Atti dell'8° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (SISDiC)*, 3-4-5 aprile 2013, Napoli, 2014, p. 425, secondo l'A., il fattore tempo è «elemento organizzativo costante delle misure che assolvono ad un ruolo ordinante nella circolazione dei diritti». Cfr. altresì P. PERLINGIERI, *Chiusura dei lavori*, cit., p. 497, ove asserisce che il principio di priorità temporale «sembra pervadere l'intero campo della circolazione conflittuale, là dove la risoluzione dei conflitti è rimessa al fattore tempo che, di volta in volta, coniuga con i diversi indici di circolazione».

¹²² Cfr. P. PERLINGIERI, *Manuale*, cit., p. 10, ove, in riferimento al nesso tra regole e principi, afferma: «Ogni regola è riconducibile almeno ad un principio. La regola riguarda un comportamento e lo valuta; questo, valutato positivamente, costituisce un modo di realizzare il principio. La regola è quindi una scelta tra molteplici opportunità di realizzazione del principio»; P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, cit., p. 6: «Quando la legge detta una regola – o insiemi complessi di regole – effettua una scelta sul modo di realizzare il comando contenuto nel principio».

¹²³ G. PALERMO, *Contratto di alienazione*, cit., p. 127 s.

conseguenza, le norme di risoluzione dei conflitti, come l'art. 2644 c.c., costituiscano deroghe o eccezioni al principio medesimo.

La circolazione di beni mobili, crediti e beni immobili, laddove diventi conflittuale figurandosi una situazione antinomica tra due soggetti (e quindi tra due diritti), giunge ad una soluzione per mezzo di precisi indici di circolazione collegati al fattore tempo, o forse sarebbe più corretto dire il contrario, cioè che è il fattore tempo, unito ai vari indici di circolazione, a costituire la regola di soluzione del conflitto.

Ma in nessuno di questi casi può dirsi che trovi applicazione il principio del consenso traslativo, e nemmeno, in realtà, laddove il conflitto debba risolversi mediante il criterio della data certa anteriore¹²⁴.

¹²⁴ In dottrina si discute attorno alla natura, esclusivamente probatoria o (anche) sostanziale, della data certa, cioè se essa costituisca mezzo di prova in giudizio o criterio di risoluzione di (taluni) conflitti. Cfr., sul tema, A.A. DOLMETTA, *La data certa. Conflitto tra creditori e disciplina dell'impresa*, Milano, 1986, p. 106 ss.; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in F. GALGANO e G. VISINTINI, *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, in *Comm. cod. civ.* A. Scialoja e G. Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, Libro IV, 1993, p. 153; V. BARONCINI, *Della prova documentale. Della scrittura privata*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli e a cura di G. Bonilini e A. Chizzini, p. 452 ss.: «[...] la norma racchiusa nell'art. 2704 c.c. viene ad operare come criterio risolutivo del conflitto, trovando ambito elettivo d'applicazione in materia fallimentare, in virtù del principio espresso dall'art. 44, co. 1, l. fall.»; A. BIZZARRO, *La priorità temporale*, cit., p. 93 s., la quale, citando Dolmetta (*op. cit.*, p. 92 e 106), afferma che «[l]a data certa, invero, persegue il fine di "rendere certo un fatto – il tempo relativo al negozio opposto al terzo: scopo condiviso dalla trascrizione, il cui 'compito peculiare' è di 'assegnare una data al contratto traslativo', di attribuirgli di fronte a certi terzi una certezza cronologica". Occorre, pertanto, escludere che la norma abbia natura meramente probatoria e condividere l'affermazione secondo la quale la regola della data certa riguarda "sempre l'opponibilità del negozio e non semplicemente la prova documentale di esso"».

Si pensi all'art. 819 c.c., il quale subordina l'opponibilità dei diritti vantati da terzi su beni pertinenti alla data certa anteriore del loro titolo d'acquisto; all'art. 1380 co. 2 c.c., che stabilisce, nel caso in cui nessuno dei due concessionari abbia conseguito il godimento del bene, la prevalenza di colui che abbia il titolo di data certa anteriore; all'art. 1599 c.c., in virtù del quale la locazione è opponibile al terzo acquirente se ha data certa anteriore all'alienazione; all'art. 1524 c.c., secondo cui la riserva di proprietà è opponibile ai creditori dell'acquirente purché risulti da atto avente data certa anteriore al pignoramento; all'art. 1707 c.c. che stabilisce l'opponibilità, ai creditori del mandatario, degli acquisti che questi abbia compiuto in esecuzione del mandato, purché, ove si tratti di beni mobili o crediti, il mandato risulti da scrittura avente data certa anteriore al pignoramento.

Ebbene, in tutte queste ipotesi, a costituire criterio di risoluzione non è mai, propriamente, il nudo consenso reciproco e tantomeno il tempo di formazione dello stesso (ove si determina la trasmissione del diritto), quanto, piuttosto, il tempo di formazione del documento che attesta l'accordo.

In questo senso sembra deporre, peraltro, la stessa lettera dell'art. 2704 c.c., a mente del quale «la data della scrittura privata della quale non è autenticata la sottoscrizione non è certa e computabile riguardo ai terzi se non [...] dal giorno in cui si verifica un altro fatto che stabilisca in modo egualmente certo *l'anteriorità della formazione del documento*»¹²⁵.

¹²⁵ Corsivo aggiunto.

Stando alla lettera della norma, dunque, ciò che pare rilevare ai fini della certezza¹²⁶ della data e quindi dell'opponibilità nei confronti dei terzi¹²⁷ è il momento di formazione del documento, non del consenso di cui all'art. 1376 c.c.; momenti che, se di regola coincidono, ben possono, per avventura, discordare.

Vieppiù che, in alcuni casi, può darsi addirittura che, ferma la inevitabile determinazione temporale della formazione del consenso, manchi invece quella del documento; basti pensare a quei negozi per i quali non è richiesta la forma scritta e che dunque, proprio per ipotesi, mancano del documento e quindi della data.

È nota in letteratura la distinzione, proposta da autorevole dottrina¹²⁸, tra «data dell'atto» e «data del documento», essendo giuridicamente e concettualmente

¹²⁶ Cfr. G. GIACOBBE, *op. cit.*, p. 700: «Il testo letterale della disposizione in esame porta a ritenere che si tratti di effetto bivalente: certezza e computabilità rispetto ai terzi costituiscono, infatti, i termini attraverso cui opera l'effetto normativo. Ma, ove si approfondisca ulteriormente l'indagine, avuto riguardo agli strumenti utilizzati dalla legge per conseguire l'effetto voluto, nonché alle finalità che essa si propone e, non da ultimo, alla intitolazione dell'articolo, sembra legittimo affermare che, in sostanza, l'ambivalenza di efficacia certezza e computabilità si risolva in unità o, quanto meno, in rapporto di strumentalità (legalmente) necessaria, nel senso che si è inteso determinare attraverso quali modalità la (data della) scrittura privata sia opponibile ai terzi e sia quindi certa, per i limitati fini perseguiti dalla norma; ovvero sia da considerare certa al fine di renderla opponibile ai terzi».

¹²⁷ Sulla nozione di terzo, con riferimento all'art. 2704 c.c., cfr. A. GIOVENE, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, Torino, 1917, p. 531 ss.; M. LEVATI, voce *Data. Data certa*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 168 ss.; F.S. GENTILE, *La prova civile*, Roma, 1960, p. 186 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, XV, t. 2, Torino, 1955, p. 231 ss.; V. PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955, p. 95 ss., spec. 101 s.

¹²⁸ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., *passim*; ID., *La prova civile*, Roma, 1947, *passim*; ID., voce *Documento*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 85; P. GUIDI, *Teoria giuridica del documento*, Milano, 1950, spec. p. 11 ss.; G. GIACOBBE, voce *Data*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 692 ss.

diversi gli oggetti della datazione: l'atto è da intendersi quale «manifestazione del volere o, più generalmente, comportamento volontario diretto alla realizzazione di concrete fattispecie giuridiche corrispondenti a necessità pratiche e finalità di tutela di situazioni di interesse»¹²⁹; il documento¹³⁰, invece, costituisce la cristallizzazione formale di quel volere¹³¹. «Le due parole atto e documento esprimono quindi due momenti differenti: l'agire ed il ricordo dell'azione passata. L'atto è necessariamente conseguente al documento, questo è susseguente a quello»¹³².

E seppur le norme sopra richiamate, applicative della regola della data certa, talora facciano variamente riferimento alla scrittura (art. 819 c.c., 1707 c.c.), al titolo (art. 1380 co.2 c.c.), al contratto (art. 1599 co. 1 c.c.), all'atto (art. 1524 co. 1 c.c.), deve ritenersi che esse, rinviando all'istituto della data certa di cui all'art. 2704 c.c., in realtà abbiano ad indicare, sempre e comunque, il documento, cioè il mezzo che attesta un determinato accadimento giuridicamente rilevante¹³³.

¹²⁹ G. GIACOBBE, *op. cit.*, p. 693. Sul concetto di atto giuridico e la relativa distinzione tra atto (giuridico) in senso stretto e negozio, F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Atto giuridico (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 203 ss.

¹³⁰ Cfr. P. GUIDI, *op. loc. cit.*, per l'A. l'atto è «il contenuto mentre il documento si presenta come il contenente»; F. CARNELUTTI, voce *Documento (teoria moderna)*, cit., p. 86 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 356; L. CARRARO, *Il diritto sul documento*, Padova, 1941, p. 4, definisce il documento «una cosa rappresentativa di un fatto»; A. CANDIAN, voce *Documento e documentazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 579: «il documento è una cosa corporale, semplice o composta, idonea a ricevere, conservare, trasmettere, la rappresentazione descrittiva o emblematica o fonetica di un dato ente, giuridicamente rilevante».

¹³¹ G. GIACOBBE, *op. loc. cit.*

¹³² P. GUIDI, *op. cit.*, p. 12.

¹³³ S. PATTI, voce *Documento*, in *Digesto (disc. priv.)*. Sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 1: «Il codice civile italiano non contiene una definizione del documento ma adopera questo termine

Dunque, il principio *prior in tempore potior in iure* sembra appartenere, più che alla logica del consensualismo, a quella della circolazione patologica o conflittuale: esso esprime il giudizio di prevalenza fondato sulla priorità temporale cui il legislatore ricorre ampiamente onde regolare le situazioni di conflitto, legando il fattore-tempo a indici esteriori che mutano al mutare del tipo di bene oggetto di circolazione (possesso, notificazione, godimento, trascrizione etc.)¹³⁴.

Anche il criterio della data certa anteriore, che comunemente si considera espressione del principio consensualistico, dovrebbe ricondursi, forse più correttamente, in quel ventaglio di criteri o regole di risoluzione di conflitti

in diverse disposizioni (cfr., ad es., artt. 736, 1262, 1477, 2235, 2961 c.c.). Il termine documento è inoltre presente in alcuni articoli del codice di procedura civile (cfr., ad es., artt. 165, 166, 184, 345, 372 c.p.c.). *In altre norme invece — per indicare un documento — si parla di titolo, atto, scrittura, scritto, carta, venendosi così a creare una certa mancanza di unitarietà e di precisione terminologica*». Corsivo aggiunto.

¹³⁴ Chiarissima, sul punto, M. FRANCESCA, *Autonomia del criterio della priorità*, cit., p. 426 s.: «[C]he differenza corre tra la priorità temporale intesa come riconoscimento di preferenza di una situazione giuridica rispetto a un'altra esattamente simmetrica, quando la valutazione è celebrata ora sull'atto, ora sul possesso e, infine, sull'applicazione di una misura di conoscenza strutturata, come la trascrizione? L'idea tradizionale è che mutando il punto di riferimento — dall'atto alle categorie di indici — si acceda a distinte articolazioni di priorità temporale. Là dove il punto di osservazione cada sull'atto, vi è applicazione del principio puro del *prior in tempore potior in iure*; diversamente, quando la priorità è sganciata dal momento-luogo creativo dell'atto, essa si appunta su un indice diverso (possesso, notificazione o trascrizione); ciò fino alla strutturazione di sistemi di relazione tra regola ed eccezione, dove il parametro di normalità (regolarità) è il principio consensualistico e i suoi corollari in chiave circolatoria. [...] Eppure guardando ai meccanismi risolutivi, l'unico dato incontrovertibile è proprio la fermezza della priorità temporale: *prior in tempore potior in iure* ora scandita dalla conclusione del procedimento formativo dell'atto, ora del possesso, ora della trascrizione. *La priorità temporale è pur sempre quella, muta invece il punto di osservazione del tempo* [corsivo aggiunto] e, con questo, muta la natura del tempo».

circolatori¹³⁵ che rispondono, tutti indistintamente, al principio¹³⁶ della priorità temporale.

Invero, la circostanza che tra due atti prevalga quello avente data certa anteriore non vuol dire che trovi applicazione l'art. 1376 c.c., e ciò in quanto, come detto, anche allorquando si ricorra al criterio della data certa anteriore, il legislatore lega il fattore-tempo non al momento di formazione del consenso reciproco, bensì al

¹³⁵ Cfr. G. BARALIS, *op. cit.*, p. 23, il quale, ritenendo generalmente infondate le ragioni addotte a sostegno della eccezionalità della trascrizione, sostiene, con preciso riferimento al principio *prior in tempore potior in iure*, che «[i]n primo luogo la portata dell'art. 1376 c.c. deve intendersi limitata per una inattitudine intrinseca del principio a regolare la circolazione immobiliare. Infatti il conflitto fra due atti dispositivi riguardanti lo stesso bene non può ragionevolmente risolversi se non in base – almeno – alla data certa, il che significa che nell'ipotesi di conflitto fra atto avente data certa e altro atto privo, pur se fenomenicamente di data anteriore, prevarrà il primo con una soluzione che grosso modo è simile, grosso modo ricalca, quella esemplare della trascrizione. Quindi l'art. 1376 c.c. “nasce” intrinsecamente limitato – almeno – dalla data certa. Se così è il meccanismo della pubblicità dichiarativa non è eccezionale perché (arg. ex art. 2701 c.c.) non certo privilegia, ma regola in modo proprio la circolazione immobiliare “scegliendo”, fra possibili indici, un indice speciale più efficiente rispetto a quello rudimentale della data certa»; A. BIZZARRO, *La priorità temporale*, cit., p. 97, nota 51: «Esemplificando si può affermare che se si scorge nel criterio della data certa anteriore un limite all'operatività del *prior in tempore potior in iure*, questo confluisce, in quanto espressione dell'art. 1376 c.c., nella circolazione conflittuale e, pertanto, non può sostenersi che le norme che presidiano la certezza dei traffici giuridici, attinenti al piano della circolazione conflittuale, derogino al principio. In ogni caso, *seppur si riconduca il prior in tempore alla circolazione patologica, individuando correttamente nella data certa non un limite alla sua operatività, ma una delle sue regole applicative, tutti i criteri di risoluzione sono diretta espressione dello stesso principio, quello della priorità temporale*». Corsivo aggiunto.

¹³⁶ P. FEMIA, *Tre livelli di (in)distinzione tra princípi e clausole generali*, in *Fonti, metodo, interpretazione*, a cura di G. Perlingieri e M. D'Ambrosio, Napoli, 2017, p. 217: «[È] comunemente riconosciuto che ogni regola sia riconducibile ad almeno un principio e che molteplici regole siano riconducibili al medesimo principio». Corsivo aggiunto.

momento di formazione del documento. Se ad aver rilevanza fosse stato il tempo di formazione dell'accordo, a ben vedere, in caso di conflitto, non potrebbe che prevalere, sempre e comunque, il primo avente causa, per semplici ragioni di diritto sostanziale. Tuttavia, il criterio della data certa anteriore (di cui si afferma l'appartenenza alla logica del consensualismo) può (e deve) condurre a risultati completamente diversi: basti pensare che, tra due atti di cui uno avente data certa ed altro privo di data, seppur temporalmente anteriore, prevarrà quello avente data certa, con totale disapplicazione della regola di diritto sostanziale.

Più in generale, deve notarsi come il momento di formazione della data ed il momento di formazione dell'accordo siano concetti, logicamente e giuridicamente, ben diversi e che, solo di regola, possono giungere a coincidere¹³⁷. Ma non pare corretto ricavare dalla regolarità¹³⁸ di siffatta coincidenza la necessaria appartenenza del criterio della data certa al principio del consenso traslativo.

¹³⁷ Nell'ipotesi di ripetizione dell'accordo inizialmente avente forma orale, là dove possibile, in scrittura privata, ad esempio, si ha una sfasatura temporale tra momento di formazione dell'accordo e momento di formazione del documento e, con esso, della data.

¹³⁸ P. PERLINGIERI, *Manuale*, cit., p. 18: «Talvolta si chiama principio una costante di una pluralità di norme anche ordinarie. Ad es. il principio di libertà delle forme è la descrizione di una – presunta – abituale assenza di vincoli: se la legge non dispone diversamente, la forma del contratto è libera e non occorre redigerlo per iscritto. Ma la libertà di forma è *una semplice regolarità (non una regola), una soluzione che statisticamente ricorre spesso*. Che in alcune fattispecie la forma sia libera, non consente di sostenere che anche in altre ipotesi lo sia, senza accertare le sue particolarità, gli interessi coinvolti». Corsivo aggiunto.

3. Spunti sulla eccezionalità dell'art. 2644 c.c. da una prospettiva assiologica.

La dottrina si è a lungo prodigata, con pregevoli risultati, nel tentativo di ricostruire il meccanismo tecnico mediante cui opera l'art. 2644 c.c., là dove risolve il conflitto tra due aventi causa che abbiano conseguito il medesimo diritto dal medesimo autore, attribuendo prevalenza a colui che abbia trascritto per primo.

Sotto l'aspetto tecnico, si è osservato come le due teorie prese finora in considerazione, quelle della *condicio juris* risolutiva *retroattiva* e quella della *condicio juris* risolutiva *irretroattiva*, conducano a risultati diversi nel momento in cui si pongano in relazione con il principio del consenso traslativo e, più nello specifico, con il suo corollario *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habeat*.

La *vis retroactiva* ricavata dalla prima teoria consente infatti di lasciare impregiudicato il principio in parola, nella misura in cui restituisce al dante causa la legittimazione a disporre che aveva perduto con la prima alienazione, così riconducendo perfettamente l'acquisto del secondo avente causa nella categoria degli acquisti *a domino* e a titolo derivativo.

Viceversa, l'irretroattività sostenuta dall'altra dottrina passata in rassegna, architettando l'acquisto del secondo avente causa come acquisto *a non domino* (eccezionalmente, a titolo derivativo), induce a ritenere che, in tal modo opinando, si pervenga ad una lesione del principio del consenso traslativo, poiché *il dante causa ha trasferito* (al secondo avente causa, primo trascrivente) *più di quanto fosse in suo potere di trasferire*, cioè il diritto che aveva ormai perduto col primo atto di alienazione.

Cionondimeno, cambiando prospettiva, è del pari indubbio che mentre l'irretroattività della condizione permetterebbe al consenso reciproco, cristallizzato

nel titolo risolto, di produrre gli effetti voluti dalle parti quantomeno in quel lasso di tempo che va dal perfezionamento dell'atto alla prioritaria trascrizione del secondo acquirente, l'eventuale portata retroattiva condurrebbe, invece, a negare l'operatività del principio consensualistico, travolgendo proprio il consenso legittimamente manifestato dal primo acquirente e dal comune dante causa.

È indubbia e manifesta l'importanza dell'indagine svolta da tale dottrina in ordine all'aspetto tecnico, alla ricostruzione cioè del meccanismo mediante il quale opera quella particolare norma di risoluzione di conflitti in materia immobiliare, l'art. 2644 c.c.: si pensi, ad esempio, ai diversi risvolti in tema di responsabilità.

Tuttavia, se si vuole concentrare l'indagine sull'eccezionalità di tale norma, dalla quale si fa dipendere l'impossibilità di applicazione analogica e persino un cauto uso di quella estensiva, pare opportuno tornare a considerare che il rapporto tra norme – in questo caso, l'art. 2644 c.c. e l'art. 1376 c.c. – è, ad un livello più profondo e radicato, un rapporto tra valori e quindi, di principi¹³⁹.

¹³⁹ *Contra*, F. GAZZONI, *op. cit.*, I, p. 7 s., il quale, contestando, la bontà di una indagine assiologica dell'istituto della trascrizione, auspica che esso, «specie in questo periodo da “tana libera tutti” in cui viviamo, preludio alla *finis Italiae*, resti l'unica isola felice di un sano positivismo, anche formalistico, fonte di certezza, al riparo dalle incursioni assiologiche e costituzionalmente orientate, foglia di fico di un tendenziale diritto libero, quale, come è noto, è anche quello per principi, inevitabilmente anarcoide, tanto più in quanto applicato da una magistratura incontrollata e incontrollabile, oltre che, sempre più spesso, ignorante». Ma v. pure le osservazioni, al riguardo, di P. PERLINGIERI, *Chiusura dei lavori*, cit., p. 498 s.: «Che il sistema della pubblicità debba essere interpretato alla lettera e che tutte le norme sulla pubblicità immobiliare siano eccezionali e inderogabili, senza alcun margine di ricorso all'analogia e all'interpretazione estensiva, non è più condivisibile. L'interprete deve rifiutare tale approccio ermeneutico, in quanto esso determina una lettura limitata, decontestualizzata rispetto al sistema ordinamentale e ai principi fondamentali che si esso sono parte integrante [...]. La validità di questa diversa impostazione non può essere esclusa in base all'argomento della

Sicché, al fine di disvelare il rapporto (qualunque esso sia: di reciproca ingerenza, di totale indifferenza) è imprescindibile individuare i valori che le norme, di volta in volta prese in considerazione, si propongono di attuare.

Si tratta, allora, di indagare, in una prospettiva assiologica, e dunque necessariamente sistematica, *ratio* e *τέλος* degli artt. 1376 e 2644 c.c.

Sul piano della teoria generale dell'interpretazione, si afferma infatti che «affrontare una norma è per prima cosa chiedersi di quale problema essa vuol essere la risposta. Si tratta cioè di applicare alle norme il procedimento elentico (*èlenkos*) consigliato dagli antichi, alla ricerca di quella che è la ragion d'essere dell'oggetto di indagine: per quale motivo è stata formulata la norma? Quali esigenze hanno indotto la sua adozione? Il sol tentativo di risposta a queste domande aiuta a cogliere la *ratio* della norma, intesa appunto come ragion d'essere della norma. In modo speculare si individua anche il *tèlos* della norma, il suo scopo, la risposta che si è voluta dare al problema. Capito cioè quale problema aveva indotto la nascita della norma, occorre fare il passo successivo e chiedersi come la norma vuol far fronte a quel problema, quale è il suo scopo, il suo obiettivo, il suo fine: il *tèlos*»¹⁴⁰.

Ci si deve domandare, dunque, quale sia il problema¹⁴¹ che l'art. 1376 c.c. da un lato, e l'art. 2644 c.c. dall'altro, si propongono di risolvere e, parallelamente, il

mananza di una espressa menzione normativa di determinate situazioni giuridiche. *L'esigenza di garantire la certezza che deriva da una corretta applicazione del sistema pubblicitario* [corsivo aggiunto] rende, ormai, priva di significato questa giustificazione e l'interprete che ancora si avvallesse del dato letterale commetterebbe un persistente errore di prospettiva».

¹⁴⁰ M. FRACANZANI, *Analoga e interpretazione estensiva*, cit., p. 273.

¹⁴¹ Cfr. A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milano, 1999, p. 407, per il quale è impossibile intendere il significato di una norma senza conoscere il problema da cui la norma stessa è

valore¹⁴², l'interesse, il principio¹⁴³ che intendono perseguire nel momento della rispettiva attuazione¹⁴⁴.

Ora, non potendo essere i valori tutti uguali, tantomeno lo saranno i principi, tant'è che essi vengono comunemente ripartiti in fondamentali, generali e tecnici¹⁴⁵.

scaturita; G. PETRELLI, *La pubblicità legale tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass. dir. civ.*, 3/2009, p. 722 s.: «Occorre, per altro verso, superare una tendenza, fin troppo diffusa, all'“eccesso di interpretazione letterale” nella materia in oggetto [...]. *L'interpretazione* deve essere innanzitutto – anche in questo settore – sistematica e assiologica, ed “adeguatrice” ai principi costituzionali e comunitari; *deve muovere “dal problema al sistema”, evidenziando in prima battuta gli interessi in conflitto* e le esigenze di loro composizione, e rinvenendo in un secondo momento *la soluzione sulla base dei dati forniti dal complesso delle norme giuridiche*, mediante un corretto utilizzo della dogmatica, intesa quale strumento di tipo euristico, i cui risultati devono essere sottoposti a rigorosa verifica, rifuggendo da procedimenti di *Inversionsmethode*». Corsivo aggiunto.

¹⁴² Cfr. P. PERLINGIERI, *Fonti e interpretazione*, cit., p. 18 s.: «Reperire un criterio per l'individuazione della nozione di “valore” presenta estrema difficoltà. I diversi criteri, che si rinvencono in sede di speculazione di singole discipline, sono unilaterali. Il valore è nozione complessa dagli aspetti molteplici: politici sociali, etici, filosofici, giuridici. Il valore individuato con metodologia unilaterale (esclusivamente sociologica o politica, ecc.) è soltanto un suo aspetto. Esso è espressione di un criterio sincretico, dovuto a tanti profili, tutti concorrenti».

¹⁴³ «Se la norma è la soluzione voluta dal legislatore per un problema che ha individuato, *la norma si pone in attuazione di un principio e come suo scopo mira a perseguire o tutelare un certo bene particolare*. Questo è ciò che è stato voluto (in concreto) dal legislatore nel momento genetico della norma, ovvero ciò che avrebbe dovuto essere voluto dal legislatore *in attuazione di questo o quel principio costituzionale*. Sta insomma all'interprete individuare quello che era o avrebbe dovuto essere la risposta a quel problema», M. FRACANZANI, *op. cit.*, p. 277. Corsivo aggiunto.

¹⁴⁴ M. FRACANZANI, *op. cit.*, p. 276: «Colto il problema rilevato dal legislatore, cui vuol far fronte la norma, in attuazione di un principio, occorre fare il passo successivo ed individuare, come la norma intenda rispondere al problema, quale sia il suo scopo, il suo fine, il suo *tèlos*: in sostanza quale è il bene verso cui si dirige, il valore che intende proteggere».

¹⁴⁵ P. PERLINGIERI, *Manuale*, cit., p. 18 s.

I principî fondamentali (o assoluti), tra i quali si annoverano i principî costituzionali¹⁴⁶, sono i «valori etico-politici che, per un verso abbracciano l'intero ordinamento e, per un altro verso, danno ad esso fondamento o giustificazioni»¹⁴⁷. I principî generali, molti dei quali sono al tempo stesso principî fondamentali, sono quelli che permeano l'intero sistema giuridico, sono cioè trasversali, in tal modo contrapponendosi a quei principî che riguardano solo uno specifico settore o una singola materia¹⁴⁸.

I principî tecnici, invece, sono così definiti in quanto «rappresentano la costruzione concettuale di esigenze dettate dall'opportunità pratica o dalla politica legislativa e

¹⁴⁶ P. PERLINGIERI, *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 804: «I valori costituzionali, come principî e quindi come norme, sono le forze costitutive e gli argomenti dibattuti, le strutture portanti e le finalità da realizzare, sono la democrazia e ciò che democraticamente si discute in una comunità di eguali. [...] L'unità dell'ordinamento giuridico è ben sorretta dalla legalità costituzionale quale insieme di valori accolti nella Carta repubblicana ed è consequenziale che questi valori orientino l'interpretazione della legge, le costruzioni dottrinarie e le decisioni giurisprudenziali ed altresì offrano la giustificazione delle norme ordinarie».

¹⁴⁷ R. GUASTINI, voce *Principi di diritto*, in *Dig., discipl. priv., Sez. civ.*, vol. XIV, Torino, 1996, §7, consultabile su www.leggiditalia.it.

¹⁴⁸ R. GUASTINI, *op. cit.*, §5; P. PERLINGIERI, *Appunti di "Teoria dell'interpretazione"*, Camerino, 1970, p. 42, il quale afferma che i principî generali «non sono principî giusnaturalistici o metagiuridici, né principî antecedenti l'ordinamento, ai quali si sarebbe ispirato lo stesso legislatore – i cdd. assiomi dell'ordinamento o *recte* dell'interprete –, bensì sono i principî generali che si desumono dall'ordinamento per via d'astrazione o di generalizzazione o, perché formalmente espressi dall'ordinamento medesimo»; N. BOBBIO, voce *Principi generali del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 890 s.; S. PUGLIATTI, *Spunti metodologici*, in ID., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 231 s.; F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991, p. 3.

la loro configurazione deve essere giustificata pur sempre nell'ambito dei principi generali»¹⁴⁹.

Ragionando, dunque, in termini di *ratio* e *τέλος*, potrebbe dirsi che la domanda, il problema cui intende fornire soluzione l'art. 2644 c.c. sia pressoché il seguente: in che modo risolvere un conflitto fra due soggetti che hanno acquistato il medesimo diritto dal medesimo autore? La risposta, cioè la soluzione è data, in questo caso, dalla priorità temporale nella trascrizione, priorità che, come si è visto, è criterio qualificante tutte le norme di risoluzione di conflitti.

In questo senso, la priorità temporale, anche quando integrata dalla trascrizione, è a sua volta attuativa del principio di sicurezza del diritto¹⁵⁰, intesa in quella sua

¹⁴⁹ P. PERLINGIERI, *Manuale*, cit., p. 19.

¹⁵⁰ Sulla quale v. S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 58. Cfr., pure, con riferimento ai rapporti tra sicurezza dei traffici e pubblicità, L. CARRARO, *Valore attuale della massima "fraus omnia corrumpit"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 800, per il quale la prevalenza accordata dall'art. 2644 c.c. al primo trascrivente, ancorché secondo acquirente, deve considerarsi «un male necessario, in vista dell'esigenza superiore della sicurezza dei traffici»; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 5: «La certezza dei traffici pretende che la vicenda traslativa sia garantita non già sul piano risarcitorio ma, ancor prima, e ben più incisivamente, sul piano specifico e non equivalente della inattaccabilità dell'acquisto sia pure a determinate condizioni di legge»; G. FREZZA, *Della trascrizione degli atti relativi a beni immobili: considerazioni a margine di un recente volume*, in *Riv. dir. civ.*, 4/2020, spec. p. 878, 882: «Il sistema giuridico avverte, di conseguenza, l'esigenza di tutelare l'acquirente di fronte alla possibilità che il venditore ponga in essere doppie alienazioni o vendite occulte: in astratto, il legislatore avrebbe potuto ispirarsi alla regola *prior in tempore potior in iure*, ma la priorità temporale dell'atto farebbe venir meno la celerità dei traffici giuridici, dal momento che, in sede di atto di disposizione, l'alienante dovrebbe dare la prova negativa di non aver operato precedenti trasferimenti conflittuali di diritti» (p. 878). «L'analisi storica da cui il lavoro prende le mosse dimostra, non a caso, che il modello della trascrizione introdotto nel nostro sistema ordinamentale e confluito nel codice del 1942 è quello legale e tipico conosciuto dal sistema

specificazione obiettiva che è la sicurezza del traffico giuridico¹⁵¹, e che «costituisce senza dubbio un valore fondamentale dell'ordinamento da realizzare

francese, *fondato*, peraltro, *sui principi di sicurezza e certezza dei traffici giuridici*, aspetti questi che si evincono, come ben dimostrato, anche dal fatto che il relativo procedimento di attuazione è posto in essere da un soggetto qualificabile quale pubblica autorità» (p. 882). Corsivo aggiunto.

¹⁵¹ Che la trascrizione assolva alla funzione di sicurezza del commercio giuridico è opinione largamente condivisa in dottrina. Cfr., tra gli altri, A. GIOVENE, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, cit., p. 252 ss.; F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, cit., p. 145 ss.; N. COVIELLO, *Della trascrizione*, I, cit., p. 12 ss.; R. CORRADO, *La pubblicità nel diritto privato*, cit., p. 5 ss.; C. MAIORCA, *Della trascrizione*, cit., p. 3 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da V. Buonocore, Torino, 2001 cit., p. 15; U. NATOLI, *Della trascrizione*, cit., I, p. 4 ss.; S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, I, cit., p. 231 ss., 234 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, p. 514; ID., *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, cit., p. 733 ss., 745; R. SACCO, *Circolazione giuridica*, cit., p. 4 ss.; R. MASTROCINQUE, *La trascrizione*, cit., p. 8 ss. e 21 ss.; R. NICOLÒ, *La trascrizione. Appunti dal corso di diritto civile*, a cura di R. Moschella e M.C. Andrini, I, Milano, 1973, p. 12; L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., p. 30 ss. e 86 ss.; F. MASTROPAOLO, *Registrazione di atti*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 453 ss.; G. GABRIELLI, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 425 ss.; A. CHIANALE, *Pubblicità immobiliare*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVI, Torino, 1997, p. 130 ss.; L. FERRI e P. ZANELLI, *Della trascrizione. La trascrizione immobiliare*, in *Comm. cod. civ.* A. Scialoja e G. Branca, VI, Bologna-Roma, 1995, p. 1 ss.; G. MARICONDA, *La trascrizione*, cit., p. 75 ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 495; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., III, p. 576; P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 2001, p. 215; P. BARCELLONA e C. CAMARDI, *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, Napoli, 2002, p. 210 ss.; V. IVONE SALVO, *Nuove funzioni della trascrizione nel sistema delle pubblicità*, cit., p. 158, 168 ss. e 212 ss.; M. FRANCESCA, *Pubblicità e nuovi strumenti di conoscenza*, Napoli, 2003, pp. 24 ss. e 35 ss.; G. MARICONDA, *Le pubblicità*, cit., p. 9 ss.; G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, Padova, 2005, p. 383; G. CASELLA, *La doppia alienazione immobiliare: un dibattito sempre aperto*, in *Riv. dir. civ.*, 4/1993, p. 522: «la ratio dell'inopponibilità dell'atto non pubblicizzato, risponde alla funzione di tutela dell'interesse generale alla sicurezza delle contrattazioni ed alla conseguente certezza dei rapporti giuridici»; A. BIZZARRO, *La priorità temporale*, cit., p. 148;

nella massima misura possibile e che, in materia di pubblicità, [...] è ovviamente lo scopo stesso del sistema»¹⁵². Dunque la trascrizione, e gli strumenti di risoluzione di conflitti in genere, assolverebbero ad una funzione pubblica¹⁵³, dando séguito ad un interesse collettivo, vale a dirsi di tutti i consociati, e di tale assunto si può trarre conferma proprio da talune norme dettate dalla Carta fondamentale¹⁵⁴ in materia di rapporti economici onde regolare (tra l'altro) la circolazione della ricchezza.

«Il meccanismo preferenziale della trascrizione rinviene la sua giustificazione nella riconosciuta prevalenza della tutela delle relazioni commerciali rispetto all'interesse del primo acquirente a mantenere la proprietà sul bene».

In giurisprudenza, *ex pluribus*, Cass. 19 ottobre 1957, n. 3987, in *Vita not.*, 1958, p. 30; Cass. 13 maggio 1963, n. 1172, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 1536; Cass. 8 gennaio 1982, n. 76, in *Riv. not.*, 1982, p. 145, in *Foro it.*, 1982, I, c. 393, ed in *Giur. it.*, 1982, I, 1, c. 1548.

¹⁵² Corte cost., 6 aprile 1995, n. 115, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1420. Cfr. pure Corte cost., 17 dicembre 1985, n. 349, in *Giust. civ.*, I, 1986, p. 659: «la sicurezza giuridica [...] costituisce elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto».

¹⁵³ Cfr. S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, I, cit., p. 222, per il quale l'interesse alla soluzione dei conflitti tra interessi privati è «anch'esso di natura pubblica, poiché trascende gli interessi in conflitto e le stesse concrete situazioni in cui il conflitto si presenta, e tocca la sfera della collettività come tale, la quale ha bisogno, appunto, per il mantenimento della propria compagine, dei mezzi per la composizione e risoluzione di ogni conflitto».

¹⁵⁴ Cfr. S. TROIANO e A. ZACCARIA, *La trascrizione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, nella collana *Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana*, XIII, *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di M. Tamponi ed E. Gabrielli, Napoli, 2006, p. 191 s. Gli autori osservano che «[g]li interventi della Corte costituzionale in tema di trascrizione sono stati numericamente modesti[...]. Praticamente mai sono state messe in discussione le linee generali caratterizzanti il sistema della pubblicità immobiliare quale delineato nel codice civile. La disciplina della trascrizione ha dunque attraversato sostanzialmente indenne la lunga stagione, apertasi alcuni anni dopo l'entra in rigore della Costituzione, e non ancora conclusasi, del progressivo adeguamento del codice civile ai principi e ai valori della nostra Carta fondamentale. Si potrebbe ipotizzare che la tenuta nel tempo delle norme in materia di trascrizione sia da ascrivere, fondamentalmente, al loro carattere "tecnico-formale": un carattere che, almeno a prima vista, parrebbe lasciare

L'art. 41 cost., ad esempio, al primo comma stabilisce che «[l']iniziativa economica privata è libera». Come chiarito dalla giurisprudenza costituzionale¹⁵⁵, il contenuto

uno spazio assai ridotto per valutazioni condotte alla stregua di principi costituzionali. Ma non sarebbe, questa, una spiegazione convincente. È chiaro, infatti, che *il tecnicismo proprio delle norme sulla trascrizione non è sempre e senz'altro sinonimo di "neutralità" rispetto a quei principi, bensì può risultare anch'esso funzionale al perseguimento di esigenze e interessi di rilievo costituzionale, quali la certezza dei traffici giuridici, la tutela dell'affidamento, o, ancora, la necessità di assicurare adeguate possibilità di difendersi in giudizio. Più persuasiva appare allora l'idea che ricollega la fortuna nel tempo della disciplina concernente la trascrizione alla coerenza e alla precisione dell'impianto normativo che, in questa materia, ci è stato consegnato dal legislatore del 1942»*. Corsivo aggiunto.

La Corte ha rivolto la sua attenzione, principalmente, alla funzione sociale della proprietà fondiaria (v., *ex pluribus*, C. cost., 1972, n. 155, in *Giur. cost.*, 1972, p. 1582; C. cost., 22 dicembre 1977, n. 153, in *Giur. cost.*, 1977, p. 1469; C. cost., 7 maggio 1984, n. 138, in *Foro it.*, 1984, I, c. 1183; C. cost., 4 luglio 1989, n. 391, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1806; C. cost., 25 maggio 2000, n. 164, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1465, con nota di S. RICCI); della proprietà abitativa (v., *ex pluribus*, C. cost., 25 luglio 1996, n. 309, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2601, con nota di D. PIOMBO); della proprietà urbanistica (v. *ex pluribus*, C. cost., 29 maggio 1968, n. 55, in *Foro it.*, 1968, I, c. 1368, in *Giust. civ.*, 1968, III, p. 137, in *Giur. cost.*, 1968, p. 838; C. cost., 4 luglio 1974, n. 202, in *Foro it.*, 1974, I, c. 2245, in *Giur. cost.*, 1975, p. 1692; C. cost., 29 dicembre 1976, n. 260, in *Foro it.*, 1977, I, c. 569; C. cost., 12 maggio 1999, n. 179, in *Giur. cost.*, 1999, p. 1750, con nota di S. BELLOMIA). In dottrina, cfr. F. LUCARELLI, *Modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici*, Padova, 1990, spec. p. 339 ss.; G. ALPA e M. BESSONE, *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, I, *Oggetti, situazioni soggettive, conformazione dei diritti*, Padova, 1980, spec. p. 164 ss.

¹⁵⁵ C. cost., 29 marzo 1961, n. 13, in *Foro it.*, vol. 84, 4/1961, p. 565 ss.; C. cost., 25 marzo 1976, n. 59, consultabile su www.dejure.it; C. cost., 22 gennaio 1976, n. 17, consultabile su www.dejure.it. Cfr., in dottrina, Mazziotti, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956, p. 151; C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 172.

Contra, A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica (libertà di)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 592 ss., il quale riduce il contenuto della libertà di cui all'art. 42 alla sola attività d'impresa, distinguendo l'iniziativa e lo svolgimento, disciplinati rispettivamente dai commi 1 e 2.

della libertà in parola non può essere ridotto al solo esercizio di attività d'impresa, «essendo l'impresa soltanto una delle forme di esercizio dell'attività economica», sicché in tale norma dovrebbe piuttosto rintracciarsi «il fondamento costituzionale (e la disciplina) anche di altre attività economiche sebbene non organizzate ad impresa, quali quelle occasionali o anche il lavoro autonomo, fino in alcuni casi a comprendervi (non senza vivaci critiche) l'esercizio di attività economiche consistenti nelle professioni intellettuali»¹⁵⁶. Cionondimeno al comma 2, la norma dispone che detta iniziativa «[n]on può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o *in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*». Non è passato inosservato come, in realtà, tali limiti posti dal primo capoverso siano essi stessi interessi e diritti «già espressamente contemplati in altre disposizioni costituzionali», in quanto tali già efficaci nei confronti del privato sotto la veste di dovere di rispetto di situazioni soggettive costituzionalmente tutelate, e cionondimeno «suggestivamente richiamati attraverso la “formula omnicomprensiva” del 2° co. [della norma] a fini di ulteriore garanzia dell'immediato rispetto dei medesimi da parte di chiunque eserciti la libertà economica». In particolare, questa ulteriore cautela si giustificerebbe «anche in considerazione delle peculiari caratteristiche della libertà economica, la quale si

Tale interpretazione risulta avallata dai lavori preparatori della Costituzione, per i quali v. *Gli atti della discussione generale in III Sottocommissione dell'Assemblea Costituente*, seduta del 3 ottobre 1946, in *A.C., Discussioni, III Sottocommissione*, 181-182. In dottrina, cfr. PACE, *Libertà d'iniziativa economica*, in ID., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992, p. 465.

¹⁵⁶ R. NIRO, *Art. 41*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, p. 852.

realizza prevalentemente attraverso atti giuridici aventi contenuto patrimoniale, implica la trasmissibilità, rinunciabilità e disponibilità dei singoli diritti che al titolare spettano sui vari beni costituenti l'azienda, ecc., caratteristiche che rendono ragione di una *maggiore compressione della medesima nell'ipotesi di contrasto con i suddetti diritti ed interessi*»¹⁵⁷.

Il Costituente avrebbe, in sostanza, qui operato un bilanciamento¹⁵⁸ tra la libertà dell'art. 41 ed altri valori (utilità sociale, sicurezza, libertà, dignità umana), giudicando questi ultimi prevalenti rispetto alla prima. La norma già dispone gerarchicamente l'iniziativa economica privata e, in particolare, per quello che qui interessa, la sicurezza (anche) in senso giuridico¹⁵⁹, vale a dirsi la sicurezza del diritto obiettivo e, con esso, del suo traffico.

¹⁵⁷ R. NIRO, *op. cit.*, p. 853. Corsivo aggiunto.

¹⁵⁸ E. BACCIARDI, *La disciplina della trascrizione nella dimensione costituzionale tra esigenze di "certezza" e di "celerità" nella circolazione dei beni*, nella collana *I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, I, 2013, *L'atto pubblico notarile come strumento di tutela nella società dell'informazione*, a cura di P. Sirena, consultabile su www.elibrary.fondazione-notariato.it, §3, il quale, citando R. NICOLÒ, *La trascrizione*, cit., I, p. 12, afferma che trattasi di «una sintesi normativa di un conflitto "pregiuridico" tra "due esigenze pratiche", costituite per un verso dalla "certezza dei rapporti sociali che hanno rilevanza per il diritto" e, per un altro verso, dalla "semplificazione che si fonda sul principio economico del massimo risultato utile col minimo mezzo"». Cfr. anche C.M. BIANCA, *Il principio del consenso traslativo*, in ID., *Diritto privato*, 1995, I, *Il trasferimento in proprietà*, p. 9.

¹⁵⁹ A. BALDASSARRE, *La funzione notarile e la Costituzione italiana*, in *Notariato*, 2/2009, p. 130, il quale ravvisa nell'art. 41 Cost., il divieto di svolgere l'attività economica «in contrasto con la sicurezza (anche giuridica) e con l'utilità sociale». Così, pure G. PETRELLI, *Trascrizione immobiliare e Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2014, p.114; E. BACCIARDI, *La disciplina della trascrizione nella dimensione costituzionale*, cit., §3.

Ma la copertura costituzionale da attribuirsi agli strumenti di risoluzione di conflitti tra titoli incompatibili, ivi compresa la trascrizione, sembra guadagnare contorni più precisi laddove si prenda in considerazione l'art. 42 cost., il cui comma 2 stabilisce che «[l]a proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e *i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale* e di renderla accessibile a tutti»¹⁶⁰.

Com'è noto, il concetto di funzione sociale, sin dalla sua comparsa, è stato variamente interpretato e soprattutto adeguato, dagli interpreti, al contesto storico-sociale e all'ordinamento cui, di volta in volta, esso afferiva¹⁶¹. Si pensi all'art. 153 della Costituzione di Weimar, il quale, pur stabilendo che "*Eigentum verpflichtet*.

¹⁶⁰ «Una sintesi certamente mirabile e, per l'epoca, anche abbastanza originale, che però, allo scopo di metter d'accordo le diverse concezioni ideologiche confluite nel tessuto costituzionale, paga un prezzo rilevante alla coerenza dogmatica della civilistica, che - seguendo l'indicazione dei pandettisti - diffida della possibilità di accostare una "funzione" ad un diritto soggettivo assoluto, quello di proprietà appunto, costruito proprio sulla tendenziale illimitatezza dei poteri di godimento e di disposizione del proprietario». Così, F. MARINELLI, *Funzione sociale della proprietà e natura delle cose dall'"avere" all'"essere"*, nella collana *Cinquanta anni*, cit., a cura di M. Tamponi e E. Gabrielli, XIII, *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 4.

¹⁶¹ Per una disamina sull'evoluzione storica della funzione sociale, v., tra gli altri, P. RESCIGNO, voce *Proprietà (dir. priv.)*, cit., p. 273 ss.; S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., p. 1252 ss.; F. MACARIO, Art. 42, in *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 872 ss.; S. PATTI, *La funzione sociale nella "civilistica italiana" dell'ultimo secolo*, in AA.VV., *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, a cura di F. Macario e M.N. Miletto, Roma, 2017, p. 23 ss., per il quale non è stata sufficientemente valorizzata l'opera, in questo tema, di Otto von Gierke (*Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, (Berlin, 1889) rist. Frankfurt am Main, 1948).

Sul concetto, invece, di funzione v., per tutti, F. MODUGNO, voce *Funzione*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 301 ss.

Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste»¹⁶², veniva poi ridotto, per «opinione prevalente [ad una] disposizione che vincolava il cittadino soltanto sul piano morale, al giudice si indirizzava come regola interpretativa, per il legislatore valeva come principio programmatico»¹⁶³; all'ideologia cattolica, per la quale esso rappresentava «un impegno della coscienza individuale piuttosto che una regola di condotta sanzionata dal diritto»¹⁶⁴; al pensiero di chi ne invocava l'assoluta inutilità, in quanto «una funzione sociale [...] è propria di ogni potere riconosciuto dal diritto obiettivo [...], [a]ggiungere alla disciplina legale l'invocazione della “funzione sociale” sarebbe forse togliere sicurezza e stabilità ad un rapporto giuridico d'importanza fondamentale»¹⁶⁵, o di chi, distinguendo tra diritto e istituto della proprietà, confinava la valenza del concetto alla sola proprietà quale istituto¹⁶⁶.

¹⁶² «La proprietà obbliga. Il suo uso, oltre che al privato, deve essere rivolto al bene comune».

¹⁶³ P. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, p. 273; Cfr. pure F. GALGANO, *Rapporti economici*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di C. Branca, *sub Art. 41*, Bologna-Roma, 1982, p. 1 ss.

¹⁶⁴ P. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, p. 272, ma v. pure la ricostruzione dell'idea cristiana di funzione sociale di S. RODOTÀ, *Note, cit.*, p. 1290 ss.: «Al pari di ogni altro strumento a disposizione dell'uomo, la proprietà non si sottrae alla destinazione ad un fine che trascende l'individuo: la funzione sociale non è tanto la sua caratteristica tipica, quanto il concreto modo di manifestarsi di questo fine sovraordinato, rimanendo così un dato esterno, se pure non eliminabile» (p. 1292).

¹⁶⁵ F. VASSALLI, *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà*, in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1960, p. 329 ss.

¹⁶⁶ F. SANTORO-PASSARELLI, *Risultati di un convegno giuridico interuniversitario sul tema della proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, p. 270; ID., *Proprietà e lavoro in agricoltura*, in *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, p. 859 ss. e 871; *contra*, S. RODOTÀ, *Note, cit.*, p. 1314 ss.

Nella dottrina civilistica attuale, invece, nell'ottica di una rilettura del codice civile alla luce delle norme della Costituzione, alla funzione sociale è attribuito il merito di aver segnato il passaggio della proprietà da semplice diritto a rapporto¹⁶⁷, nonché «il tramonto di una concezione individualista dei rapporti privatistici, il superamento di una visione egoista del diritto civile», dovendo essere posta «al fianco di altri principî che impediscono forme abusive di esercizio del diritto e, in generale, servono a garantire un diritto soggettivo più giusto»¹⁶⁸.

La funzione sociale, dunque, assume oggi, più che le vesti di un «vincolo di destinazione dei beni strumentali allo svolgimento di attività produttive»¹⁶⁹, quelle

¹⁶⁷ P. PERLINGIERI, *Manuale*, cit., p. 224; ID., *Introduzione alla problematica della proprietà*, Camerino, 1970, p. 70 ss., il quale nota che la proprietà «non è soltanto e sempre un diritto soggettivo ma è una situazione giuridica soggettiva complessa, sostanziata appunto di facoltà nell'interesse del proprietario [...] e di situazioni passive per lo stesso proprietario»; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990, p. 420, per il quale «la proprietà si presenta come centro di imputazione di interessi diversi, grazie al collegamento, costituzionalmente operato, tra interesse proprietario ed una serie aperta di obiettivi in cui, storicamente e attraverso la mediazione legislativa, si concreta l'utilità sociale. Si è già ricordato come ciò sia reso possibile dal mutato fondamento dell'attribuzione al privato dei poteri proprietari, espresso appunto dalla funzione sociale e dalla sua incisione sulla struttura del diritto di proprietà». V. pure U. NATOLI, «Funzione sociale» e «funzionalizzazione» della proprietà e dell'impresa, in *Riv. giur. lav.*, 1973, p. 139. Tra i primi contributi sul tema, si veda E. CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali con proposte di riforma della legislazione civile vigente*, III ed., Torino, 1895, p. 189: «La proprietà, oltreché diritto e più che semplice diritto individuale, è altissima funzione sociale».

¹⁶⁸ S. PATTI, *La funzione sociale*, cit., p. 31.

¹⁶⁹ M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, p. 76 ss. Tra i sostenitori della tesi della proprietà vincolata che intende la funzione sociale quale *summa* di tutte le limitazioni che il diritto di proprietà può sopportare, v. A. SANDULLI, *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, in *Atti del convegno di studi giuridici sulla tutela del*

di un autentico principio, di rango costituzionale e necessariamente elastico¹⁷⁰, essendo il concetto di socialità affetto da una innata condizionalità storica, che governa e orienta (dall'interno¹⁷¹) la proprietà quale rapporto, cioè quale entità

paesaggio, Milano, 1963, p. 83 ss.; P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 305.

¹⁷⁰ F. MARINELLI, *Funzione sociale della proprietà e natura delle cose*, cit., p. 9 s., osserva che «l'ambiguità della formula non è sempre stata vista negativamente, anzi proprio la sua indeterminatezza ha permesso una sintesi tra posizioni giuridiche ed ideologiche diverse, che ne hanno sottolineato da un lato. l'originalità, dall'altro le conseguenti potenzialità ermeneutiche». S. RODOTÀ, *Note*, cit., p. 1337: «[...]la funzione sociale rappresenta, nel nostro ordinamento, e relativamente alla proprietà, un principio operante in via generale, e non già un complesso di obblighi speciali sanciti da particolari disposizioni di legge. Come complesso di obblighi speciali la funzione è stata spesso intesa in passato e continua ad esserlo da quanti ammettono il momento funzionale solo in presenza di una espressa prescrizione, contenuta in una norma speciale. Questo atteggiamento poteva, forse, dirsi giustificato prima dell'entrata in vigore della costituzione repubblicana, ché nel nostro sistema mancavano i riferimenti positivi su cui fondare una costruzione generale.[...] Oggi, di fronte alla chiara lettera del secondo comma dell'art. 42 cost., nessun dubbio ha ragione d'essere».

¹⁷¹ S. RODOTÀ, *Note*, cit., p. 1314: «La funzione, di conseguenza, non può essere ulteriormente identificata con la fascia esterna della proprietà, riservata alla collettività: essa si presenta come espressione ellittica, unificatrice dei presupposti della qualificazione giuridica, tale da identificare il contenuto stesso della situazione di appartenenza»; ID., *Il terribile diritto*, cit., *passim*; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, 200, p. 306 «Nella cultura borghese la proprietà era insofferente a funzioni; aveva soltanto un fine, non aveva una funzione, o almeno questa - se c'era - circolava esternamente e la toccava dal di fuori. Il messaggio dei giuristi degli anni trenta (primo fra tutti Finzi) era stato invece contrassegnato dal tentativo riuscito di mutare la funzione da dimensione esterna a dimensione interna E lo strumento era stato l'inversione dell'angolo d'osservazione: protagonista non veniva più ad essere il soggetto ma la cosa, meglio, il bene, la cosa produttiva»; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, VII, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1995, *passim*; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, p. 1112: ««Da una parte della dottrina si afferma l'inconciliabilità della figura del diritto soggettivo (che dovrebbe importare signoria assoluta sulla cosa posseduta salva l'esigenza della coesistenza con

immersa in un intreccio particolare di interessi privati e pubblici, «obbligando l'interprete a ponderare la posizione del *dominus* con le altre (eventualmente) contrastanti rispetto alla prima»¹⁷².

Tale ricostruzione della funzione sociale in termini di principio, comporta altresì, sulla scorta dei risultati cui è pervenuta la dottrina civilistica degli ultimi decenni¹⁷³, la sua immediata applicabilità, come di tutti i principî costituzionali in quanto norme precettive e non meramente programmatiche o interpretative¹⁷⁴, al fatto

il diritto degli altri privati) con quella della funzione sociale, sostenendosi che limite interno dell'impiego del bene è solo l'interesse individuale, mentre lo stato è abilitato ad intervenire esclusivamente dall'esterno. Il che sarebbe confermato, a contrario, dall'art. 43, che escluderebbe interventi per categorie di beni diversi da quelli ivi considerati. Si può osservare che l'allegata non compatibilità fra diritto soggettivo e funzione sociale su nessun altro fondamento può contare che non sia la tipizzazione di figure organizzative affermatesi in passato (la proprietà di tipo «quiritario», l'iniziativa di tipo «liberista»). Fondamento assai fragile, risultando da una parte comprovata dall'esperienza storica l'inesistenza di contenuti costanti suscettibili di caratterizzare i menzionati concetti, e dall'altra non più rispondenti quelle figure all'attuale realtà sociale»; F. MARINELLI, *Funzione sociale della proprietà e natura delle cose*, cit., afferma che «la funzione sociale della proprietà ha un senso solo se incide sulla struttura interna del diritto e non sulla sua estensione esterna».

¹⁷² P. PERLINGIERI, *op. loc. ultt. citt.* Cfr. pure S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario*, Palermo, 19-23 ottobre 1952, Milano, 1954, ora in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 278

¹⁷³ P. PERLINGIERI, *Manuale*, cit., p. 114 ss.; ID., *Fonti e interpretazione*, cit., spec. p. 204 ss. Cfr. C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, cit., p. 33. In giurisprudenza, favorevole alla rilettura del codice civile «in senso conforme ai precetti superiori della sopravvenuta Costituzione repubblicana», Cass. 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1929 ss., spec. 1938 s.; v. pure Cass. 23 maggio 2003, n. 8188, in *Dir. giur.*, 2004, p. 104 ss.; Cass. Sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Danno resp.*, 2006, p. 411 ss.

¹⁷⁴ P. PERLINGIERI, *Fonti e interpretazione*, cit., p. 195 ss.; ID., *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto*

concreto, senza che sia di bisogno il tramite di una norma *ad hoc*, di rango inferiore, che metta in esecuzione la norma costituzionale¹⁷⁵.

civile, Napoli, 1989, p. 24 s.; ID., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 111 ss.; ID., *Profili del diritto civile*, Napoli, 1994, p. 17; U. MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, Napoli, 1965, passim. Cfr., altresì, S. PATTI, *Fascismo, codice civile ed evoluzione del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, p. 543 ss.; N. LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Riv. trim.*, 2003, p. 873 s. Sostiene A. CERRI, *Riflessioni aperte sulle origini e sul ruolo dei principi nell'esperienza giuridica*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, diretta da M. Caravale, 2014, *I principi nell'esperienza giuridica. Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, Roma, 14-15 novembre 2014*, p. 196, che «la norma programmatica si distingue dal principio perché, in linea di massima, non è idonea a risolvere, in via immediata e da sola, una controversia giuridica: se ciò potesse fare sarebbe, allora, un principio completamente definito».

¹⁷⁵ È questa, invece, l'opinione prevalente nella dottrina tedesca, per la quale v., tra gli altri, L. RAISER, *La Costituzione e il diritto privato*, in *Die Aufgabe des Privatrechts*, trad. it., Milano, 1990, p. 169 ss.; C.W. CANARIS, *L'incidenza dei diritti fondamentali*, in *Studium Iuris*, 1999, p. 359 ss. Cfr., altresì, P. FEMIA, *Drittwirkung. Una dogmatica di transizione*, in ID., *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, Napoli, 2018, p. X; K.H. LAUDER, *La Drittwirkung dei diritti fondamentali nel diritto privato. "Diritto privato costituzionale" come diritto delle collisioni*, in P. Femia (a cura di), *Drittwirkung*, cit., p. 237 s.; E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati*, in *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, a cura di F. Mezzanotte, Roma, 2016, p. 41 ss. e, ivi, ulteriori riferimenti.

Per la dottrina italiana che nega la diretta applicabilità dei principî costituzionali ai rapporti fra privati, v. P. RESCIGNO, *Per una rilettura del Codice civile*, in *Giur. it.*, IV, 1968, c. 224; ID., *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 1991, p. 17 ss.; ID., *Rilettura del codice civile (per i cinquant'anni della codificazione)*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, p. 1 ss.; N. IRTI, *L'età della codificazione*, cit., p. 92: «Le norme speciali, che un tempo svolgevano i principi del codice civile o dell'ordine corporativo, si caratterizzano ormai come norme *attuative* di programmi e indirizzi costituzionali. Le norme *progettuali* della Carta repubblicana, appunto per il loro contenuto, non disciplinano direttamente singole materie o categorie di casi: esse esigono il tramite, necessario e insopprimibile, delle norme ordinarie. La norma speciale è chiamata però ad un ufficio di *mediazione* tra principio costituzionale e caso concreto: l'uno, per farsi

L'operatività immediata dei principi nei rapporti privati trova giustificazione proprio nella posizione apicale che la Costituzione assume nella gerarchia delle fonti, e ha indotto più di un autore a considerare l'art. 12 disp. prel. c.c.¹⁷⁶ ormai tacitamente abrogato o manifestamente illegittimo¹⁷⁷ in virtù della sopravvenienza

disciplina dell'altro, non può non passare attraverso la norma ordinaria. [...] Altro è il principio programmatico della Costituzione (ad esempio, la funzione sociale della proprietà privata: art. 42, comma 2); altro il criterio generale, che permea ed unifica le norme dettate in una certa materia (ad esempio, la determinazione autoritativa del canone nelle locazioni d'immobili urbani [...])»; V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 40 s.

In generale, per l'esegesi storica della questione, v. S. PRESTA, *Dalle norme programmatiche all'applicazione diretta*, nella collana *Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana*, VII, *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, cit., p. 361 ss.

¹⁷⁶ Per la genesi storica della disposizione, v. G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.*, 1969, V, c. 112 ss. Cfr., altresì, L. TULLIO, *Art. 12 disposizioni preliminari*, in G. Perlingieri (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2010, spec. p. 163 s.

¹⁷⁷ P. PERLINGIERI, *Fonti e interpretazione*, cit., p. 199 s. e spec. p. 306, nota 141, ove afferma che il «metodo proposto dall'art. 12 disp. prel. c.c. è, dunque, incompatibile con la Costituzione; superato dall'instaurazione di un ordinamento fondato sul primato dei principi [...]». L'interpretazione postula valutazioni che non possono non ispirarsi ai valori che sono a fondamento dell'ordinamento [...] considerato nella sua unitarietà: non è l'interpretazione sistematica nell'interno della totalità delle sole norme ordinarie che può condurre alla individuazione della totalità del contenuto della norma ordinaria; questa non può essere interpretata senza inserirla nel sistema, quindi soprattutto alla luce della legalità costituzionale»; ID., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, I, p. 211 s.; ID., *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 497 ss.; ID., *Dogmatica giuridica e legalità costituzionale*, in *Annali della SISDiC*, Napoli, 2019, III, spec. p. 25: «L'art. 12 disp. prel. c.c. è incompatibile con la Costituzione per la parte nella quale subordina l'assenza di regole l'applicazione dei "principi generali" anche se costituzionali». V. pure G. ZAGREBELSKI, *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti*

della Carta fondamentale. Confinare, infatti, i principî di massimo rango ordinamentale ad un rimedio, in sede d'interpretazione, meramente sussidiario e residuale rispetto alla applicazione di una precisa disposizione o al ricorso all'*analogia legis*, come pure vorrebbe la teorica dell'ermeneutica per gradi, non è compatibile con l'attuale gerarchia delle fonti, «giacché ostacolerebbe l'uso, in via primaria e in sede interpretativa, delle norme gerarchicamente superiori, costituendo una manifesta discrasia del sistema»¹⁷⁸.

della Costituzione, in *Giur. cost.*, 1970, spec. p. 912, ID., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, p. 185, e ID., *Manuale di diritto costituzionale*, Torino, 1997, I, p. 77, il quale contesta la vincolatività dei criteri interpretativi di cui all'art. 12 prel. per la Corte costituzionale; V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali*, p. 145 ss., in G. Dalla Torre e G. Frezza (a cura di), *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*, I, Milano, 2010, p. 264 ss.; ID., *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, p. 72 ss.; C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, p. 166; U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Politica del diritto*, 2006, III, p. 366 s.; P. GROSSI, *Ancora sull'assolutismo giuridico (ossia: della ricchezza e della libertà dellos torico del diritto)*, in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, p. 9, che suggerisce di «sbarazzarsi» di tale articolo «reliquia più fascista restata tra le pieghe del nostro eccellente codice».

¹⁷⁸ P. PERLINGIERI, *Fonti e interpretazione*, cit., p. 200; ID., *Manuale*, cit., p. 106: «L'art. 12 cit. è norma adeguata soltanto in uno Stato precostituzionale caratterizzato da una legalità non aperta alle fonti sovranazionali e internazionali, fondato sul primato della legge ordinaria, senza gerarchia (art. 117¹ cost.) e senza alcun vincolo a valori normativi superiori che controllino l'esercizio della funzione legislativa. La ragione che induce a considerarlo ormai superato è la sua inadeguatezza: il suo dettato contrasta con la struttura fondamentale del nostro attuale ordinamento giuridico, il quale si identifica in valori recepiti in principi. [...] Il metodo gradualistico proposto dall'art. 12 cit. – costruito per fasi distinte, l'una escludente l'altra, e che fa appello ai principî soltanto in via eventuale – è incompatibile con la Costituzione; dunque l'art. 12 è tacitamente abrogato dall'instaurazione di un ordinamento fondato sul primato dei principî».

Pertanto, allorquando manchi una disposizione di rango ordinario – la quale deve pur sempre giustificarsi nel quadro dei principi costituzionali – sarà possibile, anzi doveroso colmare l'aporia mediante l'applicazione diretta delle norme della Carta fondamentale.

Ma il ragionamento è ancora passibile di ulteriore, naturale e necessario sviluppo logico allorquando si rifletta sull'art. 14 disp. prel. c.c. e dunque sul divieto di applicazione analogica della norma eccezionale.

Tutte le norme, incluse quelle eccezionali, «sono espressioni di uno o più principi e, anche alla luce del principio di uguaglianza formalmente inteso (art. 3, comma 1 cost.), devono avere una giustificazione costituzionale»¹⁷⁹. Se infatti una norma è irrazionale, cioè priva di una *ratio* riconducibile ai valori fondamentali dell'ordinamento, essa è, evidentemente, una norma incostituzionale.

Ma il legislatore che emana una norma eccezionale, in realtà, esegue un bilanciamento degli interessi coinvolti nella fattispecie concreta, eventualmente riconducibili anche ad altre norme, e quindi ad altri valori, giudicando tuttavia prevalenti, in quel caso, i principi sottesi alla norma eccezionale rispetto agli altri. Sicché, anche le norme eccezionali, in virtù del principio di uguaglianza sostanzialmente inteso (art. 3, comma 2 cost.), «possono – e talvolta devono –

¹⁷⁹ P. PERLINGIERI, *Fonte e interpretazione*, cit., p. 359; cfr. pure M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva*, cit., p. 225 s., ove espone che come «norma di diritto eccezionale è stata qualificata, storicamente, quella norma che non si può dedurre dal sistema, e per questo non può essere sottoposta a uno sviluppo logico, ponendosi come elemento extrarazionale. Non può sfuggire, tuttavia, come anche la norma eccezionale debba necessariamente avere una sua intrinseca razionalità, il che la differenzia dalla norma arbitraria».

essere applicate per analogia, cioè oltre la loro prescrizione; altrimenti si leggerebbe l'ordinamento costituzionale alla luce di un divieto di rango ordinario, per di più fondato su un pregiudizio»¹⁸⁰. Se, dunque, una fattispecie non espressamente contemplata dalla norma eccezionale risulta, all'esito di una interpretazione assiologica, partecipare alla medesima *ratio*, al medesimo principio che ha giustificato l'emanazione della norma eccezionale e continua a giustificarne l'attuazione, sarà costituzionalmente necessario ampliarne l'ambito di applicazione sino a ricomprendere il caso non previsto¹⁸¹. Lo esige la gerarchia delle fonti e lo giustifica il principio di uguaglianza sostanziale.

In quest'ottica, la funzione sociale diventa «il cemento, l'idea unificatrice, il principio sistematico organizzatore che come tale supera l'episodio, *scioglie i limiti della disposizione eccezionale, pone i nessi tra le disposizioni particolari e colma lacune*, rispetto a tutte le norme nelle quali si può vedere una concreta e specifica attuazione di esigenze di carattere sociale, a mezzo del diritto di proprietà»¹⁸².

Per tale via, coerentemente con quanto detto sopra, dovrebbe parimenti ammettersi «[l']estensibilità in via analogica di tutte quelle norme di carattere eccezionale, il cui contenuto rappresenta una realizzazione del principio della funzione sociale,

¹⁸⁰ P. PERLINGIERI, *op. loc. ultt. citt.*; v., inoltre, *supra* nota 36, *adde* N. BOBBIO, voce *Analogia*, cit., p. 606.

¹⁸¹ P. PERLINGIERI, *op. loc. ultt. citt.*, ove afferma che «le disposizioni qualificate eccezionali sottendono anch'essere principi giustificativi suscettibili di avere una più estesa sfera di applicazione di quella originariamente immaginata. Il dinamismo dell'ordinamento muta la stessa qualificazione di eccezionale riconosciuta alla disposizione».

¹⁸² D. RUBINO, *Odierna tendenze sui limiti del diritto di proprietà*, in *Annali Macerata*, 1948, p. 88 s. Corsivo aggiunto.

dal momento che proprio il sopravvenire di un principio di carattere generale ha fatto cadere il divieto dell'analogia»¹⁸³.

A questo punto, non è del tutto peregrino affermare che anche la trascrizione, e specialmente l'art. 2644 c.c., in uno con tutte le norme di risoluzione di conflitti, è attuativa della funzione sociale di cui all'art. 42² cost., se si ammette che la

¹⁸³ S. RODOTÀ, *Note*, cit., p. 1338. Corsivo aggiunto. Nello stesso senso, seppur brevemente, v. P. RESCIGNO, voce *Proprietà (dir. priv.)*, cit., p. 275. Cfr. pure U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, Milano, 1965, spec. p. 116 ss.; F.S. MARINI, *Il "privato" e la Costituzione. Rapporto tra proprietà ed impresa*, Milano, 2000, p. 13; A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, p. 100; N. IRTI, *L'età della decodificazione*, III ed., Milano, 1989, p. 26 ss.; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, p. 447 ss.

sicurezza o certezza¹⁸⁴ dei traffici giuridici¹⁸⁵, del commercio in generale, è un'esigenza incancellabile del sistema, di tal guisa che esse necessitano la massima

¹⁸⁴ Sul tema della certezza e dei suoi rapporti con la verità e la giustizia, in un contesto storico diverso, v. il dibattito tra P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1942 e F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, vol. XX, I, in occasione della pubblicazione di una delle opere più importanti sull'argomento (F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942).

Nel dibattito attuale, certezza e sicurezza paiono rappresentare concetti diversi, laddove la prima esprimerebbe l'ideale giuspositivistico della conoscibilità delle conseguenze giuridiche dei comportamenti umani fondato sulla centralità della legge e la completezza dell'ordinamento; la seconda, invece, costituirebbe un'evoluzione (cfr., per una ricostruzione del processo, A. BIZZARRO, *La priorità temporale*, cit., p. 135 ss. e spec. p. 141 s.; L. GIANFORMAGGIO, voce *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Torino, 1988, p. 274 ss.) della prima, da intendersi non più solo in senso giuridico, ma anche (e soprattutto) in senso sociale, cioè quale esigenza di «“tutela effettiva” della persona e dei suoi diritti fondamentali» (A. ALPINI, *Chiarezza della norma e chiarezza dei rapporti nel sistema italo-comunitario*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Sulle tecniche di redazione normativa nel sistema democratico*, Napoli, 2010, p. 102). In quest'ottica, un diritto certo sarebbe altresì un diritto giusto, perché rispettoso della legalità costituzionale (cfr. P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive*, cit., p. 38 s.). La certezza del diritto è dunque oggi *certezza costituzionale*, nel senso che il «giudizio prognostico dei singoli (ossia la previsione delle conseguenze che la legge ricollega all'azione individuale) non è più orientato dal contenuto delle norme ordinarie, e massime dal codice civile, ma dalle norme costituzionali», le quali, «fornendo il parametro di legittimità delle norme ordinarie e tracciando le linee di sviluppo delle norme speciali – permettono al privato di stabilire, con ragionevole attendibilità, il significato giuridico dell'azione individuale: nel che poi consiste la certezza del diritto» (N. IRTI, *L'età della codificazione*, cit., p. 96).

¹⁸⁵ Cfr. S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, cit., p. 57 s.: «La formula “certezza del diritto” viene a volte, impropriamente, adoperata per esprimere talune esigenze di tutela, che più esattamente si indicano con l'espressione “certezza dei diritti”: la prima espressione, infatti, allude al diritto in senso oggettivo, come norma e ordinamento, la seconda al diritto in senso soggettivo e cioè alle situazioni soggettive in generale. E rispetto a queste situazioni, si vuol mettere in evidenza il diverso grado di sicurezza circa la loro titolarità e l'eventuale esistenza di situazioni soggettive che ne diminuiscano o compromettano il contenuto. È facilmente comprensibile che l'adozione

attuazione possibile in ragione della capacità espansiva, dell'eccedenza assiologica¹⁸⁶ propria del principio a queste sotteso.

In questo senso depone, tra l'altro, una pronuncia della Corte costituzionale, la quale, nel rigettare la questione di legittimità dell'art. 11 della legge 10 maggio 1938 n. 745, ebbe modo di affermare che «[l]a massima "possesso vale titolo", proveniente da un'antica tradizione giuridica diffusa nei paesi europei, *regola un conflitto tra l'interesse individuale del proprietario alla conservazione del suo diritto e l'interesse collettivo alla sicurezza del commercio mobiliare dando la prevalenza al secondo*, e quindi all'esigenza di tutela dell'affidamento incolpevole dei terzi acquirenti. In questo senso le norme in questione *risolvono un problema di ordinamento della proprietà privata assumendo il significato di un vincolo sociale* della proprietà, legittimato dallo stesso art. 42, secondo comma, Cost., il quale autorizza la legge a porre limiti alla tutela del diritto del proprietario quando l'utilità sociale lo esiga»¹⁸⁷.

dei mezzi idonei a procurare il maggior grado di certezza soddisfa l'interesse del titolare ed anche quello dei terzi che entrano in rapporti con lui, serve cioè al commercio giuridico in generale; correlativamente è comprensibile che codesti mezzi sono altrettante fonti alle quali si può attingere per procurarsi una più precisa conoscenza circa la portata e la titolarità delle situazioni giuridiche. Nello stesso ordine di idee e di esigenze pratiche si ambienta la distinzione tra sicurezza dei diritti e sicurezza del traffico. La distinzione, o piuttosto contrapposizione, riflette quella più generale tra esigenza (di tutela) dell'interesse individuale ed esigenza (di tutela) della collettività, nonché la necessità di determinare il punto di equilibrio delle due forze in contrasto e del correlativo sacrificio dei due ordini di interessi: che è poi necessità di tutela di un interesse ancora più generale, e fondamentale». Corsivo aggiunto.

¹⁸⁶ La formula si deve a E. Betti, sul cui pensiero in ordine all'interpretazione riflette M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva*, cit., p. 135 ss., e spec. 137.

¹⁸⁷ C. cost., 23 giugno 1988, n. 702, in *Riv. pen.*, 1988, p. 1151 ed in *Giust. pen.*, 1989, I, p. 85. Corsivo aggiunto. La pronuncia andrebbe ad inserirsi in «quell'orientamento emergente da

Il giudice di legittimità, con estrema chiarezza, riconduce la *ratio* di quel particolare strumento di risoluzione dei conflitti che è il possesso (*recte*, l'anteriorità nel possesso) alla esigenza di tutela dell'«interesse collettivo alla sicurezza del commercio mobiliare» quale valore che trova consacrazione a livello costituzionale nell'art. 42² cost. e dunque nella funzione sociale che le posizioni soggettive debbono realizzare¹⁸⁸.

Non pare esservi, a questo punto, davvero alcuna ragione per escludere dalla partecipazione alla medesima funzione sociale di tutela della sicurezza del commercio giuridico *tout court* tutti gli altri strumenti, ivi compresa evidentemente la trascrizione in materia di beni immobili, di risoluzione di conflitti¹⁸⁹.

alcune sentenze della Corte Costituzionale in tema di garanzie del credito, che cerca di giustificare talune disposizioni normative, sospette di incostituzionalità, proprio in chiave di tutela delle esigenze dell'impresa, della produttività e del mercato, quali manifestazioni di interesse generale, ovvero di quella utilità sociale di cui agli articoli 41 e 42, il cui perseguimento legittima interventi legislativi in contrasto con gli interessi particolari del singolo proprietario o del singolo creditore»: E. GABRIELLI, *Rapporti patrimoniali*, nella collana *Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana*, XIII, *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. XV s. V. pure C. cost., 6 aprile 1995, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1405, la quale ricollega «la utilità sociale» alla «esigenza di un sano e corretto funzionamento del mercato», nonché Trib. Brindisi 27 gennaio 2012, consultabile su www.dejure.it, il quale, argomentando dall'art. 2644 c.c., afferma che «[c]on tale norma, il legislatore codicistico ha introdotto nell'ordinamento la trascrizione con efficacia c.d. dichiarativa, quale strumento a tutela dell'affidamento dei terzi e, quindi, del *valore della agevole circolazione della ricchezza*». Corsivo aggiunto.

¹⁸⁸ C. cost., 23 giugno 1988, n. 702, cit.: «La nozione "costituzionale" di proprietà comprende pure i diritti reali limitati». Cfr. pure C. cost., 11 luglio 1966, n. 95, consultabile su www.dejure.it.

¹⁸⁹ Cfr. G. PETRELLI, *Trascrizione immobiliare e Costituzione*, cit., p. 114, il quale afferma che «gli acquisti *a non domino* basati sulle risultanze dei registri immobiliari risultano pienamente legittimati sul piano costituzionale, sia dalla *funzione sociale* ex art. 42 Cost., che

D'altronde il traffico giuridico, che auspicabilmente, se non utopicamente, dovrebbe svilupparsi in modo rettilineo, assai più di frequente si mostra per ciò che realmente è, un intreccio di interessi multiformi, in perpetuo divenire, ove gli incidenti, i conflitti risultano essere piuttosto una costante. Alle norme in questione è demandato, insomma, il compito fondamentale di sciogliere i nodi della circolazione, rendendola certa¹⁹⁰ e funzionante¹⁹¹.

Quanto, invece, all'art. 1376 c.c., sempre ragionando in termini di *ratio* e *τέλος*, l'interrogativo da cui esso sorge è questo, e cioè: a quale meccanismo è opportuno o preferibile attribuire il compito di regolare il trasferimento contrattuale di un certo diritto da un soggetto (dante causa) ad un altro (avente causa)? La risposta a tale quesito è data, come è evidente, dal consensualismo: è sufficiente l'incontro delle volontà delle parti, legittimamente manifestata, a determinare la vicenda traslativa (o, più in generale, costitutiva).

giustifica l'imposizione da parte del legislatore di limiti al diritto di proprietà, e la regolamentazione dei relativi modi di acquisto; sia dai limiti all'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), ossia l'*utilità sociale* e la *sicurezza* (che è anche la *sicurezza giuridica*), riferiti non solo all'attività di impresa ma anche a quella di godimento e disposizione del proprietario». Corsivo originale.

¹⁹⁰ Cfr. S. BERTEA, *La concezione della certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2001, p. 153, definisce certo «quel diritto le cui applicazioni ai casi particolari sono coerenti con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, ricavate in accordo con una procedura razionalmente fondata e almeno in larga parte giustificabili alla luce dei parametri di razionalità condivisi da una data società»; N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1964, p. 150, ove afferma che «il diritto o è certo o non è neppure diritto e che a togliere di mezzo la certezza non si libera l'umanità da una nociva illusione, ma la si priva letteralmente del sussidio e del rimedio del diritto».

¹⁹¹ G. PETRELLI, *op. loc. ultt. citt.*, osserva che «la sicurezza dei traffici giuridici aumenta il valore di scambio del bene e quindi giova anche al proprietario».

Da tale angolo visuale si riesce forse a cogliere la natura tecnica¹⁹² del principio cristallizzato nella norma in parola: esso è la risultante ideologica di un processo filosofico rivoluzionario che, in risposta a secoli di mortificazione della libertà individuale, pone l'uomo, e dunque il suo volere, al centro della comunità¹⁹³. Così formulato, il principio del consenso traslativo è da considerarsi un principio non generale, bensì di settore, poiché la sua applicazione è limitata¹⁹⁴ ad una precisa

¹⁹² In questo senso, P. PERLINGIERI, *Manuale*, cit., p. 18: «Una diversa specie di principi sono quelli c.d. tecnici. Si discorre, ad es., del principio del consenso traslativo in virtù del quale la proprietà di una cosa determinata si trasmette per effetto del solo consenso delle parti». V. pure R. SACCO, voce *Consensualismo*, in *Dig., disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 2009, consultabile su www.leggiditalia.it, § 7, ove afferma che il consensualismo «appare come una tendenza, e non come un dogma» e, soprattutto, che esso «non gratifica nessuna priorità sociale univoca ed evidente, se non vogliamo considerare privi di bussola i creatori del diritto romano, del diritto germanico, del diritto inglese e americano. È poco probabile, allora, che là dove esso figura nel testo legale esso corrisponda ad un ordine cogente e inderogabile» (corsivo aggiunto). Cfr. altresì, in questo senso, C. CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale*, in *St. Rescigno*, III, 2, Milano, 1998, p. 133, F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 2002, p. 175; G. PETRELLI, *La condizione elemento essenziale del negozio giuridico*, Milano, 2000, p. 464 ss.

¹⁹³ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., I, p. 17: «Come reazione al dominio feudale che costringeva l'individuo e la sua volontà entro schemi angusti e ne denegava la libertà, si teorizzò la forza creatrice della volontà stessa, ponendosi così l'uomo, l'individuo al centro (anche) del sistema giuridico. Era dunque evidente che, in questa prospettiva, l'accordo di due soggetti era atto a produrre l'effetto traslativo a prescindere da ulteriori modalità formali o esecutive: il *titulus* diveniva così anche *modus acquirendi*».

¹⁹⁴ Cfr. A. BIZZARRO, *Sul superamento*, cit., p. 920: «La portata applicativa dell'art. 1376 c.c. sembra limitata dalla presenza delle norme volte alla risoluzione dei conflitti, alle quali, per questo, si attribuisce portata eccezionale rispetto al principio consensualistico. Queste, tuttavia, operano su piani distinti, senza mai sovrapporsi. Il consenso, infatti, attiene al trasferimento del diritto permettendone la circolazione, mentre l'opponibilità è posta a presidio dei conflitti che possono derivare dal fenomeno circolatorio».

categoria di disposizioni negoziali (i contratti traslativi), e di rango ordinario, quindi gerarchicamente inferiore ai principî di fonte costituzionale.

Dunque, diversi sono i problemi che le due norme in questione sono chiamate a risolvere¹⁹⁵, l'una la trasmissione contrattuale di un diritto, l'altra un conflitto tra diritti incompatibili; diversa è la soluzione, cioè la regola data, da una parte il reciproco consenso, dall'altra la priorità nella trascrizione; e diverso è pure il valore che ciascuna intende realizzare, ora la preminenza della volontà privata, ora la sicurezza dei traffici giuridici.

A questa diversità di ratio e *τέλος* corrisponderebbe, secondo parte della dottrina¹⁹⁶, una diversità anche nell'ambito di applicazione dei due istituti: la trascrizione

¹⁹⁵ M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso. Lineamenti di una teoria giuridica sistemica*, Torino, 1996, p. 233 ss., ove l'A. sostiene che l'art. 1376 e l'art. 2644 vogliono risolvere problemi diversi e la loro apparente incoerenza nasce dal pregiudizio di una coerenza sostantiva della tradizione essenzialistica, mentre i due articoli si armonizzano naturalmente se si ragiona nell'ambito di una coerenza tecnica, collegata cioè alla *ratio*, alla ragione strumentale. Fa proprio l'assunto G. BARALIS, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 24, nota 97, secondo il quale «i due articoli effettivamente si conciliano non nell'ambito di una logica piramidale, ma nell'ambito di un sistema che concilia interessi». Corsivo aggiunto.

¹⁹⁶ E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., p. 99, per il quale «una lettura dell'ordinamento miope e unilaterale ha inteso la relazione fra consensualismo e norme di conflitto in termini di rapporto fra regola ed eccezione. L'area del conflitto si porrebbe come mera sommatoria di deviazioni sistematiche, dettate da molteplici quanto disomogenee istanze di politica legislativa, e con ciò incapace d'elevarsi a sistema [...] esse sono rette invece da una *ratio unitaria e prevalente rispetto a quella del consensualismo, il che contribuisce a farne sistema potenzialmente espansivo*», corsivo aggiunto; G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 38, ove afferma che «non appare dubbia l'appartenenza del principio consensualistico alla *sfera dei rapporti tra le parti*, e quindi la sua *estraneità alla materia dei conflitti circolatori*», corsivo originale; A. BIZZARRO, *La priorità temporale*, cit., p. 96 s.: «Ricondotto, pertanto, il *prior in tempore potior in iure* al principio del consenso traslativo, si dovrebbe negare, altresì, che le norme poste a presidio della

governerebbe la circolazione conflittuale (o patologica), il consensualismo la circolazione a-conflittuale (o fisiologica).

In particolare, le norme di collisione identificherebbero «un settore organico del diritto positivo, sottratto all'impero dell'art. 1376 c.c. e dotato di capacità espansiva»¹⁹⁷, finendo, così, per informare un «*micro-sistema*, un piccolo mondo di norme, da cui l'interprete può ormai ricavare principi generali ed in cui ormai scoprire una logica autonoma»¹⁹⁸; il principio del consenso traslativo è, invece, «il

certezza dei traffici rappresentino deroghe al principio della priorità temporale. In questo caso, infatti, il *prior in tempore* e le regole deducibili dagli artt. 1155, 1265, 1380 , 2644 c.c. opererebbero su piani distinti, attenendo il primo all'area della circolazione aconflittuale, le seconde a quella conflittuale. La dichiarata incongruenza è, dunque, attribuibile alla circostanza che le disposizioni volte a dirimere i conflitti non possono qualificarsi quali deroghe al principio della priorità temporale, se questo si intende come espressione diretta del consenso traslativo. A voler ammettere che le norme che risolvono le confliggenze derogano al principio della priorità temporale, lo stesso non può essere inteso quale espressione del consenso traslativo. Ma occorre ricondurlo alla circolazione patologica. Anche in tal caso, tuttavia, [...] le regole ex artt. 1155, 1265, 2740 c.c., non rappresentano una deroga alla priorità temporale, quanto una sua attuazione, seppur diversificata in base all'elemento che di volta in volta si lega al fattore tempo»; ID., *Sul superamento del principio di tassatività*, in *Rass. dir. civ.*, 3/2010, p. 921 ove afferma che l'art. 1376 c.c. e le norme volte alla risoluzione dei conflitti «operano su piani distinti, senza mai sovrapposti. Il consenso, infatti, attiene al trasferimento del diritto permettendone la circolazione, mentre l'opponibilità è posta a presidio dei conflitti che possono derivare dal fenomeno circolatorio». Cfr. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *La relatività degli effetti del contratto come criterio di soluzione dei conflitti di diritti*, in *Vita not.*, 1995, I, p. 516.

¹⁹⁷ E. FERRANTE, *op. loc. ultt. citt.*

¹⁹⁸ N. IRTI, *L'età della codificazione*, cit., p. 46. L'A. sostiene (p. 76) che l'ordinamento giuridico attuale «non coincide più con un solo insieme di norme, con l'antica e ottocentesca raggiera che vedeva al centro il codice civile e su questo gravitare il moto delle leggi speciali. Il codice civile è ormai *uno dei sistemi*, di cui si compone il grande universo del diritto privato. Altri nuclei di norme, sciolti da ogni legame con il codice civile, si costituiscono in sistema e svolgono secondo logiche di settore. La Costituzione, posta al vertice della piramide normativa,

pilastro della circolazione “a-conflittuale”, quella che si svolge in forma per così dire rettilinea e sotto le sembianze della catena derivativa, ma ogni qualvolta subentri un'ipotesi di conflitto, esso deve cedere il passo a soluzioni di carattere diverso, improntate all'evidenza, alla pubblicità, anziché alle dinamiche dei nudi patti»¹⁹⁹.

Questa distinzione tra circolazione fisiologica e patologica, a-conflittuale e conflittuale, cui si giunge adoperando i concetti di *ratio* e *τέλος*, propri dell'ermeneutica giuridica, può trovare riscontro anche sul piano prettamente dogmatico se ci si sofferma sull'atto di disposizione e sulla diversa valutazione di esso compiuta dalla norma di diritto sostanziale e da quella pubblicitaria.

L'art. 1376 c.c., da un lato, valuterebbe l'atto di disposizione quale rapporto, quale *accordo* tra alienante ed acquirente, da intendersi come causa degli effetti (traslativi) che da quello derivano.

Dall'altro, la valutazione operata dall'art. 2644 c.c. investirebbe il contratto non già quale accordo, bensì quale *fatto* giuridicamente rilevante²⁰⁰ che, al ricorrere di

garantisce l'*unicità del poli-sistema*, raccorda l'uno e l'altro nucleo di leggi, esprime una logica comune e generale».

¹⁹⁹ E. FERRANTE, *op. cit.*, p. 94 s

²⁰⁰ G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, cit., p. 66 s.: «Nella valutazione delle interferenze e dei limiti alla condotta che si verificano per la presenza di un contratto, quest'ultimo non è altro che una situazione-presupposto per il sorgere di nuove ed eventuali conseguenze giuridiche; per la cui realizzazione entrano in gioco altre norme che assumono come elementi di fatto, appunto, la fattispecie ed i conegni che, in concreto, determinano il verificarsi delle interferenze. [...] In quel momento non sorge un effetto ricollegabile ad un interesse espresso nell'atto. La legge attua una valutazione che è sovente in contrasto con la volontà delle parti, sicché non vi è più neppure un nesso di causalità giuridica fra quanto esse hanno disposto e gli effetti che la legge fa seguire da quel fatto, come risposta ad un problema

diverso da quello posto dalle parti e attinente alla circolazione del bene. Il *fatto contrattuale* ha in quel momento una *rilevanza come fatto sociale presupposto* e non causa di effetti», corsivo aggiunto; ID., *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988, p. 140 s., dove afferma che «il negozio in quanto esiste come fatto sociale assume un peculiare rilievo nei confronti dei terzi i quali non potranno interferire illegittimamente nelle posizioni create fra le parti, e che la sua opponibilità esprime invece la prevalenza del titolo su altri incompatibili, anche se è in parte comune la causa di queste conseguenze. In entrambi i casi non è in gioco un modo di atteggiarsi degli effetti ma un grado di rilevanza del fatto contrattuale e dei comportamenti attuativi. L'immagine più esatta e visivamente più espressiva è ancora quella di Demogue: il contratto anche se produce solo effetti obbligatori è un fatto sociale che propaga le sue conseguenze oltre il rapporto fra le parti, quasi un cono di luce che crea una zona di diretta emanazione luminosa e una zona *qui ne recoit qu'un lumière diffuse* ove si rinvengono posizioni sicuramente meritevoli ma di incerta tutela, giacché le valutazioni dell'ordinamento debbono qui tener conto di interessi diversi da quelli dei soli soggetti del rapporto (v. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, II, *Effets des obligations*, Paris, 1923, p. 68 ss.). Rilevanza ed opponibilità, quindi, sono qualifiche formali che esprimono la risposta dell'ordinamento, in un caso alla semplice presenza del fatto negoziale indipendentemente dagli effetti reali od obbligatori che da esso promanano, e, nell'altro ad alcuni fatti che per la loro particolare importanza sociale, e conseguente conformazione strutturale, sono destinati a prevalere su altri in eventuali conflitti».

Cfr. pure A.E. CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica*, in *Formalismo e sapere giuridico*, Catania, 1936, p. 390 ss.

Per completezza, deve tuttavia darsi atto che in dottrina la distinzione tra fatto e negozio è tutt'altro che risolta, potendosi scorgere, in via assai generale, due tendenze contrapposte (la cui alternatività è stata approfondita da B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, (rist.) *ivi*, 2016, p. 21 ss.): la prima che, valorizzando il momento (soggettivo) volontaristico del negozio, lo tiene ben distinto dal fatto; la seconda che, diversamente, dando rilievo al momento (oggettivo) della qualificazione giuridica, pone fatto e negozio in una relazione di *genus a species*. Su questo tema, cfr. pure G.B. FERRI, voce *Negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 62 ss.

Cionondimeno, sia che si aderisca al primo orientamento (cfr., tra gli altri, O. KARLOWA, *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*, Berlin, 1877, p. 4 ss.; O. von WÄCHTER, *Pandekten*, I, Berlin, 1880, 360 ss.; E. ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879, p. 290 ss.; L. ENNECCERUS, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, I, Marburg, 1888, 152 ss.), sia che si preferisca il secondo (cfr., tra gli altri, A. BRINZ, *Pandekten*, II, Erlangen, 1857; P.

determinate situazioni e determinati presupposti, produce conseguenze per (determinati) terzi.

La vicenda traslativa è, dunque, oggetto di una duplice valutazione perché essa assume una rilevanza giuridica diversa²⁰¹ a seconda che la si esamini dalla

LOTMAR, *Über Causa im römischen Recht*, München, 1875, p. 4 ss.; R. SCHALL, *Parteiwille im Rechtsgeschäft*, Stuttgart, 1877, p. 7 ss.; K. LARENZ, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, Leipzig, 1930, p. 45; ID., *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München, 1983, p. 302 ss.; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II, Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1979, p. 23 ss.; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, 1985, p. 69 ss.), non pare che il ragionamento svolto ne esca irrimediabilmente compromesso.

Non sembra cioè possa dubitarsi del *diverso valore* che un contratto traslativo o, in generale, circolatorio, assuma a seconda che lo si osservi dalla prospettiva dei paciscenti, per i quali esso è regola, fonte di ordinamento degli interessi dedottivi, o dalla prospettiva dei terzi, ai quali appare per un mero fatto cui, a certe condizioni, la legge riconnette determinate conseguenze (sì rendendolo giuridico) che possono in certa misura riguardarli.

²⁰¹ Cfr. G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, cit., p. 66: «Rilevanza ed opponibilità, insomma, sono qualifiche formali che esprimono la diversa attenzione dell'ordinamento: in un caso, alla semplice presenza del fatto negoziale indipendentemente dagli effetti reali o obbligatori che da essi promanano; nell'altro, ad alcuni di quei fatti che, per la loro particolare importanza sociale e conseguente conformazione strutturale, sono destinati a prevalere, in presenza di uno schema formale, su altri, in eventuali conflitti, qualora siano rispettate determinate condizioni».

Considerano la rilevanza la prima manifestazione del processo di qualificazione del fatto, preordinata al secondo momento dell'attribuzione di efficacia, tra gli altri, A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 86; ID., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 27; ID., voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 481 ss.; V. TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940, p. 3 ss.; S. PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Diritto civile, Metodo – teoria – pratica*, Saggi, Milano, 1951, p. 3 ss.; L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., p. 14. *Contra*, R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 349 ss.; A. CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 433 ss.; ID., voce

prospettiva degli interessi dei contraenti oppure da quella degli interessi degli individui che si pongono all'esterno del contratto e, cionondimeno, da questo possono subire pregiudizio²⁰².

La prima prospettiva è da definirsi statica²⁰³, in quanto regola il rapporto in una dimensione a-storica, aoristica, in un tempo senza tempo, avulso da ciò che lo

Fattispecie e fatto, cit., p. 922; A. AURICCHIO, *La simulazione nel negozio giuridico*, Napoli, 1957, p. 61, i quali non rinviengono nel processo di qualificazione i due momenti dell'attribuzione della rilevanza giuridica al fatto e della previsione degli effetti giuridici, bensì un unico momento, quello della rilevanza, cioè dell'astratta valutazione dei fenomeni cui la legge riconnette determinati effetti.

²⁰² Riconducono invece il concetto di inopponibilità a quello di inefficacia relativa, fondata su di un limite soggettivo che dà luogo ad una carenza di effetti, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 260; M. FERRARA-SANTAMARIA, *Inefficacia e inopponibilità*, Napoli, 1939, p. 18 ss. Critico, G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988, p. 152 s.: «A ben vedere, però, tale criterio non spiega le ipotesi normative e si scontra anzi con un dato difficilmente controvertibile. Basta pensare che l'atto non trascritto non è inefficace e soprattutto che le azioni spettanti, a chi agisce in revocatoria, chi è titolare di una ipoteca di un pignoramento o di un sequestro, devono essere proposte, in caso di disposizione del bene, nei confronti dell'acquirente e non di colui che ha compiuto l'atto di alienazione per testimoniare che tale "negozio produce egualmente i suoi effetti tipici non solo fra le parti ma anche di fronte ai terzi, compresi i soggetti a cui favore opera il rimedio" (V. SCALISI, voce *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 351 ss.). Non ha senso quindi, parlare di una carenza degli effetti in una certa direzione: questi si producono per il solo motivo che esiste una fattispecie strutturalmente perfetta ed è sulla loro attuazione che incide, casomai, il limite espresso da un'esigenza di protezione di certi terzi che sono titolari di una situazione incompatibile con gli effetti dell'atto o che comunque da esso ricevono pregiudizio».

²⁰³ Cfr. G. VETTORI, *Consenso traslativo*, cit., p. 98 s.: «Chi acquista un bene in virtù del semplice accordo è titolare di un diritto assoluto sicché, tra le facoltà che può esercitare, vi sarà il godimento, la disposizione e la difesa reale della cosa, mentre graverà su tutti i terzi un dovere di astensione. Ma queste sono connotazioni del diritto trasferito e non del titolo. Si comprende, quindi, come l'art. 1376, nel disciplinare il trasferimento della proprietà per effetto del consenso,

circonda, riconnettendo un determinato effetto (traslativo) all'accordo delle parti; la seconda, invece, si rivela dinamica nella misura in cui immerge, proprio al contrario della prima, il contratto nel tessuto socio-giuridico, riconsegnandogli la sua aderenza ad una realtà composta da molteplici, svariati interessi; reimmettendolo, cioè, nel suo "traffico".

Questa «duplicazione di valutazioni che la legge opera su un medesimo fatto storico è ipotizzabile non come "richiamo alla rilevanza giuridica del negozio anteriormente valutato alla stregua di un'originaria realtà sociale", né come "espressione di un confronto fra diversi ordinamenti", ma come *necessario giudizio di valore diverso in ordine a problemi (rationes) che esigono risposte (τέλη) diverse*. In un caso, effetti negoziali legati causalmente all'atto di autonomia,

risolva un solo lato del problema posto dall'atto traslativo e cioè la successione nel diritto reale, che riproduce nell'acquirente la posizione soggettiva dell'alienante. Il trasferimento del bene attribuisce certi poteri e doveri, perché il rapporto che si instaura fra alienante e acquirente, per la sua stessa struttura, comprende in sé determinate situazioni. Non si può affermare che il diritto sia opponibile a tutti coloro che non hanno trascritto l'atto di acquisto in un momento antecedente. Ragionando in tal modo si sovrappone al contenuto della relazione una qualifica che non gli appartiene e che non è prodotta dall'accordo, ma direttamente dalla legge, in presenza di *un problema diverso da quello statico* poc'anzi indicato», corsivo aggiunto; G. BARALIS, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 52, secondo cui «non è strano pensare che il sistema del diritto comune per quanto concerne la contrattazione immobiliare sia imperniato su una serie di regole ove prevale il profilo "statico" della contrattazione *inter partes*; laddove, invece, tale contrattazione viene considerata sotto l'aspetto "circolatorio", parte del diritto comune soggiace a correzioni di tipo adattivo in ragione della (maggior) tutela dell'affidamento legato alla circolazione».

nell'altro, effetti prodotti dalla legge in presenza di uno spostamento di ricchezza»²⁰⁴.

La necessità di un giudizio normativo differenziato si basa, dunque, proprio sui diversi interessi che vengono in rilievo ora nella circolazione statica, ora in quella dinamica la quale, ponendo determinati terzi in relazione con il contratto quale fatto sociale giuridicamente rilevante, non potrebbe essere correttamente regolata servendosi dei medesimi criteri fondanti il giudizio sull'assetto di interessi che alienante ed acquirente avevano programmato.

Il diverso contesto in cui è calato il contratto costringe, insomma, l'ordinamento a fare i conti con interessi ulteriori²⁰⁵ che si sommano a quelli dei contraenti e che abbisognano di un (corretto) bilanciamento, ossequioso della tavola di valori costituzionali e guidato dal criterio della ragionevolezza²⁰⁶.

L'art. 2644 c.c., come altre norme, opera un giudizio di valore sul contratto nel momento in cui esso, strappato alla sua dimensione monadica, viene posto in

²⁰⁴ G. VETTORI, *op. ult. cit.*, p. 71. Corsivo aggiunto. Le parole tra parentesi costituiscono un'aggiunta all'originale. Cfr. pure G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 62.

²⁰⁵ In questo senso v. anche F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, cit., p. 61, ove afferma che «il fatto giuridico, che determina la circolazione, non interess[a] soltanto le parti» e che «il vero è che [...] la tutela giuridica della circolazione si deve risolvere non tanto nella costituzione di un rapporto personale tra i contraenti quanto nel mutamento della situazione giuridica di fronte ai terzi».

²⁰⁶ Sul quale v. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, *passim*.

relazione con l'esterno, e tale idea di relazione²⁰⁷ è rappresentata, giuridicamente, dal concetto di opponibilità²⁰⁸.

²⁰⁷ G. VETTORI, *ult. op. cit.*, p. 44 s., il quale rileva che «[l]a formula che il codice impiega [per individuare questa idea di relazione] non è univoca, ma per lo più espressa con una terminologia simile e svolta in termini positivi o negativi a seconda della situazione regolata [...]»; e tuttavia, il «[d]ato comune in tutte queste situazioni è il rapporto che esiste fra un fatto e l'ampiezza delle conseguenze giuridiche che da esso discendono. Basta leggere le disposizioni in tema di locazione per trarre immediatamente l'idea di una relazione fra le due entità: un fatto e una conseguenza giuridicamente rilevante nei confronti di una generalità di soggetti»; ID., *Efficacia ed opponibilità*, cit., p. 151, nota 62: «Tutto lascia presumere che per quel concetto valga la definizione di simbolo intermedio o nesso teorico incompleto, di termine, cioè, di carattere solo teorico e sistematico destinato ad esprimere la connessione specifica fra una pluralità disgiuntiva di fatti giuridici e una pluralità congiuntiva di effetti giuridici». Cfr. altresì F. D'ALESSANDRO, *Recenti tendenze in tema di concetti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, p. 37 ss.; ID., *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi in memoria di Ascarelli*, I, Milano, 1963, p. 241; H. HART, *L'ascrizione di responsabilità e di diritti*, in V. Frosini (a cura di), *Contributi all'analisi del linguaggio*, Milano, 1964, p. 3 ss.; ID., *Definizione e teoria sulla giurisprudenza*, ivi, p. 37 ss.; A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 1965, p. 160.

²⁰⁸ G. VETTORI, *Consenso traslativo*, cit., p. 52 ss., ove l'A. sostiene 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 del rapporto, 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». In particolare, l'indipendenza del connotato dell'opponibilità dagli effetti dell'atto e dalla natura, reale o personale, assoluta o relativa del diritto che da quello trae origine, troverebbe conferma nell'art. 2914 c.c. che, nel regolare il conflitto tra l'alienazione anteriore al pignoramento e quest'ultimo, attribuisce (al ricorrere di determinate condizioni) prevalenza al secondo, e dunque alla situazione creditoria che «[p]er effetto dell'art. 2914 c.c. [...] non muta natura, né ottiene, sul piano formale, un diverso valore. Il legislatore valuta sostanzialmente i titoli di vari soggetti, ponendo dei requisiti di opponibilità: e, pur in assenza di un conflitto fra più aventi causa, determina il rilievo di un atto nei confronti di altri incompatibili al fine di stabilire una prevalenza. La quale è qui disposta a favore di un diritto di credito storicamente destinato a soccombere di fronte ad una situazione reale. È evidente la grande importanza sistematica della norma. L'aver equiparato nell'alienazione dei beni immobili e dei crediti il terzo creditore al

Tuttavia, tornando ancora una volta ad esaminare la questione da una prospettiva assiologica, ci si può soffermare a riflettere su quali siano i principi, e dunque gli interessi realmente in gioco, nell'ipotesi di pluralità di acquisti del medesimo diritto dal comune dante causa, che necessitano di un corretto bilanciamento.

Da un lato, si è detto, si pone la sicurezza oggettiva dei traffici giuridici, un'esigenza fondamentale di tutto il sistema, che trova riconoscimento negli artt. 41² e 42² cost.; dall'altro lato, il principio che assume rilevanza non è, a ben vedere, quello tecnico del meccanismo consensualistico, ma il diverso principio, ben più pregnante e costituzionalmente tutelato, di sicurezza soggettiva dei diritti²⁰⁹, e dunque l'interesse alla conservazione del diritto acquisito da parte del primo avente causa. Ciò che rileva, ad ogni modo, è che l'antinomia tra le due esigenze di tutela, ora del sicuro funzionamento del commercio giuridico, ora della posizione soggettiva del primo acquirente²¹⁰, sia stata correttamente risolta, già dal legislatore ordinario, in conformità con la gerarchia dei valori costituzionali, a favore della prima. Cionondimeno siffatto bilanciamento, che si desume dal dato positivo, intende risolvere, probabilmente, il solo problema della compresenza di diritti confliggenti

terzo acquirente, ai fini dell'opponibilità del loro titolo, sta a significare che questa qualifica attiene al piano del fatto e non della natura delle situazioni soggettive, la cui diversità è trascurata affatto» (p. 54).

²⁰⁹ In questi termini riassume la contrapposizione di interessi la già citata sentenza C. cost., 23 giugno 1988, n. 702.

²¹⁰ Rilevava, acutamente, F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, cit., p. 12, che «dato che la circolazione consiste nello spostamento di un bene da uno a un altro titolare è chiaro che il problema del suo ordinamento giuridico sorge dalla diversità degli interessi, che debbono essere tenuti in conto e rispettivamente garantiti: interessi di ciascuna delle parti e interessi dei terzi».

sul medesimo bene, e sembra invece lasciare all'interprete l'individuazione del punto di equilibrio tra l'istanza del sistema e quella del primo acquirente secondo trascrivente (o non trascrivente affatto) allorquando a venire in rilievo siano le conseguenze sul piano della responsabilità e, conseguentemente, dei mezzi di risarcimento. In quella sede si tratterà di valutare se la compressione²¹¹ dell'interesse del privato alla conservazione della sua posizione giuridica possa essere totale²¹², sì da sacrificarla per intero sull'altare della sicurezza dei traffici, o se invece sia più ragionevole riconoscergli qualche forma di tutela che, secondo le diverse opinioni che si riscontrano in letteratura, può andare dall'inadempimento

²¹¹ Cfr. P. PERLINGIERI, *Manuale*, cit., p. 15: «Tra principi non vi è mai propriamente conflitto, ma concorso. I principi ammettono una pluralità di livelli di soddisfazione e non un'unica modalità di attuazione»; ID., *Fonti e interpretazione*, cit., p. 225 s.: «Il bilanciamento è attività interpretativa e, come tale, valutativa degli interessi e dei valori coinvolti nella questione da decidere; attività rivolta a temperare, là dove è possibile e ragionevolmente, principi e diritti in possibile conflitto. La forma minore dell'attività di bilanciamento si prospetta là dove del tutto preminente o, addirittura, esclusivamente preminente, sia un principio rispetto ad un altro, in attuazione di una riconosciuta gerarchia che esclude qualsiasi antinomia ermeneutica».

²¹² Ad es., C. MAIORCA, *Della trascrizione*, cit., p. 151, sostiene che né il comune dante causa né il primo trascrivente secondo acquirente sarebbe imputabile alcunché, in quanto colui «che aliena per una seconda volta lo stesso oggetto non lede in sé il diritto del primo acquirente, il quale, per ciò solo, resterebbe intatto. Il gioco della trascrizione non può che operare a parte».

extracontrattuale²¹³ a quello contrattuale²¹⁴ e, per quanto concerne il risarcimento, da quello per equivalente²¹⁵ a quello in forma specifica²¹⁶.

²¹³ D. RUBINO, *La compravendita*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXIII, Milano, 1952, p. 538, per il quale «è fuori questione la responsabilità del venditore, perché la sua colpa è intrinseca all'ipotesi stessa; non sembra invece che si tratti di garanzia per evizione, perché il primo compratore ha realmente acquistato il diritto in un primo momento, e poi lo perde per una causa sopravvenuta. Se il venditore non gli aveva ancora consegnato l'immobile risponde per inadempimento di questa obbligazione. Se invece gli aveva consegnato l'immobile, non è facile ravvisare l'obbligazione contrattuale ex vendita del venditore che qui rimanga inadempita: non quella di consegnare la cosa, che in ipotesi è stata consegnata; non quella di fare acquistare il diritto, che in ipotesi è stato acquistato (in un primo momento); anche a configurare una terza, autonoma obbligazione di garantire l'acquisto, questa si riferirebbe pur sempre all'acquisto al momento del contratto, e quindi sarebbe stata pur essa adempita; mentre per contro non esiste un'obbligazione contrattuale ex vendita di non far perdere al compratore il diritto già da questi acquistato; si potrebbe pensare di far ricorso all'obbligo generale della buona fede nell'esecuzione dei contratti, ma, se lo si intende come obbligo contrattuale, anch'esso è ormai fuori causa, perché il rapporto di vendita era ormai esaurito. Direi quindi che qui il venditore risponde per illecito extracontrattuale»; M. COSTANZA, *Doppia vendita immobiliare e responsabilità del secondo acquirente di mala fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 526; R. TRIOLA, voce *Trascrizione*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 949: «Se non ci si lascia suggestionare dal fatto che tra l'autore del fatto dannoso ed il danneggiato è intercorso in precedenza un rapporto contrattuale, risulta, invece, evidente la natura extracontrattuale della responsabilità del venditore, non potendosi dubitare che costituisce violazione del principio generale del *neminem laedere* il privare un soggetto della proprietà di un bene a seguito dell'esercizio di un potere al quale la legge riconosce (nel concorso di determinate circostanze) efficacia *esclusivamente in funzione della tutela della certezza dei traffici giuridici*» (corsivo aggiunto); F.D. BUSNELLI, *Variazioni casistiche in tema di doppia vendita immobiliare (Ricordando le lezioni pisane di Gino Gorla)*, in AA. VV., *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994, p. 1773 ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 573.

²¹⁴ Riconducono la responsabilità dell'alienante all'inadempimento dell'obbligo di garanzia contro l'evizione, tra gli altri, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, Torino, 1993, p. 838 ss.; L. FERRI, *Della trascrizione immobiliare*, cit., p. 50 s.; ID. e P. ZANELLI, *Della trascrizione. Trascrizione immobiliare*, cit., p. 57; G. DORIA, *Doppia alienazione immobiliare*

A questo punto, laddove si convenga sulla bontà del ragionamento fin qui svolto, è possibile provare a ricavare alcuni risultati preliminari che fungano da presupposto per il suo ulteriore sviluppo.

Anzitutto, si è osservato come il connotato della eccezionalità di una norma, come sostenuto da parte della dottrina²¹⁷, debba essere ripensato, valorizzandone l'aspetto assiologico. Il rapporto tra norme è, prima di ogni altra cosa, rapporto tra valori, sicché per indagare l'eventuale relazione di confliggenza tra due o più regole non può non considerarsi l'istanza assiologica che ciascuna di essa sottende, e dunque il principio, l'interesse che intende attuare.

e teoria dell'effetto reale. Il problema della responsabilità dell'alienante e del secondo acquirente, Milano, 1994, p. 140. Altri, invocano la violazione dell'obbligo contrattuale di buona fede: cfr. G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, p. 103; N. MUCCIOLI, *Doppia alienazione immobiliare e tutela del primo acquirente*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, p. 703 ss.; E. FERRANTE, *La tutela risarcitoria contro la doppia alienazione immobiliare*, in *Contr. impr.*, 1999, II, p. 1124.

²¹⁵ A. DE CUPIS, *Trascrizione immobiliare e tutela del primo acquirente*, in *Giur. ita.* 1286, IV, c. 9; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 754; D. POLETTI, *Doppia alienazione immobiliare e "responsabilità extracontrattuale da contratto"*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 763; N. MUCCIOLI, *Efficacia del contratto e circolazione della ricchezza*, Padova, 2004, p. 718; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 554 ss.; A. VENTURELLI, *Circolazione giuridica e ingiustizia del danno. La doppia alienazione immobiliare tra tutela risarcitoria e restituzioni*, Brescia, 2005, p. 126 ss.

²¹⁶ L'applicabilità del rimedio ex art. 2058 c.c. è opinione invero minoritaria in dottrina: cfr. E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., p. 343; A. BIZZARRO, *La priorità temporale*, cit., p. 160 ss.; P. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 220; G. CASELLA, *La doppia alienazione immobiliare: un dibattito sempre aperto*, cit., p. 534.

²¹⁷ Cfr. *supra*, §1.

Si è avuto, a tal proposito, modo di notare, poi, che le norme preposte alla risoluzione di conflitti fra diritti incompatibili, ed in particolare, per i beni immobili, l'art. 2644 c.c., sono norme di attuazione di un interesse collettivo, pubblico, un interesse del sistema che trova consacrazione negli artt. 41 e 42 cost., e cioè l'interesse alla sicurezza del traffico giuridico. D'altro canto, si è pure visto che il principio del consenso traslativo, in quanto principio tecnico e di settore, dovrebbe considerarsi di rango inferiore rispetto al principio di sicurezza del commercio, il cui vero termine di raffronto è piuttosto da rinvenirsi, per quanto qui interessa, nell'interesse alla conservazione del diritto conseguito dal primo avente causa. Cionondimeno, norme quali gli artt. 1155, 1265, 1380 e 2644 c.c., sembrano denotare abbastanza chiaramente la scelta del legislatore di preferire l'interesse del sistema all'interesse del singolo nel momento in cui, servendosi del criterio della priorità temporale, sacrificano, a certe condizioni, l'(unico vero) acquisto del primo avente causa onde soddisfare quell'esigenza di certezza nella circolazione dei diritti.

Sulla base di questi rilievi, brevemente riassunti, dovrebbe concludersi che il divieto di interpretazione analogica – comunemente applicato dalla dottrina prevalente²¹⁸ alle norme in tema di risoluzione di conflitti e, specialmente, a quelle dettate in materia di trascrizione – se analizzato, si ripete, da una prospettiva valoriale, si dimostra inconferente con la gerarchia assiologica che si è tentato di desumere dalla Carta fondamentale. Ed invero, quand'anche si preferisse ancora qualificare le norme in questione come eccezionali (rispetto al principio del consenso traslativo

²¹⁸ V. autori citati alla nota 1.

o ad altri principî) si dovrebbe quantomeno convenire su quanto si è avuto modo di esporre in precedenza e, cioè, che tutte le norme, comprese quelle eccezionali, sono attuative di un principio che ha conestato la compressione di altre norme e, dunque, di altri e diversi principî, sicché, laddove ricorra la medesima *ratio* che ha giustificato *ab origine* l'introduzione della norma eccezionale, non si potrebbe fare a meno di estenderne la disciplina al caso non previsto, pena la violazione del principio di uguaglianza sostanzialmente inteso.

CAPITOLO II

LA PUBBLICITÀ DEL MUTUO DISSENSO FRA ANNOTAZIONE E TRASCRIZIONE

1. Il mutuo dissenso. La natura giuridica.

La prospettiva assiologica che qui si è inteso adottare con riguardo al ruolo svolto, nell'attuale scala dei valori costituzionali, dalla trascrizione e, di conseguenza, la possibilità di servirsi – a determinate condizioni – del procedimento analogico, possono fornire una concreta utilità laddove si prendano in esame talune fattispecie della cui pubblicità, ancora oggi, si discute.

È questo il caso, ad esempio, del mutuo dissenso²¹⁹. A tal riguardo, pare quantomeno opportuno dare conto del dibattito che ha interessato e continua ad

²¹⁹ Osserva A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, (rist.) 2015, p. 19 che nonostante un «diffuso interesse verso questa particolare vicenda “estintiva” dei contratti, il mutuo dissenso non ha formato oggetto, invero – fatte salve rarissime eccezioni – di trattazioni specialistiche [...], ma ha ricevuto dalla dottrina soltanto timidi cenni nel contesto di ricerche indirizzate verso altri fenomeni o negli svolgimenti dedicati alla “parte generale” del contratto».

Tra i primi (se non il primo) a dedicare una analisi più approfondita alla fattispecie in parola, G. DEIANA, *Contrarius consensus*, in *Riv. dir. priv.*, 1939, I, p. 89 ss.

In precedenza, v. FERRINI, voce *Mutuus dissensus*, in *Enc. giur. it.*, X, 3, Milano, 1901, p. 985 ss.; MOSCHELLA, voce *Mutuo dissenso*, in *Diz. prat. dir. priv.*, III, 1, Milano, 1930-1936, p. 1388 ss.

interessare la natura giuridica di questo particolare negozio (se non altro poiché è da essa che, comunemente, se ne fa dipendere la disciplina pubblicitaria) il quale può, in via di approssimazione, ascrivere a quel fenomeno di «ritiro [o ritrattazione] di un atto giuridico dalla vita del diritto»²²⁰.

È bene avvertire, ad ogni modo, che ai fini dell'economia del presente lavoro si prenderà in considerazione il mutuo dissenso di precedente contratto soggetto a trascrizione ex art. 2643 c.c. e, in particolare, il mutuo dissenso di contratto ad effetti reali, quale, ad esempio, la compravendita immobiliare.

Secondo la dottrina che potremmo definire tradizionale²²¹, il mutuo dissenso non costituirebbe una figura tipica, bensì una «categoria di negozi caratterizzati solo dal

Tra i romanisti, invece, v. per tutti A. GUARINO, *Per la storia del «contrarius consensus»*, in *Labeo*, 1968, p. 271 ss.; P. CERAMI, voce *Risoluzione del contratto (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1277 ss.

²²⁰ G. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Roma, 1972 (rist.), p. 11. Cfr., altresì, A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., p. 14 s., per il quale «[q]ualunque possa essere l'estensione della categoria del "ritiro degli atti giuridici", [...] certo è comunque che la sua figura paradigmatica e più sicura è rappresentata, appunto dalla revoca (degli atti di diritto privato e di diritto amministrativo)».

²²¹ G. DEIANA, *Contrarius consensus*, cit., p. 89 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Libro IV, t. 2, *Delle obbligazioni*, Torino, 1980, p. 291; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXI, a cura di A. Cicu e F. Mesineo, Milano, 1987, p. 871 ss.; D. RUBINO, *La compravendita*, II, *ivi*, XXIII, Milano, 1971, p. 1024 ss.; B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ. it.*, a cura di F. Vassalli, Torino, 1961, p. 519. Cfr. pure F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 17 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di G. Grosso e F. Santoro Passarelli, Milano, 1972, 205 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, p. 1008 ss.

In giurisprudenza, v., *ex pluribus*, Cass. Sez. un., 28 agosto 1990, n. 8878, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 949 ss., ed in *Riv. not.*, 1991, p. 490 ss.; Cass. 7 marzo 1997, n. 2040, in *Notariato*, 1997, p. 517, e in *I Contratti*, 1997, p. 545 (con nota di Bonilini), ove afferma che «[c]ostituiscie [...]

fatto che vengono posti in essere per neutralizzare gli effetti prodotti da un precedente contratto, contro cui essi sono diretti», sicché, tra «questi vari negozi non esiste un'identità di contenuto ma solo di funzione»²²².

Stipulata, dunque, una compravendita, ad acquirente e venditore non sarebbe dato di eliminare, rimuovere, estinguere il precedente contratto, ma solo di operare sugli effetti che quello stesso contratto ebbe a produrre, sì da creare una (nuova) situazione giuridica che riproduca, quanto più possibile, quella anteriore alla conclusione della vendita.

In questo modo il mutuo dissenso si risolverebbe in un negozio «a controvicenda»²²³, cioè in un negozio avente contenuto uguale e contrario a quello che «si scioglie», di tal guisa che, riprendendo l'esempio della compravendita, acquirente e venditore originari assumono, rispettivamente, le vesti di venditore e acquirente.

A sostegno di tale impostazione, si afferma anzitutto che sarebbe impossibile distinguere tra atti che eliminerebbero immediatamente il negozio e, di

principio di diritto pacifico che lo scioglimento per mutuo consenso di un contratto di trasferimento della proprietà immobiliare, per la conclusione del quale, richiesta la forma scritta, ai sensi dell'art. 1350 n. 1 Codice civile, deve anch'esso risultare da atto scritto, perché, per effetto dello scioglimento, si opera un nuovo trasferimento della proprietà al precedente proprietario»; prima ancora, Cass. 20 dicembre 1988, n.6959, in *Vita not.* 1988, 1185; Trib. Catania 26 gennaio 1983, in *Vita not.*, 1984, p. 809, con nota di DE RUBERTIS, *Risoluzione di contratto immediatamente traslativo e pubblicità immobiliare*, *ibidem*.

²²² G. DEIANA, *op. cit.*, p. 124.

²²³ La nozione di controvicenda si deve a M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952, p. 28 ss.; ID., *La teoria generale del contratto*, II, Torino, 1955, p. 32 ss.; ID., *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, Torino, 1951, p. 71 ss.; ID., *Le vicende del rapporto giuridico e loro cause*, Torino, 1939, p. 79 ss.

conseguenza, anche il rapporto da esso nascente, ed atti che, invece, si limiterebbero ad operare sul solo rapporto, cioè sulla situazione effettuale creata dal negozio. Ciò in quanto, concluso il negozio, esso non sarebbe più nella disponibilità dei contraenti, i quali potrebbero solo disporre degli effetti da quel medesimo negozio prodotti²²⁴. «[U]n contratto in sé valido non può essere posto nel nulla dai contraenti. Questi possono [...] scioglierlo, ossia privarlo degli effetti traslativi o obbligatori che ne sarebbero derivati; possono, tecnicamente, pervenire ad una risoluzione consensuale del contratto da essi concluso, cioè estinguere il rapporto giuridico da questo instaurato [...]. Ma il contratto consensualmente risolto, per quanto privato dei suoi effetti reali o obbligatori, resta un valido contratto,

²²⁴ Cfr. M. TALAMANCA, *Osservazioni sulla struttura del negozio di revoca*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, p. 150 ss.; A. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, p. 184 s.; E. REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, I, Padova, 1931, p. 12 s.; P. GASPARRI, *Appunti in tema di validità e invalidità giuridiche*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1948, I, p. 287, nota 18; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 47 e 193; G. DEIANA, *Contrarius consensus*, cit., p. 123: «Se la legge dice che con il consenso validamente manifestato la proprietà si trasferisce dall'alienante all'acquirente, non possono i contraenti, dopo aver posto in essere l'atto idoneo al trasferimento, disconoscere che questo sia avvenuto. Ciò che a loro è consentito è solo di attuare un ritrasferimento, vale a dire di porre in essere un atto, dal quale scaturiscono delle conseguenze idonee a distruggere la situazione creata dal primo».

Cfr., tuttavia, l'acuta osservazione di F. ALCARO, *Il mutuo dissenso*, in *Trattato dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, IV, 7, *Effetti del contratto*, Napoli, 2011, p. 75 s.: «Peraltro, se si afferma che il mutuo dissenso non potrebbe eliminare gli effetti prodotti da un contratto validamente concluso, o anche impedire il verificarsi di tutte le conseguenze giuridiche ad esse connesse – in quanto tali effetti, derivando da un meccanismo legale, sarebbero intangibili – allora anche un contrario atto non sarebbe ammissibile, in quanto in frode alla legge, perseguendo sostanzialmente il fine di rendere inoperanti conseguenze giuridiche disposte dal legislatore».

suscettibile in quanto tale di assumere, ad altri possibili effetti, giuridica rilevanza, al pari di ogni contratto validamente concluso e successivamente risolto»²²⁵. Nel caso di contratto ad esecuzione istantanea, allora, non vi sarebbero più effetti sui quali incidere onde ripristinare la situazione *quo ante*, essendosi ridotta la rilevanza della fattispecie negoziale nella sola capacità di giustificare le attribuzioni patrimoniali già eseguite e di impedirne la ripetibilità. Un ipotetico mutuo dissenso sarebbe, in questa prospettiva, nullo per mancanza dell'oggetto, non rinvenendosi più alcun rapporto da eliminare²²⁶.

Ancóra, si osserva che se il mutuo dissenso incidesse, a monte, direttamente sull'atto di autonomia, l'effetto estintivo (del negozio e conseguentemente) del rapporto non potrebbe che avere portata retroattiva, cioè a far data dalla conclusione del contratto sciolto. Tuttavia, proprio tale facoltà di retrodatare l'efficacia negoziale non sarebbe concessa ai privati, posto che «il potere di influire, oltre che

²²⁵ F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 18.

²²⁶ G. ORLANDO, *Mutuo dissenso e contratti integralmente eseguiti*, a commento della già citata Cass. 6 ottobre 2011, n. 20445, in *I contratti*, 6/2012, spec. p. 488, [ma v., già prima, per la dottrina tedesca GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate*, 2. neubearbeitete Aufl., Tübingen, 1994, p. 396, *sub b*)] il quale ritiene che il mutuo dissenso, inteso quale contratto eliminativo, laddove avesse ad oggetto precedente contratto i cui effetti si siano già interamente esauriti, costituirebbe un negozio nullo per mancanza di oggetto. Ciò in quanto «in tal caso la fonte non svolge più, perché esauritasi, la sua funzione “negoziale” (ossia: di regola del programma negoziale in vista della realizzazione degli interessi divisati); mentre, al contrario, la svolge ancora in pieno quando l'esecuzione del contratto non è ancora iniziata». In realtà, qui sembra non tenersi in debita considerazione la circostanza che il negozio, oltre a costituire la causa dei suoi effetti e, dunque, dell'esecuzione del suo programma, è (e continua ad essere) anzitutto la ragione logico-giuridica che giustifica il mantenimento nel tempo di quel dato programma. L'esecuzione del rapporto, quand'anche istantanea, si fonda sempre su una regola impegnativa che non ne risulta, per ciò solo, esaurita.

sulla presente e sull'avvenire, anche sul passato è un potere del tutto eccezionale, che presenta questo carattere anche in riguardo agli organi dello Stato [...] e non può essere riconosciuto all'autonomia privata, se non quando ciò sia chiaramente risposto alla legge»²²⁷.

Anche su di un piano meramente logico, si afferma, la retroattività risulterebbe priva di fondamento, giacché «la volontà attuale non può produrre un effetto per il

²²⁷ Così, Salv. ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova, 1935, p. 364. Negano, in dottrina, ai privati il potere di retrodatazione degli effetti negoziali, tra gli altri, G. DEIANA, *op. cit.*, p. 104 ss., il quale, pur nella vigenza del codice civile del 1865, ebbe a sostenere che «nel nostro ordinamento [...] in nessun luogo è dichiarata la retroattività del contrario consenso. Non può quindi l'interprete attribuirgliela col semplice richiamarsi al principio dell'autonomia contrattuale perché [...] da questa esula il potere di influire sul passato»; E.T. LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, p. 275 s.; W. BIGIAVI, *Irretroattività della risoluzione per inadempimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, p. 718; F. MESSINEO, *Manuale*, cit., I, Milano, 1957, p. 446; A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, cit., p. 296 s.; E. ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto*, in *Comm. cod. civ.*, I, diretto da D'Amelio e Finzi, *Libro delle obbligazioni*, Firenze, 1948, p. 814; T. ASCARELLI, *La letteralità nei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, p. 257; G. SEGRÈ, *Ricognizione, riproduzione e rinnovazione del negozio giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1926, I, p. 417; A.C. PELOSI, *La pretesa retroattività della condizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 936, nota 298; R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942, p. 109; TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, p. 144; E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, p. 98.

In giurisprudenza, v. Cass. 2 maggio 1967, n. 817, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1968, II, p. 234 ss.; Trib. Milano, 4 agosto 1939, in *Foro it.*, 1940, I, cc. 110 ss.

Considerano, in particolare, la retroattività un fenomeno eccezionale, purtuttavia con conseguenze diverse in ordine alla sua disponibilità, tra gli altri, D. RUBINO, *La fattispecie*, cit., p. 113, nota 1; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 15 s.; R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956, p. 8, per il quale «gli atti giuridici contengono un comando, un atto di volizione, che logicamente non può essere diretto che a provvedere per l'avvenire»; G. RESTA, *La revoca*, cit., p. 12 ss.

passato, perché non vi è alcuno che possa volere oggi che un determinato fatto sia avvenuto o non sia avvenuto in un momento precedente»²²⁸. Sarebbe impossibile, cioè, mediante dichiarazione negoziale, modificare l'ordine storico degli eventi.

Ad ulteriore conforto della tesi esposta, la dottrina in parola adduce altresì l'esigenza di tutela dei terzi²²⁹: se, infatti, si riconoscesse ai privati il potere di retrodatare gli effetti negoziali del mutuo dissenso, i terzi che avessero *medio tempore* acquistato diritti in vario modo dipendenti dal contratto sciolto risulterebbero inevitabilmente pregiudicati.

Profondamente diversa è, invece, la ricostruzione che del mutuo dissenso propone altra parte della dottrina²³⁰, che ad oggi sembra prevalente (al netto di alcune,

²²⁸ E.T. LIEBMAN, *op. loc. ultt. citt.*

²²⁹ G. DEIANA, *op. cit.*, p. 103: «[...] ognuno intende facilmente a quali inconvenienti si andrebbe incontro se alle parti si dovesse riconoscere il potere di eliminare *ex tunc* il loro precedente accordo. La sicurezza degli affari sarebbe irreparabilmente pregiudicata, perché gli aventi causa di ciascun contraente potrebbero ad ogni istante esser privati dei loro diritti»; E.T. LIEBMAN, *op. loc. ultt. citt.*; W. BIGIAMI, *op. loc. ultt. citt.*; A. FEDELE, *op. cit.*, p. 297 s.

²³⁰ Fondamentale, a tal riguardo, il lavoro di A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., *passim* e spec. p. 162-171, ma v. pure: A. SRAFFA, *Mutuo dissenso e remissione del debito*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, p. 9, ove afferma chiaramente che «nel *mutuus dissensus* non si tratta già di una disposizione che altri eserciti sul proprio diritto, ma di annientamento di un contratto bilaterale e consensuale già costituito per modo che il contratto si considera come non mai esistito»; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, XV, t. 2, Torino, 1952, p. 25; F. MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 815; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 217 s.; G. CAPOZZI, *Il mutuo dissenso nella pratica notarile*, in *Vita not.*, 1993, p. 635 ss.; L. D'ALESSANDRO, *La forma del contratto risolutorio di preliminare formale*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 5; G. DE NOVA, *Il recesso*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di P. Rescigno, X, t. 2, Torino, 1995, p. 638; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, p. 539 s.; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., III, p. 735 s.; M. GIROLAMI, *Risoluzione, mutuo dissenso e tutela dei terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 210 ss.; con specifico riferimento al mutuo dissenso di

autorevoli, voci contrarie²³¹), la quale configura la fattispecie in questione quale contratto estintivo o risolutorio di precedente contratto (anche ad effetti reali già prodotti).

donazione traslativa, A. MAGNANI, *La risoluzione della donazione per mutuo dissenso (un rimedio alla potenziale incommerciabilità degli immobili provenienti da donazione)*, in *Riv. not.*, 2004, spec. p. 119 ss. e p. 127 ss.; ID., *La «risoluzione per mutuo dissenso» totale e parziale di donazione di immobili trascritta da meno di vent'anni*, in *Riv. not.*, 2/2017, p. 405 ss. F. ALCARO, *Il mutuo dissenso*, in *Studi e Materiali del Consiglio Nazionale del Notariato*, 2013, p. 643 ss.; ID., *Il mutuo dissenso*, cit., *Effetti del contratto*, p. 68 ss. e spec. p. 82 s.; F. MAGLIULO, *La natura del mutuo dissenso nei contratti con effetti reali*, in *Not.*, 2/2013, spec. p. 144 s.; M. CEOLIN, *Sul mutuo dissenso in generale e, in specie, parziale del contratto di donazione*, *Studio CNN* n. 52-2014/C, p. 4; M.A. CASINO, *Il mutuo dissenso immobiliare*, in *Not.*, 4/2020, p. 433 s.

In giurisprudenza, *ex pluribus*, Cass. 6 ottobre 2011, n. 20445, in *Giust. civ.*, 2012, p. 2043 ss. (con nota di D. Coronella); Cass. 30 agosto 2005, n. 17503, in *Giust. civ. Mass.* 2005, p.10; Cass. 11 dicembre 1998, n. 12476, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 2565; Cass. 6 giugno 1988, n. 3816, in *Riv. not.*, 1989, p. 219.

Cfr., per la dottrina tedesca, tra gli altri, HAPPEK, *Wesen und Bedeutung des contrarius consensus nach römischem Recht und BGB, insbesondere bei erfüllten Verträgen*, *ArchBürgR* 35, 1910, p. 417 ss.; OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, I (§§241-432), 5. Aufl, Berlin 1928, *Vorbemerkung* § 362, 1 b, α, p. 360 s.; ENNECCERUS u. LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 14. Aufl., Tübingen 1954, sub § 74, I, 3, p. 285; SCHLÜTER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 2a, *Schuldrecht Allgemeiner Teil* (§§ 241-432), 5. Aufl, München 2007, sub § 397, Rn. 18, p. 2454.

²³¹ F. GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 1008, secondo il quale con il mutuo dissenso «è possibile porre nel nulla gli effetti di un contratto traslativo o costitutivo solo se essi non si siano ancora prodotti (si pensi all'ipotesi di c.d. vendita obbligatoria o sottoposta a condizione sospensiva o a termine iniziale). Altrimenti si ritiene debba procedersi alla stipula di un contratto uguale e contrario a quello che si intende eliminare. Ma in realtà questo ritrasferimento non può avere causa di vendita, donazione o permuta, perché è solo l'effetto del contratto risolutorio, il quale se, da un lato, elimina il precedente rapporto, dall'altro obbliga a concludere l'atto di ritrasferimento *solutionis causa*, giustificato, cioè, dal pregresso accordo. Si tratterà dunque di un c.d. pagamento traslativo, a fronte del quale (se c'era onerosità) si situa l'atto solutorio della

Per poter giungere a tale conclusione, bisogna necessariamente aderire, come mostra di fare la dottrina in parola²³², a quell'orientamento che non esaurisce la giuridicità del fatto nella sua efficacia²³³, ma che individua tale giuridicità anzitutto

restituzione di quanto ricevuto, entrambi a struttura unilaterale collegati tra loro»; ID., *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 356; G. FREZZA, *Annotazioni. Cancellazioni. Titolo e nota di trascrizione. Formalità e procedimento (Artt. 2654-2682)*, cit., p. 47. Cfr. pure F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 874; C. MAIORCA, *Della trascrizione*, cit., p. 99; L. FERRI e P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 372. *Contra* P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, III, *Gli effetti*, a cura di M. Costanza, Milano, 2006 p. 99 s. il quale osserva che «il contratto di alienazione non costituisce solamente la “giusta causa” dell’attribuzione patrimoniale (*titulus acquirendi*), ma anche l’atto che la realizza (*modus operandi*): risoluto tale contratto, non può non venire meno il relativo effetto derivativo».

In giurisprudenza, v. il già citato Trib. Catania, 26 gennaio 1983.

²³² Cfr. A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., p. 167 s.

²³³ Così, invece, tra gli altri, M. TALAMANCA, *Osservazioni sulla struttura del negozio di revoca*, cit., p. 160, ove sostiene che «un fatto storico si qualifica come giuridico in quanto produce degli effetti giuridici»; D. RUBINO, *La fattispecie*, cit., p. 193, nota 5; S. PIRAS, *La rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1940, p. 159; A. FEDELE, *La invalidità*, cit., p. 270 ss.; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962, p. 204. Cfr. pure P. GASPARRI, *Appunti in tema di validità*, cit., p. 287, nota 18; R. CORRADO, *Studi sul licenziamento*, Torino, 1950, p. 84; E. REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, cit., p. 12 s.; R. ALESSI, *La revoca*, cit., p. 8 ss.; V.M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, p. 14 ss.; N. IRTI, voce *Rilevanza giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 1094 ss. Cfr. altresì F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 103, per il quale sono giuridici quei fatti «produttivi di un evento giuridico, consistente particolarmente nella costituzione, nella modificazione o nell'estinzione di un rapporto giuridico, oppure nella sostituzione di un nuovo rapporto a un rapporto preesistente; o altrimenti nella qualificazione di una persona, di una cosa o di un altro fatto. Non rientrano nella categoria dei fatti giuridici gli atti meramente leciti, cioè quelli, che, pur essendo consentiti dal diritto, non determinano tuttavia un evento giuridico»; Salv. ROMANO, *La revoca*, cit., p. 19 ss.; ID., *Autonomia privata*, Milano, 1957, p. 112; Santi ROMANO, *Osservazioni sulla invalidità successiva degli atti amministrativi*, in *Scritti minori*, II, Milano, 1950, p. 337 ss.; G. GORLA, *Del rischio e del pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, p. 135 s.; F. CARNELUTTI, *Teoria*

generale del diritto, cit., p. 345; G. DEIANA, *Contrarius consensus*, cit., p. 106; M. ALLARA, *Le fattispecie estintive*, cit., p. 29 s.; ID., *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, Torino, 1951, p. 72 ss.

nella rilevanza attribuita al fatto quale oggetto di valutazione normativa²³⁴, in tal modo consentendo in astratto alle parti di operare tanto sul negozio quanto sui soli effetti²³⁵.

²³⁴ R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 331 ss.; A. CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 433 ss.; A. AURICCHIO, *La simulazione nel negozio giuridico*, cit., p. 61. Cfr. pure N. IRTI, *Rilevanza giuridica in Jus*, 1967, p. 66 ss., nonché A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 483, il quale osserva che «rilevanza ed efficacia, se si distinguono per il loro diverso contenuto, sono però legate da nessi strettissimi e da una coordinazione necessaria. Deve restare soprattutto ben chiaro che la rilevanza non può esaurire la giuridicità del fatto e che essa è essenzialmente preordinata in funzione dell'efficacia. Nessun significato potrebbe riconoscersi alla rilevanza dell'interesse e del fatto che lo costituisce ed esprime se si disconoscesse che essa rappresenta la premessa al momento necessario dell'efficacia, perché è in quest'ultimo e in esso soltanto che l'interesse può trovare realizzazione»; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, (rist.) Napoli, 2010, p. 66 ss.: «Si dice che un fatto esiste per il diritto in quanto sia giuridicamente rilevante. La rilevanza giuridica è infatti la risultante di quel processo qualificativo per cui il fatto si riconosce rispondente - nei suoi elementi - a un dato schema normativo. D'altra parte, se tale rilevanza del fatto per la norma deve potersi misurare rispetto a un qualche effetto giuridico, è anche chiaro che ad ogni fatto giuridicamente rilevante deve poter corrispondere, in quanto tale, una conseguenza giuridica: è la natura di essa che può mutare; ma è sicuro il dire che non possa mancare. Ora, dove il negozio consente di isolare e distinguere dal punto di vista cronologico i due momenti della perfezione e della efficacia [...] è dato cogliere due diversi aspetti di qualificazione del fatto rispetto alla norma [...]: il negozio come fatto giuridico a sé compiuto, seppure incapace di dispiegare il regolamento di interessi che ha ad oggetto; e la situazione giuridica finale o d'efficacia, che si compie allorché sopravvenga al negozio l'elemento estrinseco previsto dalla norma a concausa dell'effetto tipico (o finale) del negozio medesimo»; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, XV, t. 2, Torino, 1960, p. 249 ss.; V. SCALISI, voce *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 323: «La dottrina meno recente non distingue inefficacia da irrilevanza. L'inefficacia appare l'esito necessario della irrilevanza. Almeno due sono i motivi di tale atteggiamento: la definizione del fatto giuridico come causa degli effetti giuridici, da un verso; il principio di simultaneità della causa e del correlativo

effetto, dall'altro. Oggi è però acquisito che le due figure non coincidono»; P. PERLINGIERI, *Manuale*, cit., p. 68 s.: «Rilevanza ed efficacia sono distinte. Rilevante è il fatto valutato da norme giuridiche; efficace è il fatto al quale sono collegabili effetti giuridici, cioè la nascita, la modificazione o l'estinzione di situazioni soggettive. Nessun fatto può essere efficace se non è rilevante; un fatto può essere rilevante, ma non efficace. [...] Fatto rilevante è – non soltanto quello produttivo di conseguenze giuridiche ben individuabili, ma – ogni fatto che, in quanto espressione positiva (fatto lecito) o negativa (fatto illecito) di regole o di principi presenti nell'ordinamento, abbia una sua significatività secondo il diritto».

²³⁵ Un esempio di atto capace di operare sulla rilevanza giuridica del negozio sarebbe dato, secondo la dottrina prevalente, dalla revoca. In questo senso, v. G. DEIANA, *Contrarius consensus*, cit., p. 106 ss.; LACALAMITA, *Revoca degli atti giuridici*, in *Enc. forense*, VI, 1961, 440 ss.; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, Milano, 1966, p. 186 ss.; A. GIORDANO MONDELLO, *Il testamento per relazione. Contributo alla teoria del negozio per relationem*, Milano, 1966, p. 158, sostiene che la revoca influisca sulla rilevanza dell'atto, «interdicendo alla fattispecie su cui opera la sua giuridicità», lasciandone in vita la «mera esistenza fenomenica»; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 693 s.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, p. 286 e nota 34; C. VARRONE, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1972, p. 42 ss.; V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, 398 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, XV, t. 2, rist., Torino, 1952, p. 251 ss.; G. MINERVINI, *Il mandato. La commissione. La spedizione*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1952, p. 182; A. CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano-Varese, 1960, p. 646 s.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 217 s.; R. CORRADO, *Studi sul licenziamento*, cit., p. 83 s.; A. DE CUPIS, *Il recesso unilaterale dal contratto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1939, p. 215; A. AURICCHIO, *L'art. 1399 cod. civ. e il recesso del terzo*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, II, p. 40; N. DISTASO, *I contratti in generale*, II, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, diretta da W. Bigiavi, Torino, 1966, p. 946; G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Milano, 1962, p. 123; G. D'AMICO, voce *Revoca delle disposizioni testamentarie*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 234 s., il quale tuttavia ritiene che di revoca in senso proprio possa parlarsi solo allorquando l'atto da revocare non abbia prodotto tutti i suoi effetti.

Contra, RUBINO, *La fattispecie*, cit., p. 192, nota 5; R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, cit., p. 64 s.; M. TALAMANCA, *Osservazioni*, cit., p. 150 ss.; A. FEDELE, *La*

Sulla base di siffatta premessa, allora, la funzione assolta dal mutuo dissenso sarebbe l'eliminazione o la distruzione²³⁶ del negozio inteso quale fatto giuridico e, più precisamente, la rimozione della sua rilevanza, cioè del valore²³⁷ che esso esprime all'interno dell'ordinamento²³⁸. Ciò sarebbe possibile anche laddove gli

invalidità, cit., p. 141 ss., p. 201 ss.; L. FERRI, voce *Revoca (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 198 s., ove afferma chiaramente che «revocare l'atto o eliminare gli effetti dell'atto è, in sostanza, la stessa cosa. A ben vedere, la revoca, così come il recesso, incidono sempre sulle conseguenze giuridiche dell'atto, non sull'atto in sé considerato, che, come accadimento storico, non può mai essere cancellato»; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., III, p. 734.

²³⁶ Cfr. F. CARNELUTTI, *Distruzione o destinazione alla distruzione del testamento olografo*, in *Foro it.*, IV, cc. 97 ss.

²³⁷ Tra coloro che concepiscono il negozio come sintesi di elemento descrittivo e valutativo, cioè di fatto e valore, v., pur con le dovute differenze, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 39 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 92 ss.; A. AURICCHIO, *La simulazione*, cit., p. 9 ss. e 191 ss.; A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, cit., p. 938 nota 99; N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, p. 27; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 82; A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 187; G. PIAZZA, *L'identificazione del soggetto nel negozio giuridico*, Napoli, 1967, p. 143; P. SCHLESINGER, voce *Dichiarazione (Teoria, gen)* in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 380 e nota 54; G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 27 ss.; B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione*, cit., p. 21 ss.

²³⁸ È questa la prospettiva accolta da A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., p. 168 s.: «Dal momento che [...] la “cessazione” del negozio giuridico non potrebbe mai investire l'elemento materiale di questo ma unicamente il suo momento formale, il suo “ritiro”, lungi dal potersi configurare come “cancellazione” del momento strutturale del negozio o come distruzione del “fatto”, altro non potrebbe significare se non la *rimozione della specifica essenza formale che “lo determina ed isola dagli altri fenomeni”* [N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, cit., p. 66]. In quest'ordine di idee, considerato – com'è comunemente ammesso – che l'essenza del negozio consiste nel suo essere atto di autonomia, “criterio ordinante” oltre che “fatto”, “ritiro” del negozio giuridico non potrebbe significare che *rimozione del “valore” che in esso si esprime*, qualunque sia la specifica configurazione che di questo si voglia accogliere (autoregolamento impegnativo, regola, norma, precetto, comando, ecc.). In ognuna di queste usuali

effetti negoziali si siano già del tutto esauriti, in quanto «il contratto non si estingue con l'esecuzione delle sue prescrizioni, come invece l'obbligazione a seguito dell'adempimento, ma continua ad essere assoggettato come tale alla disciplina legale per ogni questione che venisse a sorgere sulla sua base. Ed anche a voler contestare questo assunto, la mera affermazione che la fattispecie resti come dato oggettivo giustificativo della irripetibilità delle prestazioni eseguite sembra sufficiente in sé a far concludere che la stessa fattispecie possa anche essere idonea a fondare un interesse eliminativo della medesima in capo alle parti. Il che è come dire che se il contratto esiste per giustificare il passato, esiste anche per giustificare una sua cancellazione *ex post*, fungendo da sostanza per un negozio risolutivo, se ciò risponde all'interesse dei contraenti»²³⁹.

configurazioni, v'è, infatti, il riconoscimento dell'essenza del negozio nel suo porsi come “valore” (ordinante), come “misura” degli effetti che ad esso si riannodano. In questa prospettiva, non sembra quindi possa dubitarsi della sostanziale validità delle conclusioni di coloro che, muovendo dalla distinzione tra “controperare” sul negozio e “controperare” sui soli effetti, identificano il primo fenomeno (sia pure con varietà di formulazioni) con l'elisione del “precepto dell'autonomia privata”, con l'eliminazione dell'autoregolamento impegnativo o con la soppressione del “valore regolamentare” dell'atto». Cfr. pure V. SCALISI, voce *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 373, il quale ragionando intorno alla categoria dell'inefficacia successiva del negozio, osserva che «l'incidenza dell'interesse posteriore incompatibile si manifesta, prima che sull'effetto, direttamente sul negozio, il quale, anche se strutturalmente completo, diviene funzionalmente inidoneo a realizzare il proprio effetto. *In questo senso revoca e mutuo dissenso sono riferibili al piano dell'atto[...]*». Corsivo aggiunto. V. pure R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di G. Grosso e F. Santoro Passarelli, Milano, 1966, p. 205.

²³⁹ M. GIROLAMI, *Risoluzione, mutuo dissenso e tutela dei terzi*, cit., p. 212, ove, proseguendo, si domanda «sotto il profilo essenzialmente logico, poi, perché mai si dovrebbe pensare che le parti possano avere interesse a cancellare solo un negozio non eseguito o non del tutto eseguito, e non invece (e forse, anzi, a maggior ragione) un negozio che abbia già prodotto

L'utilità di tale ricostruzione può cogliersi in misura massima in quei casi in cui il negozio, benché validamente concluso, non abbia per il momento prodotto alcun effetto (fatto salvo l'effetto contrattuale minimo, quello della vincolatività), basti pensare ad una compravendita sottoposta a condizione sospensiva non ancora avveratasi. In una simile ipotesi, acquirente e venditore, non potendo operare sugli effetti del negozio, ed invece di attendere il verificarsi dell'evento condizionale per poterli neutralizzare²⁴⁰, ben potrebbero agire, a monte ed immediatamente, sulla «regola negoziale, la cui eliminazione fa sì che l'avverarsi della condizione,

tutti i suoi effetti, che in seguito non soddisfano più? Ci sfugge cioè quale differenza vi sia dal punto di vista concettuale tra lo scioglimento di un negozio solo parzialmente eseguito e lo scioglimento di un negozio del tutto eseguito, nel momento in cui comunque non risponda più all'interesse dei contraenti». Aderisce, F. ALCARO, *Il mutuo dissenso*, cit., *Effetti del contratto*, p. 72 s., per il quale, «la realizzazione del regolamento contrattuale, implicando la modificazione della sfera giuridica delle parti contraenti, con conseguente suo consolidamento, non fa venire meno per questo il titolo giustificativo, che ne è a fondamento. Si può allora ritenere che rimanga nella disponibilità delle parti il potere di scioglimento, restando in vita la fonte costitutiva dell'assetto di interessi instaurato che, quindi, possa ben costituire l'oggetto del mutuo dissenso». Cfr. pure M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, I, *Efficacia del contratto e "recesso unilaterale"*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1998, p. 37, per la quale la possibilità di stipulare un mutuo dissenso di contratto a rapporto già esaurito si dovrebbe desumere già dall'art. 1372 c.c. che fa riferimento, in generale, ad ogni tipologia contrattuale. Qualora, infatti, si interpretasse restrittivamente il precetto di tale norma, limitandolo ai soli contratti ad esecuzione non immediata, si andrebbe ad inserire un limite che la previsione legislativa non riporta.

²⁴⁰ In base alla teoria che si preferisca, o, direttamente, con un negozio a controvicenda, ove acquirente e venditore si scambiano i ruoli oppure, prima mediante un negozio di scioglimento volontario e, solo dopo, operando i ritrasferimenti *solutionis causa*.

trovando un atto di autonomia ormai “giuridicamente inerte”, non possa determinare il prodursi degli effetti negoziali»²⁴¹.

Così, data la possibilità ontologica di operare sulla regola negoziale, invece che sui suoi effetti, privandola dell’originario valore e dimostrata altresì l’utilità pratica di tale modo di ragionare intorno al mutuo dissenso, la dottrina in commento si preoccupa di rispondere dell’asserita impossibilità logica nonché della presunta eccezionalità del fenomeno retroattivo.

Quanto alla prima, non v’è dubbio che il volere umano non possa, quand’anche sotto le sembianze della negozialità, disfare o modificare un fatto empirico che appartenga al passato. Ma arrestando qui il ragionamento si mancherebbe di rilevare due dati essenziali: il primo, che la retroattività altro non rappresenta se non un particolare atteggiarsi dell’effetto giuridico²⁴², il quale è entità puramente ideale e, in quanto tale, inidonea ad operare nel mondo sensibile; il secondo, che il diritto è «un fenomeno di ordine spirituale, è un valore»²⁴³. La retroattività si rivela, allora,

²⁴¹ Così, ancora, A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., p. 173, il quale rileva che in tutti quei casi in cui l’efficacia del contratto sia sospesa o differita, anche solo in parte, come si verifica, ad es., nella vendita di cosa generica, di cosa altrui o di cosa futura, «la configurazione di un congegno effettuale del *contrarius actus* consistente nell’eliminazione diretta del primo negozio costituisce l’unica costruzione tecnicamente plausibile e, al tempo stesso, l’unica adeguata rispetto all’intento empirico perseguito dai suoi autori» (p. 175).

²⁴² Cfr. D. BARBERO, *Sistema*, cit., I, p. 515; M. ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1950, p. 225; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 674 s.; F. CHIOMENTI, *La revoca delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1969, p. 61 ss.; C. FERRI, *Profili dell’accertamento costitutivo*, Padova, 1970, p. 188 s.; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 31, secondo cui «retroattività significa efficacia di un fatto idoneo a modificare la situazione giuridica esistente da un momento anteriore a quello in cui il fatto si è verificato».

²⁴³ F. CHIOMENTI, *op. loc. ultt. citt.*

ben possibile, poiché essa, operando esclusivamente sul piano metafisico, toglie «ad un determinato fatto storico, come tale ineliminabile, un determinato valore, il valore che esso ha nell'ordinamento giuridico»²⁴⁴.

Questi rilievi tornano utili anche a sconfessare la pretesa eccezionalità del fenomeno retroattivo. Ricondotto quest'ultimo nel campo dell'efficacia e, per quel che qui interessa, segnatamente dell'efficacia negoziale, sarebbe irragionevole negare, proprio a chi è padrone²⁴⁵ di tali effetti, il potere di congegnarli di modo che si rivolgano (anche) al passato. Quella di retrodatare è, in effetti, una facoltà che rientra nella autonomia privata, la quale «come può differire o sospendere l'efficacia di un contratto, nulla toglie che possa prevedere che un effetto da ricollegare al momento del consenso debba retroagire ad un momento precedente»²⁴⁶. Tutto ciò, ovviamente, entro i limiti che la legge a quella stessa autonomia pone, quale, ad esempio, il principio di relatività di cui all'art. 1372² c.c., sicché la sfera giuridica dei terzi non potrà, di regola, esser pregiudicata in virtù del particolare congegno effettuale, salva l'applicazione, in ogni caso, delle norme di risoluzione dei conflitti²⁴⁷. Viepiù che «i diritti dei terzi costituiscono, non un

²⁴⁴ F. CHIOMENTI, *op. loc. ultt. citt.*

²⁴⁵ Cfr. gli autori citati alla nota 225.

²⁴⁶ P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Camerino, 1972, p. 101. Ma v. pure F. CHIOMENTI, *La revoca*, cit., p. 58 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 16; F. SANTORO PASSARELLI, *op. loc. ultt. citt.*; M. BIN, *La diseredazione: contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1966, p. 215; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 205; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, p. 83 ss.

²⁴⁷ Cfr. D. BARBERO, *Sistema*, cit., I, p. 515, il quale rileva che «se questi effetti toccano terze persone, certo la cosa non è possibile se non per ordine della legge, ma nei rapporti fra i privati è sovrano l'intento»; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., III, p. 739, ove, in tema di diritto

limite esclusivo e specifico all'operatività dell'effetto retroattivo, bensì in confronto a tutti i tipi di effetti contrattuali»²⁴⁸, sicché il rapporto tra retroattività negoziale e i terzi dovrebbe essere più correttamente ricondotto al rapporto, più generale, tra effetti negoziali *tout court* e terzi, la cui regola fondamentale si rinviene, come detto, nel principio di intangibilità della sfera giuridica altrui.

La ricostruzione dogmatica del mutuo dissenso quale contratto estintivo o solutorio troverebbe conferma anche sul piano del diritto positivo. Vengono a tal riguardo comunemente richiamati²⁴⁹ l'art. 1321 c.c., che annovera l'estinzione tra gli effetti che il contratto è idoneo a produrre e l'art. 1372 c.c., unica norma che menziona espressamente la figura negoziale in parola laddove stabilisce che il contratto «non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge».

È stato tuttavia sostenuto che, a ben vedere, l'utilità di queste due norme sarebbe alquanto limitata, occupandosi, in realtà, di risolvere il solo problema dell'ammissibilità della fattispecie e non offrendo, per converso, indicazioni significative per l'individuazione, tra l'altro, della funzione e dell'efficacia²⁵⁰.

convenzionale di recesso da contratto ad effetti reali già verificatisi, nel criticare l'orientamento che nega tale possibilità ai privati, afferma: «Si è voluto trarre argomento anche dalla necessità di salvaguardare i terzi dal pregiudizio dell'efficacia retroattiva reale dell'estinzione del contratto. Neppure questo argomento è valido, posto che l'efficacia reale della retroattività del recesso non può comunque travolgere i diritti dei terzi sorti in base ad atti opponibili alle parti». Sul punto, v. pure G. DE NOVA, voce *Recesso*, in *Dig., discipl. priv., Sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 315.

²⁴⁸ A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., p. 113.

²⁴⁹ Cfr. M.C. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2015, p. 517.

²⁵⁰ Cfr. in tal senso A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., p. 30 s.

Più convincente sembrerebbe invece il richiamo all'art. 1373 c.c. il quale, prevedendo al primo comma che il recesso convenzionale è esercitabile fintantoché il contratto non abbia avuto principio di esecuzione, all'ultimo comma fa, tuttavia, salvo in ogni caso il patto contrario. Proprio tale ultima disposizione consentirebbe alle parti di derogare alla regola generale di cui al primo comma, convenendo espressamente l'esercitabilità del recesso anche laddove l'esecuzione del contratto abbia avuto non solo principio, ma addirittura conclusione²⁵¹. Non potendo, in tal caso, il recesso operare sulla vicenda effettuale già conclusasi, al fine di garantire piena soddisfazione all'interesse che ha giustificato l'inserimento della clausola convenzionale, esso dovrà necessariamente operare sulla fonte della vicenda, cioè

²⁵¹ Così, pur con le dovute differenze, tra gli altri, D. RUBINO, *La compravendita*, I, cit., p.807 e II, cit., p. 1082 s.; ID., *Recesso e scioglimento retroattivo per dichiarazione unilaterale di volontà*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, 3°, p. 247, per il quale, in caso di contratto ad effetti reali immediati, il recesso da quest'ultimo si sostanzierebbe in una revoca in virtù della necessaria efficacia retroattiva dell'atto; D. BARBERO, *Sistema*, I, cit., p. 481; F. CHIOMENTI, *La revoca*, cit., p. 48 ss.; G. GABRIELLI, *op.loc. ultt. citt.*, p. 83 ss.; ID. e F. PADOVINI, voce *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 39; G. DE NOVA, *Recesso*, cit., p. 315; C.M. BIANCA, *op. loc. ultt. citt.*; A. DI MAJO GIAQUINTO, *Recesso unilaterale e principio di esecuzione*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, p. 112 s.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 290 s.

In giurisprudenza, cfr., Cass. 25 gennaio 1992, n. 812, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, col. 128; Cass. 24 gennaio 1980, n. 588, in *Riv. not.*, 1980, p. 953; Cass. 15 settembre 1999, n. 9840, in *Giur. it.*, 2000, p. 1161.

Contra, W. D'AVANZO, voce *Recesso (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1967, p. 1030; G. LAVAGGI, *Osservazioni sul recesso unilaterale dal contratto*, nota a Cass. 9 luglio 1949, n. 1740, in *Foro it.*, 1950, I, c. 1054; A. FEDELE, *La invalidità*, cit., p. 299 s.; F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 846 ss.; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 1009, il quale ritiene invece possibile apporre al contratto una condizione risolutiva potestativa «la cui efficacia retroattiva è disposta dalla legge, mentre una retroattività reale non potrebbe discendere da un atto unilaterale di parte come il recesso».

sul negozio, rimuovendolo con efficacia evidentemente retroattiva²⁵². Ora, se ciò è possibile in virtù di un negozio unilaterale, quale il recesso (*rectius*, revoca, se si accetta la distinzione²⁵³ basata sull'oggetto del negozio: il rapporto il primo, l'atto la seconda), a maggior ragione, si afferma, dovrebbe ammettersi la possibilità che il contratto venga estinto dalla concorde volontà dei contraenti originari, mediante un negozio plurilaterale²⁵⁴. Tra recesso convenzionale da contratto ad effetti reali immediati e mutuo dissenso sussisterebbe, allora, una diversità di struttura, unilaterale la prima, plurilaterale la seconda, ma non di funzione; la funzione è sempre la medesima, la rimozione *ab origine* della precedente regola negoziale. Solo che, nel caso del recesso convenzionale, l'unilateralità è giustificata dalla circostanza che la parte che subirebbe il recesso ha già prestato il suo consenso all'estinzione del contratto nel momento in cui ha accettato l'inserimento della

²⁵² P. PERLINGIERI, *Manuale*, cit., p. 76: «L'effetto c.d. eliminativo è un effetto estintivo retroattivo: la situazione soggettiva è estinta e in più si considera tale situazione come mai esistita. Un esempio è la revoca della stipulazione a favore di terzi». L'A. tuttavia non attribuisce al mutuo dissenso di contratto ad effetti reali tale funzione, aderendo invece alla teoria del negozio a controvicenda (p. 607 s.).

²⁵³ Cfr., per i diversi orientamenti, gli autori citati alla nota 229.

Per l'orientamento che, invece, concepisce la revoca, insieme ad altre fattispecie, quale «fatto impeditivo» degli effetti del negozio contro cui si dirige, cfr. M. TALAMANCA, *Osservazioni*, cit., p. 158 ss.; A. FEDELE, *La invalidità*, cit., p. 143 ss.; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti*, cit., p. 193 s.; M. ALLARA, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, cit., p. 73 ss.; Salv. ROMANO, *La revoca*, cit., p. 52. La costruzione dogmatica del fatto impeditivo poggia evidentemente sull'assunto che la giuridicità del fatto si esaurisca nei suoi effetti. Sul tema v. gli autori citati alla nota 223.

²⁵⁴ Così, A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., p. 84 s., 162 s.

clausola di recesso²⁵⁵. Qualora, invece, tale consenso, per così dire, preventivo manchi, esso dovrà esser recuperato all'interno di una fattispecie necessariamente plurilaterale, comunemente denominata mutuo dissenso²⁵⁶.

²⁵⁵ G. GABRIELLI e F. PADOVINI, voce *Recesso*, cit., p. 28: «Il potere di recesso può trovare la propria fonte non solo nella disciplina legale di un rapporto, ma anche nell'accordo tra le parti. Un esplicito riconoscimento della fonte convenzionale è nell'art. 1373 c.c.[...]; riconoscimento che, per la collocazione dell'art. 1373 c.c. il quale segue la norma generale sul mutuo dissenso, sottolinea l'affinità tra le due figure, giacché il recesso pattizio può essere agevolmente qualificato come patto di opzione relativo ad un accordo di mutuo dissenso». In quest'ultimo senso, v. pure S. SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965, p. 137 s.; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 82 ss.

²⁵⁶ Quanto sostenuto dalla dottrina in commento trova giustificazione nel principio di variabilità della struttura, sul quale v. P. PERLINGIERI, *Manuale*, cit., p. 73 s., ove asserisce che «una medesima funzione si realizza mediante più strutture. Ogni volta che si debba produrre un certo effetto (o un insieme ordinato di effetti) il soggetto portatore dell'interesse tutelato deve partecipare alla struttura del fatto che deve produrre quell'effetto. La variabilità della struttura negoziale dipende dalla funzione e dai rapporti [...] sui quali l'atto incide»; ID., *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968, p. 167 ss.; C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 392 ss.; D. RUBINO, *La fattispecie*, cit., p. 82; R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, cit., p. 342. Con specifico riferimento alla variabilità strutturale della revoca, v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 251. Considera invece «poco tranquillante» la tesi della variabilità della struttura della revoca, P. SPADA, *Recensione a Chiomenti (La revoca delle deliberazioni assembleari, cit.)*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, p. 389.

2. Il mutuo dissenso. La pubblicità.

Brevemente illustrate le ricostruzioni elaborate dalla dottrina circa la natura giuridica del mutuo dissenso, deve ora darsi conto del trattamento pubblicitario²⁵⁷ cui tale fattispecie, qualora abbia ad oggetto un precedente contratto ad effetti reali immediati, sia da ritenersi assoggettato.

Come già accennato, le soluzioni a tal riguardo indicate si dimostrano condizionate dalla natura e, quindi, dal tipo di vicenda che si intendano riferire al negozio in parola.

Se, infatti, si decidesse di aderire alla teoria che configura il mutuo dissenso di contratto ad effetti reali (immediati) quale negozio a controvicenda, cioè di contenuto uguale ma a parti invertite, ne deriverebbe la applicazione al *contrarius actus* della medesima disciplina pubblicitaria già richiesta per il precedente contratto che si intenda «sciogliere»²⁵⁸. Così, se in principio le parti avevano

²⁵⁷ Sul quale, per una panoramica delle varie soluzioni, v. G. FREZZA, *Annotazioni*, cit., p. 44 ss.

²⁵⁸ In questo senso, G. DEIANA, *Contrarius consensus*, cit., p. 162: «Per quanto riguarda la formalità della trascrizione, il contrario consenso sarà sottoposto ad essa, ogni qualvolta rientri in una delle categorie di contratti per i quali la legge esige questa formalità. Al contrario consenso si applicherà anche il principio dell'art. 1942 cod. civ.»; N. COVIELLO, *Della*

stipulato una vendita immobiliare, trascritta ai sensi dell'art. 2643, n. 1 c.c. e, sopraggiunta o rilevata *ab origine* una divergenza tra gli interessi individuali e il programma contrattuale²⁵⁹, si decidano per risolverla di comune accordo, ebbene esse dovrebbero porre in essere un'ulteriore vendita, con la quale l'acquirente (ri)trasferisca il medesimo diritto all'alienante, da trascriversi parimenti ai sensi dell'art. 2643, n. 1 c.c.

A conclusioni non troppo dissimili giunge chi invece ritiene che, nell'ipotesi di contratto ad effetti reali, il mutuo dissenso non si concreterebbe in un negozio a controvicenda, bensì in un atto di risoluzione del precedente rapporto (*id est*, dei suoi effetti) dal quale nascerebbe l'obbligo (per una o entrambe le parti, a seconda che si tratti di contratto gratuito o oneroso) di restituire quanto in precedenza conseguito²⁶⁰. Tale obbligo andrebbe poi soddisfatto mediante apposito negozio di

trascrizione, II, Napoli-Torino, 1910, p. 18 ss.; C. MAIORCA, *op. loc. ultt. citt.*; L. FERRI, *Della trascrizione immobiliare*, cit., p. 300, secondo il quale il mutuo dissenso «determina il ritorno del diritto alienato all'alienante, se mira a sciogliere un contratto di alienazione; determina l'estinzione della servitù, se diretto ad eliminare gli effetti di un contratto costitutivo di servitù, ecc.; perciò ci sembra che qui debba intervenire la trascrizione a sensi dell'art. 2643 n. 1, nel primo caso, e n. 5 dello stesso articolo, nel secondo caso, e non già l'annotazione. [...] È vero che l'annotazione potrebbe bastare a mettere in guardia i terzi, ma questa non è prevista per tale contratto mentre la trascrizione la si può considerare prescritta dall'art. 2643, come trascrizione di un nuovo trasferimento di proprietà o atto di rinuncia»; F.S. GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 544 s. Cfr. pure G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 171.

²⁵⁹ Osserva R. ALESSI, *La revoca*, cit., p. 4 e ID. voce *Revoca (Diritto amministrativo)*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 803, che la divergenza può infatti essere tanto originaria, allorché le parti abbiano malamente valutato l'idoneità del negozio a soddisfare i propri interessi, quanto sopravvenuta se, per avventura, le circostanze che inizialmente le determinarono a compiere il negozio siano in séguito mutate.

²⁶⁰ V. gli autori citati *supra*, alla nota 231.

adempimento traslativo, a struttura unilaterale, da trasciversi²⁶¹ non già ai sensi dell'art. 2643 c.c. ma ai sensi dell'art. 2645 c.c., in quanto «altro atto [...] che produce in relazione ai beni immobili o a diritti immobiliari taluno degli effetti dei contratti menzionati nell'art. 2643».

Diversamente, a voler seguire l'orientamento che rinviene nel negozio *de quo* un effetto eliminativo retroattivo del precedente contratto, si pone il problema di individuare la norma che ne disciplini la pubblicità. Non l'art. 2643 c.c. e tantomeno l'art. 2645 c.c., in quanto nessuno dei due contempla il suddetto effetto eliminativo, se è vero, come sostenuto dai più, che oggetto della segnalazione è sempre e comunque il mutamento giuridico che l'atto produce²⁶², cioè la vicenda che ne scaturisce, in base alla quale è da compiersi il procedimento di sussunzione della singola fattispecie concreta sotto la norma pubblicitaria di riferimento. Pertanto, la pubblicità del mutuo dissenso sarebbe disciplinata da un'altra norma e precisamente dall'art. 2655⁴ c.c. in virtù del quale deve annotarsi in margine alla nota di

²⁶¹ Cfr. F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., I, p. 356; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 212. Sembra aderire a tale impostazione anche G. FREZZA, *Annotazioni*, cit., p. 47.

²⁶² Così, tra i vari, U. NATOLI, *Della trascrizione*, cit., I, p. 31; L. FERRI, *Della trascrizione immobiliare*, cit., p. 27 s., ma già prima in ID., *Note introduttive ad uno studio sulla trascrizione immobiliare*, cit., p. 324 ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., I, p. 60; F.S. GENTILE, voce *Trascrizione*, cit., p. 519. *Contra*, nel senso che oggetto della segnalazione è l'atto o il fatto giuridico, N. COVIELLO, *Della trascrizione*, cit., I, p. 69; F. FERRARA, *L'ipoteca mobiliare ed insieme un contributo alla teoria della pubblicità*, Roma, 1932, p. 77; D. BARBERO, *Sistema*, cit., I, p. 457; A. PAVONE LA ROSA, *Registro delle imprese*, Milano, 1954, p. 56. Per F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, cit., p. 65 ss., oggetto di pubblicità pare essere, invece, il documento, ma altrove (p. 70), almeno con riguardo al sistema tavolare, afferma che «ciò che viene trascritto è la costituzione del diritto, il suo trasferimento o la sua modificazione».

trascrizione di precedente contratto anche la «convenzione da cui risulta» la nullità, l'annullamento, la risoluzione, la rescissione o la revoca di quest'ultimo²⁶³. Formulazione, quella della norma in questione, poco felice e che ha suscitato non pochi contrasti in dottrina, taluni assoggettando ad annotazione le sole convenzioni dichiarative²⁶⁴ (ad es., negozio di accertamento della nullità, della risoluzione, dell'annullamento), da cui cioè risulti (in senso strettamente giuridico) uno dei fatti sopra indicati; altri, invece, ammettendo tanto le convenzioni dichiarative, quanto quelle costitutive in senso lato²⁶⁵, con le quali le parti non si limitano a riconoscere

²⁶³ A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, p. 333 ss. e 363 ss.; F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, I, p. 357; G. CAPOZZI, *Il mutuo dissenso nei contratti ad effetti reali*, in *Studi in ricordo di Auricchio*, I, Napoli, 1983, p. 300 s.; M. GIROLAMI, *Risoluzione, mutuo dissenso e tutela dei terzi*, cit., p. 221 ss.; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 23; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 70 s.; ID., voce *Mutuo dissenso*, in *Enc. giur. Treccani*, 2004, p. 5; F. ALCARO, *Il mutuo dissenso*, cit., *Effetti del contratto*, p. 104 s.; (pare) U. NATOLI, *Della trascrizione*, cit., I, p. 179; A. MAGNANI, *La risoluzione della donazione per mutuo dissenso*, cit., p. 124; ID., *La «risoluzione per mutuo dissenso»*, cit., p. 424 ss.; F. PATTI, *Il mutuo dissenso* (art. 1372 c.c.), in *Vita not.*, 1999, p. 1663. Cfr. pure G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività*, cit., p. 191 s.

²⁶⁴ L. FERRI, *Della trascrizione immobiliare*, cit., p. 300: «Nulla vieta poi che le parti si accordino nello sciogliere un contratto già concluso; non crediamo però che un tale contratto risolutivo rientri tra le convenzioni in base alle quali si deve compiere annotamento: queste convenzioni sono solo quelle *da cui risulta* l'evento, non quindi le convenzioni con effetto risolutivo».

²⁶⁵ Tra i vari, v. U. NATOLI, *Della trascrizione*, cit., I, p. 179; C. MAIORCA, *Della trascrizione*, cit., p. 267 s.; R. NICOLÒ, *La trascrizione. Appunti dal corso di diritto civile*, a cura di D. Messinetti, III, Milano, 1973, p. 82 s.; A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., p. 363 ss. G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 170. Cfr. pure N. COVIELLO, *Della trascrizione*, cit., p. 194; R. NICOLÒ, *La trascrizione*, cit., III, p. 54 ss.; C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, p. 42 ss. e spec. 64; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, I, *La pronuncia di merito*, Milano, 1967, p. 303 s.; G.G. AULETTA, *La risoluzione*

un certo mutamento giuridico ma dispongono esse stesse il mutamento, proprio come nel caso del mutuo dissenso.

Venendo ora al profilo che più interessa, si pone il problema della modalità di risoluzione di eventuali conflitti che possano insorgere tra le parti del mutuo dissenso e i terzi titolari di diritti incompatibili.

A tal riguardo, è chiaro che ove il mutuo dissenso di compravendita sia congegnato quale atto di retrocessione o ritrasferimento, da trascriversi ai sensi dell'art. 2643, n.1 c.c., l'eventuale conflitto tra la parte che riacquista tale diritto ed il terzo che abbia *medio tempore* conseguito quel medesimo diritto dall'originario acquirente, dovrà risolversi, ai sensi dell'art. 2644 c.c., in favore di chi abbia per primo trascritto il proprio titolo, a tutti gli effetti figurandosi ambedue quali aventi causa dal medesimo autore²⁶⁶.

Qualche difficoltà in più, in tema di risoluzione di conflitti, si presenta qualora, ammettendo la figura del negozio eliminativo, si proceda all'annotazione del mutuo dissenso ai sensi dell'art. 2655 c.c.

per inadempimento, Napoli, 1980, p. 486 ss.; G. DEIANA, *Contrarius consensus*, cit., p. 129; E. ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto*, cit., p. 814 ss.

²⁶⁶ F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, I, p. 358: «In base alla trascrizione devono pertanto essere risolti i conflitti tra l'alienante che a seguito del mutuo dissenso si riappropria del diritto e aventi causa o creditori dell'originario acquirente. L'applicazione eventuale dell'art. 2643, se il mutuo dissenso implica o comunque presuppone un trasferimento inverso a quello risolto, dirimerà le controversie ai sensi dell'art. 2644, perché in buona sostanza l'originario alienante si presenterà di fronte ai terzi quale avente causa dall'originario acquirente»; F.S. GENTILE, *op. ult. cit.*, p. 544 s.; (implicitamente) L. FERRI, *op. loc. ultt. citt.*; E. ENRIETTI, *op. loc. ultt. citt.* Cfr., altresì. A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 364 ss.

Riprendendo l'esempio di cui sopra, il conflitto tra l'originario alienante e i terzi che abbiano *medio tempore* conseguito diritti incompatibili dall'originario acquirente non potrebbe esser risolto a mezzo dell'art. 2644 c.c. giacché, in tale ipotesi, in virtù dell'effetto estintivo-eliminativo, l'originario alienante non (ri)acquista dall'originario acquirente il diritto precedentemente trasmesso, bensì «torna ad essere proprietario», difettando in lui, diversamente dal terzo, la qualità di «avente causa»²⁶⁷. Di qui, pertanto, l'inapplicabilità del criterio di risoluzione di cui all'art. 2644 c.c. il quale presuppone la sussistenza di un «comune autore»²⁶⁸. La dottrina in parola ha pertanto dovuto guardare altrove al fine di individuare la norma pubblicitaria idonea a regolare il peculiare tipo di conflitto cui può dar vita

²⁶⁷ A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 335 e spec. 365, dove sostiene che «il conflitto tra la parte che si avvantaggia dell'effetti annullativo, risolutivo, ecc. [...] ed i terzi (creditori o) aventi causa dalla parte a cui svantaggio tali effetti operano [...] non si atteggia propriamente come conflitto tra più aventi causa dallo stesso autore»; F. GAZZONI, *op. loc. ultt. citt.*: L. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 246. Cfr. altresì R. NICOLÒ, *La trascrizione*, cit., III, p. 60 ss.; R. TRIOLA, voce *Trascrizione*, cit., p. 956. *Contra*, nel senso che il conflitto *de quo* sarebbe riconducibile a quello ex art. 2644 c.c., U. NATOLI, *Della trascrizione*, cit., I, p. 179.

²⁶⁸ È requisito richiesto in modo pressoché pacifico dalla dottrina, per la quale v. tra gli altri, L. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 166; F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, I, p. 65; ID., *Manuale*, cit., p. 292 s.; P. PERLINGIERI, *Manuale*, cit., p. 846; A. ZACCARIA e S. TROIANO, *Il sistema pubblicitario*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, IV, t. 2, *L'attuazione dei diritti*, Milano, 2009, p. 6; G. FREZZA, *Annotazioni*, cit., p. 45. Cfr. A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli e C. Granelli, Milano, 2017, p. 1482, ove nel delineare la nozione di terzo ai sensi dell'art. 2644 c.c. non si fa riferimento al comune autore. Terzi sarebbero «coloro che abbiano a loro volta acquistato diritti sull'immobile di quegli atti, determinando una situazione di conflitto fra diritti incompatibili, che viene regolato appunto in base al criteri o della anteriorità della trascrizione dell'atto acquisitivo».

In giurisprudenza, v. Cass. 12 dicembre 2003, n. 19058, in *Vita not.* 2004, p. 291; Cass. 8 maggio 1991, n. 5119, in *Foro pad.*, 1992, I, p. 334; Cass. 5 luglio 1996, n. 6152, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, p. 943; Cass. 3 marzo 1954, n. 983, in *Mass. Foro it.*, 1954

il mutuo consenso, conflitto che, si sostiene, sarebbe «del tutto simile a quello che si verifica tra l'attore in un giudizio di risoluzione (di un contratto traslativo di diritti reali immobiliari) e gli aventi causa del convenuto soccombente» e che «la legge disciplina espressamente con la norma dettata dall'art. 2652 n. 1»²⁶⁹, di tal guisa che a tale annotazione andrebbe «riconosciuto il valore di una vera e propria trascrizione, ma con gli effetti previsti [...] dall'art. 2652 nn. 1 e 6»²⁷⁰.

In questa prospettiva, allora, il suddetto conflitto sarà risolto sulla base della priorità dell'annotazione (del mutuo dissenso) rispetto alla trascrizione (del titolo del terzo avente causa dall'originario acquirente), o viceversa.

Ora, la soluzione, testé riportata, della annotazione con funzione di trascrizione del mutuo dissenso, ha suscitato, invero, alcune perplessità.

Innanzitutto, se da un lato è sicuramente concepibile far rientrare il negozio in oggetto tra le convenzioni per le quali l'art. 2655 c.c. dispone la annotazione, dall'altro non si comprende in che modo tale formalità pubblicitaria possa svolgere il ruolo di criterio dirimente negli eventuali conflitti.

²⁶⁹ Queste le parole di A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 335 s.

²⁷⁰ A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 365. Per l'autore (p. 337, nota 99) «gli effetti giuridici di questa annotazione corrispondono a quelli della trascrizione prevista nell'art. 2652 n. 1, più che a quelli di cui all'art. 2644».

Se, infatti, l'annotazione del mutuo dissenso è da eseguirsi in virtù di detta norma, la funzione da ricollegarsi a tale segnalazione non dovrebbe, a rigore, essere altra che quella indicata dal 3° comma²⁷¹, cioè della continuità delle trascrizioni²⁷². Ancor meno comprensibile risulta, poi, al fine di attribuire alla annotazione del mutuo dissenso la capacità di dirimere eventuali conflitti con diritti incompatibili, il richiamo all'art. 2652, n.1 c.c.

²⁷¹ Si riporta, per comodità del lettore, il contenuto di detto comma: «Se tali annotazioni non sono eseguite, non producono effetto le successive trascrizioni o iscrizioni a carico di colui che ha ottenuto la dichiarazione di nullità o l'annullamento, la risoluzione, la rescissione, la revoca o la devoluzione o a favore del quale si è avverata la condizione. Eseguita l'annotazione, le trascrizioni o iscrizioni già compiute hanno il loro effetto secondo l'ordine rispettivo».

²⁷² Cfr. G. FREZZA, *Annotazioni*, cit., p. 25 s.: «Può discutersi se la regola di cui all'art. 2655, comma 3, c.c. sia identica o analoga rispetto a quella di cui all'art. 2650 c.c. A fronte di un orientamento che argomenta in termini di perfetto parallelismo fra le due disposizioni [G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, p. 171], una parte della dottrina ritiene che le stesse, pur analoghe, siano, in realtà, ben diverse; nell'art. 2650 c.c. "l'alienante, sulla base dei registri immobiliari, fino alla trascrizione del suo atto di acquisto non risulta essere stato mai proprietario, mentre nella ipotesi considerata dall'art. 2655 c.c., sulla base dei registri immobiliari, l'alienante, fino a quando non venga eseguita l'annotazione, non risulta essere tornato nella disponibilità del bene A ciò si aggiunga che, sempre in tale prospettiva, "la finalità perseguita dall'art. 2650 c.c. è, poi, la pubblicità del titolo di acquisto del comune dante causa, mentre con l'art. 2655 c.c. si vuole rendere pubblico l'evento che ha determinato il ripristino della legittimazione (formale nel caso di nullità e sostanziale nelle altre ipotesi) a disporre di parte del comune dante causa, perduta in base ad un precedente atto di disposizione" [R. TRIOLA, *Della trascrizione*, cit., p. 199]. Pur se si aderisse a questa prospettiva, *la funzione dell'annotazione, ex art. 2655 c.c., non può che essere quella della continuità*, onde, dal punto di vista della situazione giuridica soggettiva, deve parlarsi di un onere che sorge in capo al soggetto interessato, imposto proprio al fine di garantire il principio contemplato dall'art. 2650 c.c.» (corsivo aggiunto); ID., *Pubblicità accessorie fra tipicità e atipicità*, in Riv. dir. civ., 2018, p. 1101 s.; A. ZACCARIA e S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, Torino, 2008, p. 150 s. Cfr. pure L. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 300.

Tale norma, invero, dopo aver imposto la trascrizione delle domande di risoluzione, stabilisce che «le sentenze che accolgono tali domande non pregiudicano i diritti acquistati dai terzi in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda», in tal modo riaffermando la funzione conservativa o prenotativa²⁷³ che comunemente si riconosce alla trascrizione delle domande giudiziali. Che poi tale formalità concorra, *insieme alla sentenza di accoglimento*²⁷⁴, a dirimere i conflitti eventualmente insorti tra l'attore vittorioso e i terzi subacquirenti dal convenuto, è sicuramente sostenibile²⁷⁵. Ma il meccanismo

²⁷³ La trascrizione delle domande giudiziali è attuativa di quel particolare principio in virtù del quale il tempo necessario per decidere la lite non deve pregiudicare l'attore: «Il vincitore, deve uscire per quanto possibile indenne dalla lite», sicché, «il diritto deve attuarsi come se ciò avvenisse in un momento (quello della domanda) in cui quei fatti (l'alienazione della cosa litigiosa) non si erano ancora verificati» (G. CHIOVENDA, *Foro it.*, I, 1923, p. 363 e 366). Cfr. R. TRIOLA, voce *Trascrizione*, cit., p. 974, il quale, ragionando intorno alla formalità di cui all'art. 2655 c.c. afferma che «[l]a *ratio* dell'annotazione è evidente: poiché la trascrizione della domanda ha funzione conservativa e puramente provvisoria, i terzi debbono essere posti in condizione di conoscere se la conseguenza giuridica a cui la domanda tendeva si è realizzata».

In giurisprudenza, v. Cass. 9 gennaio 1993, n. 148, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 918, nonché in *Giust. civ. Mass.*, p. 28, la quale afferma che la «trascrizione della domanda giudiziale nelle ipotesi contemplate dagli art. 2652 e 2653 c.c., che configura una mera prenotazione degli effetti dell'accoglimento della domanda stessa, opera nel senso di far retroagire tali effetti dal momento della sentenza a quello in cui l'adempimento della formalità della trascrizione iniziale è stato effettuato, con la correlativa opponibilità ai terzi che in pendenza del giudizio si siano resi acquirenti a titolo particolare del diritto controverso».

²⁷⁴ Cfr. L. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 246, nota 3, il quale giustamente precisa che «[o]vviamente poi ogni efficacia della trascrizione di una domanda giudiziale è, in definitiva, subordinata all'accoglimento della domanda stessa»; U. NATOLI, *Della trascrizione*, cit., I, p. 176.

²⁷⁵ Nel senso che l'art. 2652, n. 1 c.c. svolgerebbe un ruolo dirimente, analogo a quello dell'art. 2644 c.c., in tema di risoluzione di conflitti, v. L. MENGONI, *Risoluzione per inadempimento e terzi subacquirenti*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, p. 302, per il quale «è innegabile che la

architettato dalla norma in esame presuppone, sempre e comunque, la sopravvenienza, al fine di dirimere il conflitto, «di altro atto, futuro ed eventuale, che nel caso del contrario consenso manca del tutto»²⁷⁶. Affinché, infatti, possa

trascrizione delle domande giudiziali – rivolte ad ottenere un accertamento od una modificazione giuridica opponibile ai terzi o a certi terzi qualificati, *soltanto sotto il profilo della retroattività del giudicato*, in particolare la domanda di risoluzione – ha assunto il valore di *criterio di preferenza*, analogo a quello dell'art. 2644, *ma in una fattispecie diversa*. Infatti, l'opponibilità della sentenza di risoluzione contro il terzo subacquirente prima della trascrizione o, addirittura, prima della proposizione della domanda, ma che non abbia tempestivamente provveduto a trascrivere il suo acquisto, non può giustificarsi affermando che il terzo, in virtù della retroattività del giudicato, risulta aver acquistato *a non domino*: questa giustificazione potrebbe valere soltanto per il terzo avente causa posteriormente alla pubblicità della domanda. Nell'altro caso, invece, la comunicazione dell'autorità del giudicato al terzo – che ha acquistato in un momento cui propriamente la retroattività del giudicato non arriverebbe – non può spiegarsi se non in funzione di un criterio di preferenza, costituito appunto dalla trascrizione» (corsivo dell'autore); L. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 246.

Per altri (G.G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 289), l'art. 2652, n. 1 c.c. non sarebbe che l'applicazione pura e semplice dell'art. 2644 c.c.

²⁷⁶ Così, G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 170, nota 8, nell'esaminare l'opinione di M. GIROLAMI, *Risoluzione*, cit., p. 221 s., e di A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 365 s., per i quali il conflitto tra la parte che torna ad essere proprietario in virtù del mutuo dissenso e il terzo avente causa dall'originario acquirente andrebbe risolto, sì dalla priorità della rispettiva formalità pubblicitaria, rispettivamente, di annotazione e di trascrizione, agli effetti di cui all'art. 2652, n. 1 c.c.

L'obiezione è fatta propria anche da G. FREZZA, *Annotazioni*, cit., p. 46, il quale aggiunge che «nell'ambito dei rapporti fra funzione conservativa della trascrizione della domanda e componimento convenzionale della lite, la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel dare risposta negativa alla possibilità di equiparare le ipotesi di componimento convenzionale della lite con la sentenza di accoglimento, in rapporto alla trascrizione della domanda e alla sua funzione provvisoria, onde il parallelismo con l'art. 2652 n. 1 c.c. deve essere disatteso».

V. pure la critica di G. BARALIS, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 81 nota 59, alla soluzione fatta propria da A. Luminoso: «Ecco i passi dell'egregio scrittore: l'efficacia ripristinatoria-eliminativa del mutuo dissenso non si incasella nell'art. 2644, ma si rifà all'art. 2652, n. 1 e 6;

operare la regola di cui all'art. 2652, n.1 c.c. non è sufficiente la semplice trascrizione della domanda giudiziale, la quale di per sé ha, come unici effetti, da una parte, di notiziare i terzi interessati della controversia insorta²⁷⁷ e, dall'altra, di fissare un termine a partire dal quale la posizione giuridica dell'attore vittorioso è da considerarsi inattaccabile; è invece indispensabile che a tale trascrizione faccia séguito la sentenza che accolga la domanda²⁷⁸. Pare, allora, che a voler seguire la dottrina in commento, l'annotazione del mutuo dissenso si troverebbe a dover espletare la medesima funzione della trascrizione della domanda giudiziale, cioè di prenotazione degli effetti di un atto che, essenzialmente, non esiste e, non potendone prenotare gli effetti, tantomeno potrà risolvere conflitti.

si è quindi propriamente in un particolare settore dell'efficacia dichiarativa della pubblicità; ora può essere che si formi un giudicato non preceduto da domanda giudiziale per cui si avrebbe una proprietà occulta con gravi pregiudizi del traffico giuridico; questa conclusione si evita collegando effetti dichiarativi alla pubblicità della sentenza in quanto annotata; se così è, alternativa all'annotazione della sentenza, è l'annotazione della convenzione di mutuo dissenso con effetti dichiarativi. La soluzione non ma sembra convincente perché il caso eccezionale diventerebbe il perno di una ricostruzione "normale"[...], infatti in un primo tempo si rende equivalente alla trascrizione della domande seguita da annotazione, l'annotazione della sentenza non preceduta da domanda punto già controverso, [...] e quindi, in un secondo tempo, si estende l'efficacia dichiarativa dell'annotazione alla convenzione *tout court* che risolve, annulla, ecc., non tenendo conto, a mio parere come si scrive anche nel testo, che se eccezionalmente può essere annotata la sentenza non preceduta da domanda, ciò non dovrebbe valere per la convenzione *tout court* [...]. Mi sembra più semplice e persuasivo scrivere di effetti estintivi o modificativi in senso lato anche perché, trattandosi di convenzioni, il referente "normale" è l'art. 2644 c.c. - laddove si possa ipotizzare un conflitto in tali termini -, mentre è subalterna l'opponibilità ricavata dalla disciplina delle domande giudiziali [...]

²⁷⁷ G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 168; R. TRIOLA, *Della trascrizione*, cit., I, p. 303; L. FERRI e P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 369; C. MAIORCA, *Della trascrizione*, cit., p. 264; F.S. GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 542.

²⁷⁸ Così, G. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 133.

In ultimo, si è pure tentato di recuperare alla annotazione del mutuo dissenso un'efficacia dichiarativa proponendo un parallelo con un caso particolare, quello in cui, pur essendosi instaurato un giudizio di risoluzione di precedente contratto, non sia stata trascritta la relativa domanda a norma dell'art. 2652, n.1 c.c. e sopraggiunga, nondimeno, la sentenza che pronunzia la risoluzione, da annotarsi ai sensi dell'art. 2655 c.c. a margine dell'atto risolto. In tale evenienza, in mancanza di preesistente trascrizione della domanda giudiziale (con gli effetti di cui all'art. 2652, n.1 c.c.), vi sarebbe da eseguirsi la sola annotazione della sentenza da cui risulta la risoluzione. Tale formalità, si sostiene, varrebbe, allora, a risolvere il conflitto tra la parte che beneficia dell'evento annotato e gli aventi causa della controparte, in guisa di vera e propria trascrizione²⁷⁹. Ebbene, così come, nel caso

²⁷⁹ Cfr. U. NATOLI, *op. loc. ultt. citt.*: «Può, infatti, darsi che l'annotazione sia stata preceduta dalla trascrizione di una domanda giudiziale a norma degli artt. 2652 e 2653 ed allora essa – che avrebbe ad oggetto il risultato positivo di quella domanda – varrebbe a consolidare il preliminare effetto conservativo di quella trascrizione. Pur concorrendo a risolvere (definitivamente) il ricordato conflitto, avrebbe, però, una funzione apparentemente di secondo piano. Passerebbe, invece, in primo piano quando non fosse preceduta da una trascrizione preliminare, quale quella appena ricordata, e ciò sia perché la trascrizione, pur possibile non fosse in concreto stata effettuata (ipotesi questa che, se anche in pratica è difficilmente riscontrabile, è, però, in tesi astratta, prospettabile), sia perché nessuna trascrizione preliminare fosse possibile. Se la regola enunciata nel 3° comma dell'art. 2655 deve aver valore anche in queste ipotesi (e nulla sta a dimostrare il contrario; ché, anzi, la prevista possibilità dell'annotazione in base ad eventuale atto negoziale 4° comma conferma la non indispensabilità di una trascrizione, per così dire, di preannuncio), non può che dedursene che l'annotazione vale, anzitutto, a risolvere, secondo la regola generale dell'art. 2644, il conflitto fra colui che si avvantaggia dell'evento annotato e gli aventi causa della parte, a cui danno opera quello stesso evento. Ha, dunque, in questo senso, funzione di autonoma trascrizione»; C. MAIORCA, *Della trascrizione*, cit., p. 262 ss.; R. MASTROCINQUE, *La trascrizione*, cit., p. 437 ss.; A. PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, cit., p. 393 s. Aderisce A. LUMINOSO, *op.*

prospettato, in assenza della precedente trascrizione della domanda giudiziale, sarebbe l'annotazione della sentenza di accoglimento a fungere da criterio di opponibilità ai terzi degli effetti della risoluzione²⁸⁰, allo stesso modo, l'opponibilità del mutuo dissenso, che almeno di regola non è preceduto da alcuna domanda giudiziale, non potrebbe che derivare dalla sua annotazione²⁸¹.

Qui ci si può limitare a notare che, a prescindere dalla bontà dell'analogia tra i due casi (dell'annotazione, ora della sentenza non preceduta da trascrizione della domanda, ora del mutuo dissenso), essa si fonda su presupposti delicati cui la dottrina non ha fornito soluzione univoca²⁸². Si dubita²⁸³, ad esempio, che

cit., p. 365, il quale precisa tuttavia che a tale annotazione «va sì riconosciuto il valore di una vera e propria trascrizione, ma con gli effetti previsti (non tanto dall'art. 2644, quanto, a rigore) dall'art. 2652 nn. 1 e 6».

²⁸⁰ G. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 172: «Può così accadere che, omessa la pubblicità sia della domanda che del titolo del terzo, sopravvenga non soltanto la sentenza, ma anche l'annotazione di quest'ultima. Sarebbe privo di razionale coerenza un sistema che negasse alla pubblicità della sentenza l'effetto che esso pur riconosce a quella della domanda, prenotativa dell'efficacia della sentenza stessa. Sembra dunque di dovere condividere, almeno nell'ambito appena delimitato, l'orientamento, contrario a quello sopra menzionato, secondo cui anche l'annotazione può assurgere al ruolo di condizione di opponibilità degli effetti della sentenza».

²⁸¹ G. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 173: «Se è vero, del resto, che il contratto ad efficacia eliminativa (quello, per esempio, con cui chi stia per essere convenuto con domanda giudiziale di risoluzione d'un precedente contratto riconosca la ragione dell'attore) è oggetto di annotazione, [...], non può dubitarsi che tale annotazione svolga lo stesso effetto che si sarebbe dovuto riconoscere alla trascrizione della domanda di risoluzione, ove proposta».

²⁸² Cfr., in merito, l'analisi della questione svolta da G. BARALIS, *L'annotazione*, *cit.*, p. 144 ss.

²⁸³ V., in particolare, G. FREZZA, *Annotazioni*, *cit.*, p. 60 ss., per il quale, «a voler tutto concedere, lo scopo dell'annotazione delle sentenze a margine della trascrizione dell'atto è quello di garantire il principio della continuità della trascrizione, onde non riguarda il problema dell'efficacia *ultra partes* di una sentenza che accoglie nel merito una domanda giudiziale non

allorquando la domanda giudiziale non sia stata trascritta si renda necessaria, ai fini dell'opponibilità, la annotazione della sentenza che l'accoglie. Ciò in quanto la trascrizione della domanda prenoterebbe l'effetto, non della pubblicità della sentenza, bensì della sentenza stessa e cioè la risoluzione del contratto, sicché «al fatto prenotato non potrebbe riconoscersi, allora, valore diverso, perché minore, da quello riconosciuto all'eventuale pubblicità prenotante»²⁸⁴. In mancanza della trascrizione della domanda, allora, gli effetti della sentenza, a prescindere dalla sua annotazione, pregiudicherebbero non solo l'avente causa il cui titolo sia successivo al passaggio in giudicato²⁸⁵, giusto il disposto dell'art. 2909 c.c., ma anche il terzo

trascritta»; e «se anche, per mera ipotesi, l'annotazione potesse svolgere l'indicata funzione, resterebbero fuori dall'applicabilità della norma tutte le ipotesi che non rientrano nell'art. 2652 nn. 1, 5, 6 c.c., con la conseguenza che non saranno sottoposte a questa pubblicità, oltre ai casi di cui all'art. 2652 nn. 2 e 3, anche quelli di cui ai nn. 7, 8 e 9, con ingiustificato trattamento» (p. 61).

²⁸⁴ È questo l'argomento che fonda, secondo G. GABRIELLI, *op. loc. ultt. citt.*, la tesi di R. NICOLÒ, *La trascrizione*, cit., III, p. 63 s. e alla quale lo stesso Gabrielli ritiene possa «ben opporsi la considerazione, di maggior peso, secondo cui l'onere di rendere pubblico il proprio titolo è imposto al terzo acquirente, a norma dell'art. 2644, al solo fine di non perderne l'effetto nel caso in cui altri renda anteriormente pubblico un titolo incompatibile; non già al fine, ben diversi, di prevenire il deposito di una sentenza o l'avveramento di una condizione di cui sia rimasta occulta la possibilità di sopravvenienza. Soltanto se l'omissione della pubblicità da parte del terzo acquirente si protragga fino al momento in cui l'atto o fatto eliminativo sopraggiunto è reso pubblico, potrà a quest'ultima pubblicità riconoscersi – con una certa forzatura, ma con minore lesione della coerenza del sistema di quella comportata dall'orientamento criticato – l'effetto di provocare la risoluzione dell'efficacia del titolo di acquisto rimasto occulto».

²⁸⁵ Conviene sul punto G. GABRIELLI *op. ult. cit.*, p. 171 s. »

acquirente che, pur avendo acquistato in data certa anteriore alla sentenza, non abbia provveduto a trascrivere il proprio titolo²⁸⁶.

Ad ogni modo, la soluzione che attribuisce all'annotazione del mutuo dissenso efficacia dichiarativa sconta, probabilmente, una certa complessità nell'elaborazione, «specie considerando l'evidente forzatura dell'equiparazione alla trascrizione della domanda giudiziale»²⁸⁷.

Ora, è evidente che un'argomentazione complessa non costituisce, di per sé, prova certa di una soluzione necessariamente errata²⁸⁸. Tuttavia, quest'ultima sembra dettata, oltre che dai rilievi innanzi riportati e di carattere prettamente dogmatico, anche dal timore delle conseguenze pratiche che deriverebbero dal rifiuto della stessa²⁸⁹. Si afferma, infatti, che, ove si decidesse di rigettare l'annotazione, con gli effetti di cui sopra, quale segnalazione pubblicitaria del mutuo dissenso, «dovrebbe ritenersi che il regime di opponibilità delle convenzioni di annullamento, risoluzione ecc. ai terzi aventi causa dall'originario acquirente sia completamente sganciato da qualsiasi adempimento pubblicitario, non potendo, appunto, operare a questi fini né l'annotazione di cui all'art. 2655» né l'art. 2643 c.c. «prevendendo la trascrizione per atti caratterizzati da differenti tipi di effetti». Il risultato sarebbe, quindi, quello «di dover ammettere che esistono nel nostro ordinamento atti

²⁸⁶ Così, R. NICOLÒ, *La trascrizione*, cit., III, p. 60 ss.

²⁸⁷ G. GAZZONI, *op. ult. cit.*, I, p. 359.

²⁸⁸ Ma la complessità della tesi dell'annotazione sembra, in taluni momenti, provocare difficoltà quasi insuperabili. Ad es., come acutamente rilevato da G. BARALIS, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 83, «tale formalità sarebbe incongrua in caso, ad esempio, di mutuo dissenso condizionato [...] (si potrebbe procedere, forse, ad annotazione di annotazione?)».

²⁸⁹ Cfr. A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 369 ss.

negoziali con effetti “innovativi” (nella specie eliminativi) i quali resterebbero però estranei al sistema della pubblicità», con l’ulteriore corollario che «il conflitto tra l’originario alienante e i terzi aventi causa dall’originario acquirente andrebbe risolto, anche in materia di immobili o mobili registrati, esclusivamente in base al principio della data certa anteriore (art. 2704 c.c.), senza poter attribuire alcuna rilevanza né alla trascrizione del titolo d’acquisto di questi aventi causa né alla annotazione (ex art. 2655) della sentenza»²⁹⁰.

Il rifiuto per le conseguenze pratiche cui condurrebbe il rigetto dell’annotazione del mutuo dissenso, è certamente condivisibile, ma solo a condizione che non sia realmente dato di rinvenire altra norma pubblicitaria, diversa dall’art. 2655 c.c., che imponga – anche per mezzo di applicazione analogica, giustificata dal ruolo che si è tentato di attribuire alle norme di risoluzione di conflitti nel vigente ordinamento – di assoggettare il mutuo dissenso ad un differente, e forse più conferente, regime di pubblicità.

²⁹⁰ A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 369 s.

3. Una soluzione alternativa. La trascrizione del mutuo dissenso ad efficacia eliminativa.

Si è detto che la trascrizione del mutuo dissenso in senso stretto, e cioè ad efficacia eliminativa del precedente negozio, dovrebbe escludersi, in sostanza, per due ragioni: la prima, che l'elenco contenuto nell'art. 2643 c.c. non annovera quella peculiare vicenda effettuale che caratterizza la fattispecie *de qua*, di talché impossibile sarebbe servirsi della norma di apertura di cui all'art. 2645 c.c.; la seconda, che il conflitto che da quella stessa vicenda potrebbe generarsi non corrisponde a quello preso in considerazione, ai fini dell'opponibilità, dall'art. 2644 c.c., giacché solo il terzo è avente causa in senso tecnico dall'originario acquirente, non anche l'originario alienante che, in virtù del mutuo dissenso, *torna* ad essere titolare del diritto anteriormente trasferito. Il punto cruciale, da darsi per pacifico,

è, dunque, che il mutuo dissenso, diversamente dal *contrarius actus* (o negozio a controvicenda), non realizza una vicenda traslativa (né costitutiva di altro nuovo diritto) ma solo estintiva del titolo che giustificò l'originario assetto di interessi, in tal modo determinando, come sua naturale conseguenza logica, il rientro della situazione giuridica, *illo tempore* trasferita, nel patrimonio dell'alienante.

Pare, tuttavia, che arrestandosi a questo (incontrovertibile) punto, si manchi di rilevare un dato essenziale, cioè che la trascrizione è istituto posto a presidio della sicurezza della circolazione giuridica, il cui moto perpetuo è alimentato da tutti quegli atti, non necessariamente con effetti traslativi, «ai quali il diritto ricollega la tutela degli interessi impegnati nella circolazione medesima, o, in altre parole, la modificazione della situazione giuridica preesistente, che consegue la tutela dell'interesse al godimento del bene altrui»²⁹¹. Quegli atti, cioè, che sono stati definiti i «mezzi giuridici della circolazione»²⁹². Quest'ultima, invero, non si realizza esclusivamente con la vendita, la permuta o con i contratti costitutivi di diritti reali minori. Queste sono, piuttosto, alcune delle fattispecie in cui è maggiormente visibile la propensione circolatoria dell'atto o della vicenda, e anzi si può dire che il trasferimento è senza dubbio l'espressione massima della circolazione; ma non ne esaurisce certamente i modi d'attuazione²⁹³.

²⁹¹ F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, cit., p. 11 s.

²⁹² F. CARNELUTTI, *op. loc. ultt. citt.*

²⁹³ Cfr. R. SACCO, voce *Circolazione giuridica*, cit., p. 5: «Il contenuto di una vicenda (trasferimento, costituzione) ci dice poco sulla ragione per cui quella vicenda è prevista dalla legge. La ragione incomincia a emergere quando si consideri la correlazione tra la vicenda, e la fattispecie a cui la vicenda è ricollegata; o, meglio, quando si consideri l'interesse che presiede a questa correlazione».

Affinché si abbia circolazione²⁹⁴, è infatti necessario e sufficiente che si compiano tre requisiti: che un soggetto, titolare di un determinato diritto, lo perda; che, per converso, un altro soggetto acquisti il diritto; che, in ultimo, sussista identità tra quanto perduto e quanto acquistato²⁹⁵. In tal caso, il diritto, circola.

Perdita e acquisto del diritto sono, dunque, i momenti logici di cui si compone la circolazione²⁹⁶.

La successione nel diritto si fa coincidere, comunemente, con il secondo di tali momenti, indicando il subentro di un soggetto nella posizione giuridica di cui altro

²⁹⁴ Cfr. R. SACCO, *op. loc. ultt. citt.*, secondo cui la categoria della circolazione «è dunque la categoria (alquanto indeterminata ed elastica) di quelle vicende traslative di ricchezza, che la legge ha voluto eminentemente in vista di un interesse diverso da quello del soggetto della perdita. Questa categoria, certo non strettamente indispensabile alla perfezione del sistema del diritto, può rendere qualche utilità quando si rilevi che le fattispecie, che danno luogo al trasferimento di ricchezza in questo senso, subiscono una regolamentazione tendenzialmente differenziata e caratterizzata rispetto alle altre fattispecie».

²⁹⁵ Cfr. F. CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, p. 19: «La circolazione richiama in primo luogo la esistenza contemporanea di due soggetti, tra i quali si attua; in secondo luogo la identità del bene circolante; infine la correlazione o reciprocità tra la modificazione delle rispettive situazioni giuridiche». *Correlazione* e *unicità della causa* non rappresentano concetti sovrapponibili. Si ha *correlazione* allorquando un soggetto *intanto* acquista un diritto, *in quanto* altri lo perda, di modo che non si possa concepire l'acquisto senza la perdita e viceversa. *Unicità della causa* significa, invece, che i due effetti dell'acquisto e della perdita trovano la loro giustificazione, la loro ragione *nel medesimo titolo*.

²⁹⁶ In questo senso, al termine «circolazione» può sostituirsi quello di «successione» ove si intenda quest'ultima quale «sostituzione di un soggetto ad un altro nello stesso rapporto giuridico» (F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 93). Cfr. pure P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, già in *Comm. cod. civ.* A. Scialoja e G. Branca, Libro IV, *Delle obbligazioni* (artt. 1230-1259), Bologna, 1975, rist., Napoli, 2019, p. 35 dove afferma che «la successione nella situazione giuridica soggettiva presuppone non l'estinzione della situazione giuridica, bensì la “perdita” della titolarità da parte di un soggetto e l’“acquisto” della situazione da parte di un soggetto».

soggetto era titolare²⁹⁷. La nozione di acquisto, poi, si identificherebbe nell'aspetto oggettivo del fenomeno successorio, cioè l'ingresso del diritto nel patrimonio o nella sfera giuridica del soggetto²⁹⁸.

Quello traslativo è, tuttavia, solo uno degli effetti giuridici dai quali possono discendere la perdita ed il correlativo acquisto del diritto²⁹⁹.

Basti pensare, ad esempio, alla surrogazione per volontà del creditore. Qui, il terzo che abbia pagato in luogo del debitore, subentra, in virtù (o a séguito) della dichiarazione del creditore, nella di lui situazione soggettiva, verificandosi in tal modo «una successione in senso tecnico nel lato attivo del rapporto obbligatorio»³⁰⁰. Il diritto di credito è cioè perduto dal creditore per essere

²⁹⁷ Cfr., tra i vari, A. DE CUPIS, voce *Successione: I) Successione nei diritti e negli obblighi*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1250 s.; S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., Miano, 1935, p. 96 ss.; ID. e A. FALZEA, *I fatti giuridici*, Messina, 1945, p. 25; R. NICOLÒ, voce *Successione nei diritti*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 605 ss.; U. CARNEVALI, voce *Successione: I) Profili generali*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, p. 1 ss.; D. BARBERO, *Sistema*, cit., I, p. 258.

²⁹⁸ S. PUGLIATTI, voce *Acquisto del diritto*, cit., p. 510; M. ALLARA, *Teoria delle vicende del rapporto giuridico*, cit., p. 11; V. PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti*, cit., p. 119.

²⁹⁹ Cfr. R. SACCO, *op. loc. ultt. citt.*, ove osserva che «lo spostamento dei beni da uomo a uomo è un fatto economico, che si può attuare mediante vicende giuridiche svariate: mediante costituzioni derivative di rapporti dipendenti da altri diritti (ad esempio, costituzione di servitù mediante atto del proprietario del fondo servente), mediante trasferimenti (modifiche soggettive), mediante estinzioni (ad esempio: per effetto della rinunzia a un usufrutto); esiste anche una circolazione che si attua, formalmente, mediante vicende costitutive (acquisti originari), ma suppone una corrispondente perdita di diritti da parte di altri (ad esempio: l'acquisto per usucapione o per specificazione)», corsivo aggiunto.

³⁰⁰ B. CARPINO, *Pagamento con surrogazione*, in *Comm. cod. civ.* A Scialoja e G. Branca, a cura di F. Galgano, Libro IV, *Obbligazioni*, Bologna-Roma, 1988, p. 19; ID., *Il pagamento con surrogazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 731 ss.; ID., voce *Surrogazione (pagamento con)*, in

acquistato dal terzo, senza, tuttavia, che sia stato posto in essere un negozio ad effetti traslativi³⁰¹.

Ciò non toglie, ci sembra, che la sicurezza dei traffici, nonché l'esigenza di tutela, da un lato dell'interesse individuale alla conservazione del diritto acquistato e,

Noviss. dig. it., XVIII, Torino, 1971, p. 964 ss. In senso conforme, P. PERLINGIERI, *Manuale*, cit., p. 353: «La surrogazione per pagamento configura una successione (a titolo particolare) nel credito»; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 611: «Se un terzo interviene presso il creditore estinguendo l'obbligazione del debitore può infatti darsi luogo a surrogazione, cioè a dire a sostituzione ovvero a successione del terzo che ha operato il pagamento nella posizione del creditore»; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, IX ed., Milano, 1959, p. 246 ss., secondo cui nel pagamento surrogatorio «ha luogo la successione di un creditore ad un altro, restando fermo il rapporto»; M. PROSPERETTI, *Il pagamento con surrogazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, Torino, 1984, p. 125; A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1525; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, t. 1, Padova, 1990, p. 114 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI e U. NATOLI, *Diritto civile*, II, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, p. 81; A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale*, cit., p. 439 s.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, XLVII ed., a cura di G. Trabucchi, Padova, 2015, p. 779; U. MAGINI, *La surrogazione per pagamento nel diritto privato italiano*, Torino, 1924, p. 96 ss. C. CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, trad. it., Milano, 1908, p. 282. In giurisprudenza, per tutte, Cass. 20 settembre 1984, n. 4808, in *Riv. giur. circ. tras.*, 1985, p. 61.

Contra, nel senso che nel fenomeno surrogatorio non sarebbe rinvenibile una vicenda successoria, tra i vari, E. BETTI, *Sulla natura giuridica della girata dei titoli all'ordine*, cit., p. 565 ss.; O. BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, Milano, 1958, p. 35 ss. Cfr., altresì, R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 98 ss.

³⁰¹ Anzi, è proprio la mancanza dell'effetto traslativo che, secondo parte della dottrina, concorrerebbe con altri elementi a tener distinta la surroga per quietanza dalla cessione del credito. Cfr. B. CARPINO, *Pagamento con surrogazione*, cit., p. 28 ss. e spec. p. 30, per il quale «a tacer d'altro rimane per fermo che nella cessione si ha un negozio di trasferimento in senso tecnico, mentre nella surrogazione si ha un acquisto del credito su base non negoziale»; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2-IV, Milano, 1955, p. 59 s.; A. GIANOLA, voce *Surrogazione (pagamento con)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 233 ss.

dall'altro, dell'interesse collettivo ad un funzionamento certo e corretto del commercio giuridico, siano problemi di circolazione comuni a tutte le vicende che comportino i due momenti della perdita e dell'acquisto, e non di pertinenza esclusiva della circolazione che si giova dell'efficacia traslativa in senso tecnico.

Cionondimeno, a voler seguire l'opinione che ad oggi si lascia preferire, il conflitto scaturente, in caso di doppia vendita immobiliare, tra primo e secondo avente causa, andrebbe risolto in virtù dell'art. 2644 c.c., sol perché ambedue gli atti hanno efficacia traslativa; viceversa, il conflitto occasionato dal mutuo dissenso, tra originario alienante e terzo avente causa dall'originario acquirente, non potrebbe trovar soluzione alla stregua di quella medesima norma in quanto, quella stessa efficacia traslativa, non apparterrebbe al mutuo dissenso.

Ora, ove non si dubiti che, a ben vedere, gli interessi coinvolti nel primo e nel secondo conflitto, nonché il principio superiore che ne regola la risoluzione (la sicurezza del diritto obiettivo) siano, a conti fatti, i medesimi, apparirebbe alquanto irragionevole un sistema che fornisse risposte (*τέλη*) diverse a problemi (*rationes*) uguali, quantomeno sotto l'aspetto assiologico, per il solo fatto che uno origina, trae occasione da un atto cui, alle volte pacificamente, altre assai meno, si riconosce efficacia traslativa, costitutivo-derivativa etc., e l'altro, invece, da un atto che, pur non esprimendo la stessa efficacia giuridica, ha evidentemente la medesima propensione circolatoria, determinando acquisto e perdita del diritto.

Non è un caso, allora, che il legislatore abbia esteso la disciplina pubblicitaria, ivi compreso l'art. 2644 c.c. per la risoluzione degli eventuali conflitti, anche a fattispecie che, *pur non realizzando una vicenda traslativa in senso tecnico, realizzano certamente una vicenda circolatoria*.

Vi sono cioè degli atti, nel nostro ordinamento positivo che, quantunque non ricompresi nell'elenco di cui all'art. 2643 c.c. e in ogni caso inidonei a produrre alcuno degli effetti ivi menzionati, beneficiano, per espressa disposizione

legislativa, della medesima disciplina pubblicitaria degli atti che in quell'elenco sono invece compresi o che comunque taluno di quegli effetti, producono.

Si pensi, ad esempio, alla dichiarazione di nomina in materia di contratto per persona da nominare³⁰². L'art. 1403² c.c. dispone che se per il contratto, nel quale

³⁰² Sul quale cfr., sin da ora, G. STOLFI, *La conchiusione dei contratti per persona da dichiarare*, in *Riv. dir. civ.*, 1926, p. 537 ss.; E. BETTI, *Sulla natura giuridica della girata dei titoli all'ordine*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, p. 565 ss.; R. SCISCA, *I contratti per persona da dichiarare*, Milano, 1939, p. 16 ss.; E. ENRIETTI, *Il contratto per persona da nominare*, Torino, 1950, *passim* e spec. p. 104 ss.; ID., voce *Contratto per persona da nominare*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 666 ss.; A. GIOVENE, *Del contratto per persona da nominare*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, Libro IV, *Delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, p. 572 ss.; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, p. 169; F. CARRESI, *Funzione e struttura del contratto per persona da nominare*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, p. 591 ss.; ID., voce *Contratto per persona da nominare*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 129 ss.; G. GIACOBBE, *Appunti e spunti in tema di contratto per persona da nominare*, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 1477 ss.; A. DE MARTINI, *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950, p. 138 s.; ID., *Sulla natura giuridica del contratto per persona da nominare*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, III, p. 761; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 293 ss.; N. VISALLI, *Natura giuridica del contratto per persona da nominare*, in *Foro it.*, 1960, p. 1387 ss.; F. GAZZONI, *Profili della riserva di nomina del contraente*, in *Giur. comm.*, 1982, p. 229 ss.; ID., voce *Contratto per persona da nominare*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, p. 3 ss.; M. GRAZIADEI, voce *Contratto per persona da nominare*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IV, Torino, 1989, p. 261 ss.; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare per soggetto da determinare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, II, p. 427 ss.; P.M. VECCHI, *Il contratto per persona da nominare*, in *I contratti in generale*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, IV, *Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, t.1, nella collana *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1991, p. 206 ss.; G. DE NOVA, *Il contratto per persona da nominare*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 10, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1995, p. 448 ss.; M. PENNASILICO, *Profili della "contrattazione" per persona da nominare*, Napoli, 1995, *passim*; ID., *Il contratto per persona da nominare*, Milano, 1999, *passim*; R. CARAVAGLIOS, *Il contratto per persona da nominare (Artt. 1401-1405)*, a cura di M. Pennasilico, in *Comm. cod. civ.*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2012, spec. p. 45 ss.; A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale*, cit., p.

un contraente si è riservato la facoltà di nominare un terzo quale parte del rapporto contrattuale, è richiesta a determinati effetti una forma di pubblicità, «deve *agli stessi effetti* essere resa pubblica anche la dichiarazione di nomina».

Vero è che la letteratura sul contratto per persona da nominare, in particolare sulla sua natura giuridica, è affatto univoca, riscontrandosi più di qualche difficoltà nel ricostruire il meccanismo tecnico-dogmatico in virtù del quale il riservatario sostituisce a sé un altro soggetto nella titolarità del regolamento negoziale.

Tuttavia, per i fini che qui interessano, poco importa se alla base del contratto *avec réserve de command* vi sia un fenomeno di rappresentanza eventuale *in incertam*

593 ss.; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 129 ss.; P. PERLINGIERI, *Manuale*, cit., p. 481 ss.

*personam*³⁰³, un meccanismo condizionale³⁰⁴ o una facoltà alternativa di sostituzione del soggetto³⁰⁵, tanto per citare alcune delle ricostruzioni rinvenibili in letteratura.

³⁰³ F. SANTORO PASSARELLI, *op. loc. ultt. citt.*; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 407 s. e spec. 409; S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., rist. Napoli, 1972, p. 372 ss.; G. VISINTINI, *Del contratto per persona da nominare*, in F. GALGANO e G. VISINTINI, *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, in *Comm. cod. civ.* A. Scialoja e G. Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, Libro IV, 1993, p. 343 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., Torino, 1952, p. 588 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 705; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, IV, 2, Milano, 1961, p. 82 s.; M. PENNASILICO, *Profili*, cit., p. 76; R. CARAVAGLIOS, *op. cit.*, p. 67 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, p. 300; A. DE MARTINI, *op. loc. ultt. citt.*; C. MAIORCA, *Della trascrizione*, cit., p. 35; F. SAGGESE, *La rappresentanza nella teoria e nella pratica del diritto privato italiano*, Napoli, 1933, p. 141 s.; V. NEPPI, *La rappresentanza nel diritto privato moderno (saggio di una teoria generale)*, Padova, 1930, p. 81; B. BRUGI, *Dichiarazione di comando e tassa di registro*, in *Riv. dir. comm.*, 1902, II, p. 397.

In giurisprudenza, Cass. 10 ottobre 2002, n. 14460, in *Arch. civ.*, 2003, p. 800; Cass. 21 giugno 1995, n. 7026, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, p. 1269; Cass. 10 febbraio 1993, n. 1682, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, p. 275; Cass. 15 dicembre 1987, n. 9301, in *Arch. civ.*, 1988, p. 416; Cass. 4 ottobre 1983, n. 5777, in *Foro pad.*, 1984, I, p. 354; Cass. 8 settembre 1970, n. 1330, in *Giust. civ.*, 1970, p. 1347; Cass. 27 febbraio 1963, n. 482, in *Giur. it.*, 1963, I, 1, p. 1475 s.; Cass. 13 giugno 1959, n. 1807, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 1482, (con nota di GIACOBBE); 1960, II, p. 99 ss.

³⁰⁴ G. STOLFI, *La conchiusione*, cit., p. 537 ss.; ID., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 201; ID., *In tema di contratto per persona da nominare*, in *Foro pad.*, 1971, I, c. 471; F. MESSINEO, *Dottrina generale*, cit., p. 169; ID., *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu e F. Messineo, XXI, t. 1, Milano, 1968, p. 508 ss., ove tuttavia non si fa specifico riferimento al meccanismo condizionale; A. GIOVENE, *Del contratto per persona da nominare*, cit., p. 577; TENDI, *Trattato teorico-pratico della compravendita nel diritto civile italiano*, I, Firenze, 1906, p. 279; N. COVIELLO, *Della trascrizione*, II, in *Dir. civ. it.*, Napoli-Torino, 1915, p. 124; ID., *Manuale di diritto civile*

Più rilevante è altra questione, anche questa non pacificamente risolta in dottrina, e cioè se il contratto per persona da nominare, al momento della sua conclusione, produca già i suoi effetti, siano essi obbligatori e/o reali, nei confronti dei contraenti. A tal riguardo, qualcuno sostiene che, in pendenza della designazione, tutti gli effetti negoziali resterebbero sospesi³⁰⁶. Tale stasi effettuale troverebbe ragione

italiano. *Parte generale*, Milano, 1929, p. 407 E. COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1948, p. 312; R. DE RUGGIERO e F. MAROI, *Istituzioni di diritto civile*, riv. da C. Maiorca, II, Milano-Messina, 1965, p. 211, nota 2. Cfr. pure E. ENRIETI, voce *Contratto per persona da nominare*, cit., p. 673 s.

In giurisprudenza, Cass. 14 novembre 1959, n. 3374, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 24; Cass. 30 gennaio 1951, n. 251, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, c. 677; Cass. 15 marzo 1938, in *Riv. dir. comm.*, 1938, II, p. 364, con nota di Lordi, ed in *Riv. dir. fin.*, 1938, II, p. 313 ss., con nota di G. Stolfi; App. Milano, 23 dicembre 1960, in *Foro pad.*, 1961, I, p. 189; Trib. Perugia, 20 giugno 1950, in *Foro it.*, 1951, I, c. 263; App. Venezia 19 dicembre 1939, in *Riv. dir. fin.*, 1940, II, p. 120 s., con nota di S. Pugliatti

³⁰⁵ F. GAZZONI, *Profili*, cit., p. 235 ss.; ID., *La trascrizione*, cit., I, p. 319 s.; ID., *Manuale*, cit., p. 1043. Cfr. altresì F. DE CRISTOFARO, *Sul contratto per persona da nominare e sulla sua efficacia*, in *Notariato*, 2/1996, p. 119.

In giurisprudenza, Trib. Napoli 27 settembre 2007, in *Foro it.*, 2008, I, c. 278, con nota di PALMIERI

³⁰⁶ Così, F. CARRESI, voce *Contratto per persona da nominare*, cit., p. 132, con riferimento agli effetti obbligatori. Quanto, invece, agli effetti reali, l'impossibilità di produzione immediata degli stessi deriva, secondo l'A., dal sinallagma che li lega agli effetti obbligatori, di tal guisa che, «se non si producono gli uni, non possono prodursi neppure gli altri»; ID., *Funzione e struttura*, cit., p. 595. V. altresì G. SCALONE, *Spunti critici in tema di contratto per persona da nominare*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, I, p. 348: «L'inserzione in un contratto della clausola "per persona da nominare" determina uno stato di pendenza del rapporto contrattuale tra la perfezione dell'atto e l'entrata in vigore del disposto assetto di interessi. La riserva di nomina comporta quindi un differimento degli effetti del negozio al momento del manifestarsi del contegno, positivo o negativo, dello *stipulans*: il chiaro disposto degli art. 1404-05 C. Civ. non consente ombra di esitazione su questo punto». La sospensione dell'efficacia contrattuale troverebbe ragione nel fatto che «il contraente per persona da nominare deve oramai essere

«nella struttura stessa dell’istituto; infatti, non può agire lo stipulante per l’esecuzione del contratto perché, così facendo, porrebbe in essere un atto incompatibile con la volontà di designare un altro soggetto come parte del contratto; e non può neppure agire il promittente perché delle due l’una: o lo stipulante ne paralizza la pretesa sollevando l’eccezione desunta dalla riserva fatta di nominare il contraente, o, se adempie, decade dal diritto di fare la *electio amici* e quindi gli effetti contrattuali vengono a lui, irrevocabilmente, imputati»³⁰⁷.

riguardato prevalentemente come uno strumento dell’attività intermediaria o della circolazione indiretta delle situazioni giuridiche obbligatorie» (p. 343); M. PENNASILICO, *Profili*, cit., p. 129 ss., il quale tuttavia non esclude a priori «un diverso atteggiamento della volontà negoziale, risultando, quindi, arbitraria qualsiasi soluzione preconcepita e assoluta, che potrebbe risolversi nel sacrificio del reale intento delle parti» (p. 132); G. GIACOBBE, *Appunti e spunti*, cit., p. 1480; G. VISINTINI, *Del contratto per persona da nominare*, cit., p. 361 s.; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 1043 s.; ID., voce *Contratto per persona da nominare*, cit., p. 3 ss.; ID., *Profili*, cit., p. 237. Cfr. altresì P. PERLINGIERI, *Manuale*, cit., p. 483: «In realtà, il contratto stipulato per sé o per persona da nominare ha immediatamente efficacia, sebbene le situazioni prodotte siano temporaneamente prive di un titolare attuale o definitivo. Esso produce in capo allo stipulante – *medio tempore* titolare potenziale dei diritti e degli obblighi già prodotti dal contratto – un potere di “appropriazione” degli effetti contrattuali o, meglio, delle situazioni giuridiche e una facoltà di nominare, in sua sostituzione, un terzo quale destinatario di effetti contrattuali. La nomina di un terzo consuma la titolarità potenziale dello stipulante attribuendo retroattivamente il rapporto all’*electus* in via definitiva [...]».

In giurisprudenza, Cass. 13 giugno 1959, n. 1807, cit., p. 1483, la quale, aderendo alla teoria della rappresentanza eventuale *in incertam personam*, sostiene che «finché la riserva non sia stata sciolta in senso positivo o negativo, [...] la fattispecie è in stato di pendenza o “*in itinere* formativo”, in quanto non è ancora chiaro se sia stato concluso un contratto “in nome proprio” o un contratto “*nomine alieno*”, anche se poi – superata questa fase – gli effetti si produrranno nell’una o nell’altra direzione a far tempo dalla stipulazione del contratto stesso»; Trib. Napoli, 17 novembre 1968, in *Dir. giur.*, 1970, p. 651; Trib. Napoli, 17 febbraio 1969, in *Giur. di merito*, 1969, I, p. 517.

³⁰⁷ F. CARRESI, *op. loc. ultt. citt.*

Al contrario, l'opinione avallata da altra parte della dottrina³⁰⁸, e accompagnata da una giurisprudenza pressoché costante³⁰⁹, sostiene la immediata operatività degli

³⁰⁸ E. ENRIETTI, *Il contratto per persona da nominare*, cit., p. 148; ID., voce *Contratto per persona da nominare*, cit., p. 671; F. MESSINEO, *op. loc. ultt. citt.*; ID., *Il contratto in genere*, cit., p. 506; U. NATOLI, *Della trascrizione*, cit., I, p. 66; N. VISALLI, *Natura giuridica del contratto per persona da nominare*, cit., p. 1390; ID., *Contratto per persona da nominare e preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, §3, consultabile su www.pluris-cedam.utetgiuridica.it; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., III, p. 132 s., per il quale la clausola di riserva è «pienamente compatibile con l'immediata operatività degli impegni assunti. Così, ad es., nella vendita di cose da costruire la riserva di nomina non giustificerebbe la sospensione degli impegni reciproci (costruzione del bene, versamento degli anticipi, ecc.)»; G. DE NOVA, *Il contratto per persona da nominare*, cit., p. 450; G. STELLA, *Il contratto per persona da nominare*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, I, *Formazione*, a cura di C. Granelli, Milano, 2006, p. 1082; (sembra) A. LUMINOSO, *La trascrizione del contratto per persona da nominare*, in *Riv. dir. civ.*, 5/2015, p. 1049 s.; P.M. VECCHI, *Il contratto per persona da nominare*, cit., p. 213 s.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 201; ID., *La conclusione*, cit., p. 554: «Il primo [lo stipulante] assume su di sé tutti gli obblighi nascenti dal contratto, e diventa perciò proprietario della cosa acquistata, e come tale fa suoi i frutti; subisce gli effetti del caso fortuito; non può recedere dall'acquisto, e può, come ogni proprietario sotto condizione risolutiva, compiere atti di disposizione, e cioè costituire sulla cosa diritti reali di garanzia e di godimento, o alienarla»; C. LAZZARA, *Il contratto per persona da nominare*, Milano, 1965, p. 23 ss., e spec. 114 ss.; P. DELLE MONACHE, *La "contemplatio domini". Contributo alla teoria della rappresentanza*, Milano, 2001, p. 372 ss.; R. SCISCA, *I contratti per persona da dichiarare*, cit., p. 16 ss., il quale sostiene che gli effetti rimarrebbero sì sospesi, ma per il solo stipulante, non per il promittente che perderebbe immediatamente la titolarità del diritto alienato.

³⁰⁹ Cass. 12 dicembre 1995, n. 12733, in *Notariato*, 1996, p. 109, con nota di F. DE CRISTOFARO: «Fin dalle origini della evoluzione storica dell'istituto (quando l'acquirente *pro nominanda persona* veniva qualificato come *fiduciarius emptor*) è rimasto poi ben fermo che colui che si riserva la nomina rimane vincolato nei confronti del promittente già al momento della stipulazione del contratto, pur avendo la possibilità di farsi sostituire da un terzo con effetto retroattivo. Il che comporta che, compiuto l'atto, i diritti e gli obblighi che da esso derivano riguardano solo lo stipulante fino a quando costui non proceda alla dichiarazione di nomina prevista dall'art. 1405 c.c. Appunto per questo – e a differenza di quanto stabilito in tema di rappresentanza (art. 1389, primo e secondo comma, c.c.) – colui che dichiara la volontà

effetti negoziali nei confronti di stipulante riservatario e promittente, essendo questa «un principio che non può essere derogato dalle parti, riflettendo esigenze di carattere generale che trascendono quelle, particolari, di cui esse sono portatrici»³¹⁰. Più precisamente, «[q]uesto carattere [...] riflette[rebbe] l'esigenza di assicurare certezza nella posizione giuridica derivante dal contratto in presenza di una dichiarazione che lascia l'individuazione del titolare dei diritti e degli obblighi da esso derivanti alla volontà dello stipulante»³¹¹.

A sostegno di tale orientamento, sono addotti ulteriori argomenti. Una conferma si trarrebbe, anzitutto, dal diritto positivo: l'art. 1405 c.c., infatti, non prevede la irretroattività dell'acquisto dello stipulante, a dimostrazione del fatto che l'efficacia immediata del contratto la rende superflua³¹². Ancóra, si afferma che l'apposizione

negoziale “per persona da nominare”, deve essere legalmente capace di contrattare (art. 1425, primo comma, c.c.) e, sempre per la stessa ragione, per la validità del contratto è necessario che la sua stipulazione non sia vietata a tale soggetto»; Cass. 4 ottobre 1983, n. 5777, cit.; Cass. 10 gennaio 1976, n. 55, in *Mass. Giur. it.*, 1983; Cass. 14 novembre 1959, n. 3374, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 24; Cass. 21 novembre 1958, n. 3767, *ivi*, 1959, I, p. 262 s.; App. Brescia, 20 febbraio 1956, in *Mass. Giust. civ.*, 1956, p. 9; Cass. 14 ottobre 1955, n. 3167, in *Rep. Foro it.*, 1955, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 372-373; Cass. 30 gennaio 1951, n. 251, in *Foro it.*, 1951, I, p. 563; Trib. Perugia 20 giugno 1950, in *Foro it.*, 1951, I, p. 263 s.; Trib. Napoli 30 dicembre 1935, in *Riv. dir. comm.*, 1936, II, p. 184, con nota di G. STOLFI.

³¹⁰ Cass. 12 dicembre 1995, n. 12733, cit., p. 114.

³¹¹ Cass. 12 dicembre 1995, n. 12733, cit., *ibidem*.

³¹² E. ENRIETTI, voce *Contratto per persona da nominare*, cit., p. 672: «Per conto mio, se l'art. 1405 non stabilisce la retroattività dell'acquisto dello stipulans, ciò è dovuto al fatto che una tale statuizione non era affatto necessaria: appunto perché lo *stipulans* acquista subito la proprietà della cosa (l'acquista cioè sin dal momento della conclusione del contratto)»; C. LAZZARA, *op. cit.*, p. 116; N. VISALLI, *Natura*, cit., p. 1389 s.; ID., *Contratto per persona da nominare*, *loc. ult. cit.*, ritiene che manchi «una valida giustificazione, desumibile dai principi della logica del sistema, per ritenere che la decorrenza degli effetti contrattuali per lo

della riserva di nomina non determina incertezza giuridica sull'esistenza del contraente, ma soltanto incertezza sulla sua eventuale sostituzione³¹³. Tantomeno osterebbe alla immediata operatività degli effetti la circostanza che lo stipulante non potrebbe agire per ottenere l'esecuzione del contratto senza porre in essere un atto incompatibile con la riserva di nomina: un simile contegno, da parte del riservatario, dovrebbe piuttosto interpretarsi come «tacita rinuncia ad avvalersi del potere di scelta, trattandosi di un comportamento univoco che rivela l'intenzione di costui di essere il destinatario definitivo degli effetti prodotti dal contratto»³¹⁴.

stipulante sia diversa da quella stabilita per il terzo designato. La prova di tale mancanza si ricava da un'altra norma: il citato articolo 1404 c.c. prevede la retroattività degli effetti senza disporre espressamente la salvezza dei diritti acquistati dai terzi nel periodo di pendenza del termine di nomina, a differenza di quanto stabilisce l'art. 1399 c.c. Il primo dei due articoli implica, quindi, che il promittente, in caso di contratto ad effetti reali, perde immediatamente la titolarità del diritto ed il terzo, avente causa da lui, quale acquirente *a non domino*, non può avvalersi del proprio acquisto, salva l'applicazione delle regole sulla circolazione dei beni. Ciò conferma indirettamente che non vi è alcuna sospensione degli effetti del contratto nei rapporti fra promittente e stipulante prima che sia sciolta la riserva di nomina, tanto è vero che, se l'*electio* non avviene, la vendita del bene, oggetto del contratto, eseguita *medio tempore* dal secondo dei soggetti indicati a favore del terzo rimane valida avendo essa valore di rinuncia tacita al potere di scelta». Cfr. pure F. MESSINEO, *op. ult. cit.*, p. 506; G. DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 411.

³¹³ Così, le già citate Cass. 4 ottobre 1983, n. 5777; Cass. 10 gennaio 1976, n. 55; Cass. 14 novembre 1959, n. 3374.; Cass. 14 ottobre 1955, n. 3167. V. pure L. FERRI, *Della trascrizione immobiliare*, cit., p. 89 s.

³¹⁴ N. VISALLI, *Contratto per persona da nominare*, cit., §3. L'A. poi precisa (§4) che «lo stipulante può rinunciare tacitamente alla nomina compiendo atti incompatibili con l'esercizio positivo del potere di cui è investito, come avviene, si è detto, se egli chiede l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto [l'ipotesi presa in considerazione è quella di un contratto preliminare per persona da nominare]. Ugualmente, per quanto riguarda i contratti ad effetti reali lo stipulante fino al momento dell'*electio* non può compiere alcun atto di disposizione del bene – compresa l'iscrizione ipotecaria –, perché esso implica rinuncia

È stato pure acutamente osservato che l'art. 58 R.D. 30 dicembre 1923, n. 3269 imponeva, e l'art. 32 T.U.R. oggi impone, ove l'*electio amici* non venga eseguita come prescrive la legge, il pagamento di una seconda imposta di registro, pari a quella stabilita per l'atto cui si riferisce la dichiarazione di nomina, quale, ad esempio, una vendita. Ciò in quanto «la legge, in questo secondo caso, ravvisa nell'*electio* un secondo trasferimento della proprietà: dallo *stipulans* all'*electus*. E allora, è di per sé evidente che questo secondo trasferimento postula necessariamente un primo trasferimento: quello che avviene dal *promittens* allo *stipulans*. Dal che non può non risultare il convincimento che, per il legislatore, l'acquisto immediato della proprietà della cosa è una caratteristica essenziale del contratto per persona da nominare: non si potrebbe altrimenti spiegare il fatto della duplicità della tassa proporzionale prevista dall'art. 58 cit. [oggi art. 32 T.U.R.], cioè il fatto del doppio trasferimento»³¹⁵.

tacita alla nomina. Lo stesso dicasi in ordine alla sua pretesa di avere consegnato dal promittente la cosa acquistata, salvo che sia intervenuto un accordo fra i due per il trasferimento della mera detenzione. L'accordo, a mio avviso, non può conferire allo stipulante il possesso anticipato, perché questo presuppone nel possessore l'*animus* di esercitare il diritto di proprietà o altro diritto reale sulla cosa, *animus* incompatibile con la riserva di nomina».

³¹⁵ E. ENRIETTI, voce *Contratto per persona da nominare*, cit., p. 671, corsivo originale. Ma v. pure, nel medesimo senso, N. VISALLI, *Natura*, cit., loc. ult. cit., per il quale l'eventualità dell'applicazione di una seconda imposta di trasferimento «presuppone necessariamente un precedente trasferimento già avvenuto tra *promittens* e *stipulans*. Infatti, se la dichiarazione di nomina viene, ad esempio, comunicata fuori termine, essa deve considerarsi come nuovo ed autonomo atto traslativo di diritti dallo *stipulans* all'*electus*. Il che sta a significare che il primo ha acquistato la proprietà della cosa in tempo anteriore alla nomina».

È interessante notare, inoltre, che la normativa tributaria sul punto è rimasta, come rileva lo stesso E. ENRIETTI (*op. loc. ultt. citt.*), pressoché immutata nel tempo. Si vedano, infatti: art. 43 T.U. 20 maggio 1897, n. 217; art. 42 T.U. approvato con R.D. 13 settembre 1874, n. 2076;

Che il riservatario acquisti ed assuma, al momento di conclusione del contratto, rispettivamente i diritti e gli obblighi da quello derivanti, sembra potersi in certa misura dedurre³¹⁶, altresì, dalla Relazione al codice civile del Ministro Guardasigilli, il quale così scriveva: «In pratica la riserva di nomina non si fonda sempre su un incarico anteriore; non è raro infatti che si contrae per persona da nominare senza nemmeno avere la certezza di poter attuare il proposito di *trasferire ad altri i diritti che si acquistano e gli obblighi che si assumono*. [...] A differenza di quanto è disposto per il rappresentante senza poteri, gli effetti del contratto *rimangono in capo al contraente* che aveva fatto la riserva di nomina quando l'*electio* non si compie nel termine previsto dalla legge o dal contratto»³¹⁷.

Sotto l'aspetto terminologico, è pure interessante notare che il tenore letterale dell'art. 583 c.p.c., in tema di vendita all'incanto, non si discosta molto da quello

art. 40 R.D. 14 luglio 1866; L. 21 aprile 1861, n. 585; e prima ancora, lo Statuto organico francese 5 dicembre 1790 e la Legge di Registro francese 22 frimaio, anno VII, art. 68, § I, n. 24, art. 69, § V, n. 4 e § VII, n. 3.

³¹⁶ Come dimostrano di fare E. ENRIETTI, *op. ult. cit.*, p. 671 s.; F. DE CRISTOFARO, in *Not.*, cit., p. 119, che pure pare propendere per la tesi della sospensione dell'efficacia; nonché la già citata Cass. 12 dicembre 1995, n. 12733, cit., p. 114.

³¹⁷ *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942*, Roma, 1943, n. 639, p. 140, consultabile su www.consiglionazionaleforense.it. Corsivo aggiunto. Cfr. E. ENRIETTI, *op. ult. cit.*, p. 672: «Che cosa significa infatti la frase che, non è raro che si contragga per persona da nominare senza neanche sapere se poi si potrà “attuare il proposito di *trasferire ad altri i diritti che si acquistano e gli obblighi che si assumono*”? Non vuole significare essa che il contratto per persona da nominare produce subito i suoi effetti in capo allo *stipulans*? Si noti poi ancora l'ultima frase della Relazione ministeriale: in caso di mancata *electio*, “gli effetti del contratto *rimangono* in capo al contraente che aveva fatto la riserva di nomina”. Pare di udire le parole degli antichi scrittori del diritto comune: “...*elapso anno (quando nihil de tempore specialiter dictum fuerit), in stipulante perfecte contractus remanserit*”[CASAREGIS, *Discursus legales de commercio*, I, disc. V, n. 24]».

proprio della Relazione, allorquando dispone che il «procuratore legale, *che è rimasto* aggiudicatario per persona da nominare, deve dichiarare in cancelleria nei tre giorni dall'incanto il nome della persona per la quale ha fatto l'offerta, depositando il mandato».

Questo è, insomma, lo stato attuale del dibattito intorno all'efficacia, immediata o sospesa, del contratto cui sia stata apposta la riserva per persona da nominare.

Ove, allora, si decidesse di convenire con l'orientamento che sostiene che tale clausola non ostacoli la produzione immediata degli effetti negoziali, la funzione circolatoria della dichiarazione di nomina sembra palesarsi, invero, con una certa evidenza.

L'*electio amici* costituisce, secondo l'opinione che pare prevalente, una dichiarazione negoziale³¹⁸ la cui funzione è, anche solo in senso descrittivo, quella

³¹⁸ Sembra prevalente l'orientamento che attribuisce valore negoziale alla dichiarazione di nomina. In dottrina, v., tra gli altri, R. SCISCA, *I contratti*, cit., p. 48; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., Torino, 1960, p. 561; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., p. 502; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 294; G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p.541; F. GAZZONI, *Profili*, cit., p. 245 s.; ID., *Manuale*, cit., p. 1046: «Ponendosi la dichiarazione di nomina come presupposto di legittimazione ai fini dell'accettazione (o come condizione di rilevanza esterna dell'autorizzazione preventiva), essa sembra avere natura negoziale, se non altro perché l'*electio* implica una valutazione di interessi, sia pure sotto il profilo della *omissio adquirendi*, discendente da una precisa volontà del soggetto, che ha come punto di riferimento non solo l'atto ma anche i suoi effetti»; A. LUMINOSO, *La trascrizione del contratto per persona da nominare*, cit., p. 1053; G. STELLA, *Il contratto per persona da nominare*, cit., I, *Formazione*, p. 1085 s.; A. DE MARTINI, *Sulla natura giuridica del contratto per persona da nominare*, cit., p. 765; TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale*, cit., p. 595; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., III, p. 135; P.M. VECCHI, *Il contratto per persona da nominare*, cit., p. 210. *Contra*, nel senso che avrebbe natura non negoziale, G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 412; F. CARRESI, voce *Contratto per persona da nominare*, cit., p. 137, implicitamente

di imputare all'*amicus* la titolarità, *ab initio*, del rapporto contrattuale originariamente sorto tra stipulante e promittente³¹⁹. Più precisamente, la nomina realizzerebbe una modificazione soggettiva del rapporto, sostituendo retroattivamente all'originario contraente il soggetto designato³²⁰.

nella misura in cui equipara la nomina ad un «atto o fatto che elimini lo stato di pendenza»; G. VISINTINI, *Del contratto per persona da nominare*, cit., p. 350; A. DE MARTINI e G. RUOPPOLO, *Rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, diretta da R. Nicolò e M. Stella-Richter, Libro IV, t. 2, sub art. 1402, Milano, 1971, p. 699.

In giurisprudenza, *ex pluribus*, Cass. 13 giugno 1953, n. 1807, cit; Cass. 21 novembre 1958, n. 3767, cit.; Cass. 19 ottobre 1965, n. 2142, in *Giur. it.*, 1966, I, p. 303; Cass. 29 aprile 1993, n. 5073, in *Riv. giur. edil.*, 1994, I, p. 39.

³¹⁹ Così, C.M. BIANCA, *op. loc. ultt. citt.*

³²⁰ In questi stessi termini, v. N. VISALLI, *Contratto per persona da nominare*, cit., §4, ove chiaramente afferma che «il potere di designazione, spettante allo stipulante, nel contratto per persona da nominare va inquadrato [...] nella categoria dei poteri unilaterali di modificazione (*ius variandi*) del rapporto contrattuale. Si tratta del diritto potestativo di introdurre una modificazione (soggettiva) nel rapporto sostituendo come parte sostanziale allo stipulante il terzo designato con effetto *ex tunc*. Lo *ius variandi* [...] incide, cioè, sul rapporto contrattuale derivante dalla fattispecie lasciando inalterata quest'ultima». Cfr., altresì, G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 93 s.: «La dichiarazione di nomina non elimina radicalmente l'efficacia del contratto in precedenza trascritto, ma la modifica soltanto, sostituendo uno ad altro acquirente»; A. LUMINOSO, *La trascrizione del contratto per persona da nominare*, cit., p. 1050: «Al contratto in esame le parti appongono un patto accessorio[...]. Tale patto è fonte [...] di un potere il cui esercizio produce l'effetto di sostituire l'*electus* allo stipulante»; P. PERLINGIERI, *Manuale*, cit., p. 483 s., che definisce la dichiarazione di nomina, «negozio unilaterale e recettizio *modificativo della disciplina del rapporto*» (corsivo aggiunto); F. GAZZONI, voce *Contratto per persona da nominare*, cit., p. 6. Cfr. altresì F. MAGLIULO, *Dichiarazione di nomina di terzo tra preliminare e definitivo immobiliare*, nella collana *I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, 1/2008, *Liberalità non donative e attività notarile*, consultabile su www.elibrary.fondazione-notariato.it: «Il contratto per persona da nominare, infatti, qualunque tesi si segua in relazione alla ricostruzione della sua natura giuridica, realizza in ogni caso una sostituzione dell'*electus* nell'intero rapporto contrattuale, sia nei suoi elementi attivi che in quelli passivi» (corsivo aggiunto).

Ebbene, ci sembra che questo peculiare effetto modificativo, che scaturisce dalla dichiarazione dello stipulante, si componga, al suo interno, di due momenti tra loro complementari: il primo, la perdita del diritto o, più in generale, di quel rapporto la cui titolarità lo stipulante aveva già conseguito per effetto della conclusione del contratto; il secondo, l'acquisto di quel medesimo diritto o, più in generale, di quel medesimo rapporto³²¹, da parte del terzo nominato, a far data, giusto il disposto dell'art. 1404 c.c., dalla stipula del contratto. Si rinvencono, cioè, i momenti che qualificano la circolazione giuridica.

Ciò non vuol dire, naturalmente, che la dichiarazione di nomina abbia efficacia traslativa, posto che non ogni modificazione soggettiva deve necessariamente corrispondere ad un trasferimento in senso tecnico. Il requisito minimo di ogni modificazione soggettiva è il mutamento di alcuna delle parti «lasciando inalterata, per definizione, l'identità del rapporto: questo rimane lo stesso, sebbene muti il soggetto attivo o il soggetto passivo»³²².

Ebbene, la dichiarazione di nomina non comporta alcun trasferimento nella misura in cui essa non costituisce il titolo dell'acquisto dell'*electus*, titolo che è da rinvenirsi, invece, nel contratto che ebbero a concludere stipulante e promittente. Tuttavia, l'incapacità della dichiarazione del riservatario di attuare un (ulteriore)

³²¹ Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine*, cit., p. 90: «Con l'estinzione del rapporto il soggetto attivo perde il diritto o altro potere: perdita cui non corrisponde l'acquisto di altro soggetto, appunto perché il diritto è estinto. [...] Invece acquisto e perdita possono essere aspetti complementari di uno stesso evento: il diritto è perduto da un soggetto per essere acquistato da un altro soggetto. Si entra allora nell'ambito delle modificazioni del rapporto giuridico, e precisamente delle modificazioni soggettive, le quali possono riguardare la posizione attiva e la posizione passiva del rapporto».

³²² F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine*, cit., p. 89.

trasferimento, non priva per ciò solo l'atto della sua portata circolatoria, giacché, come è stato acutamente osservato, «il terzo acquisterà sempre da o, quanto meno, tramite colui che ha fatto la riserva»³²³. Nel meccanismo del contratto per persona da nominare è cioè presente un'unica volontà traslativa, quella del promittente, originariamente indirizzata nei confronti e a favore dello stipulante. Quest'ultimo, successivamente alla conclusione del contratto, piuttosto che manifestare una propria e ulteriore volontà traslativa, *si limita* a imputare gli effetti derivanti da quella del *promittens* alla sfera giuridica di un altro soggetto, l'*electus*. Il risultato empirico è che il diritto è appartenuto a due diversi titolari, ferma restando la retroattività dell'acquisto del terzo in punto di diritto sostanziale.

Si consideri, poi, che a sottolineare l'attitudine circolatoria del negozio in parola si aggiunge l'idoneità dello stesso a realizzare, a determinate condizioni, una donazione c.d. indiretta: può darsi, ad esempio, che lo stipulante, concluso il contratto di compravendita e pagato per intero il prezzo, sciogla poi la riserva nominando, *animo donandi*, quale parte acquirente il terzo³²⁴. Secondo un

³²³ U. NATOLI, *Della trascrizione*, cit., I, p. 65. V. pure R. TRIOLA, *Della trascrizione*, cit., I, p. 59, ove afferma che «la dichiarazione di nomina realizza, in sostanza, sia pure in collegamento con il contratto concluso dallo stipulante, un trasferimento dall'alienante alla persona nominata».

³²⁴ Così, Cass. 29 febbraio 2012, n. 3134, in *Notariato*, 4/2012, p. 366, dove afferma: « la donazione indiretta è caratterizzata dal fine perseguito, che è quello di realizzare una liberalità, e non già dal mezzo, che può essere il più vario, nei limiti consentiti dall'ordinamento, e può essere costituito anche da più negozi tra loro collegati, *come nel caso in cui un soggetto, stipulato un contratto di compravendita, paghi o si impegni a pagare il relativo prezzo ed, essendosene riservata la facoltà nel momento della conclusione del contratto, provveda ad effettuare la dichiarazione di nomina, sostituendo a sé, come destinatario degli effetti negoziali,*

orientamento³²⁵, inoltre, oggetto di collazione sarebbe, in tal caso, non il danaro versato al venditore, bensì il bene stesso oggetto della compravendita, e ciò

il beneficiario della liberalità, così consentendo a quest'ultimo di rendersi acquirente del bene ed intestatario dello stesso», corsivo aggiunto.

³²⁵ V. tra gli altri, F. CARRESI, *Alcune questioni in tema di collazione*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1954, I, p. 125-126; F. CARNELUTTI, *Donazione di immobile o donazione di danaro?*, in *Foro it.*, 1956, IV, p. 185 s.; V.R. CASULLI, voce *Collazione delle donazioni*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 465; P. CARUSI, *Dazione di danaro a titolo di liberalità per acquisto di immobile*, in *Riv. not.*, 1948, 11, p. 347-348; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato*, II, Torino, 1955, n. 1080, III, p. 937 e ivi nota 2; A.A. CARRABBA, *Donazioni*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, IV, 27, Napoli, 2009, p. 784. In giurisprudenza, tra le altre, v. Cass., 29 marzo 1946, n. 335, in *Foro it.*, 1944-1946, I, c. 714 ss.; Trib. Cagliari, 27 settembre 1949, in *Foro sardo*, 1949, p. 269; App. L'Aquila, 20 ottobre 1954, in *Foro it. Rep.*, 1955, voce *Successione*, n. 199; Cass. 19 marzo 1980, n. 1851, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 1554; Cass. 15 dicembre 1984, n. 6581, in *Riv. not.*, 1985, p. 724; Cass. 31 gennaio 1989, n. 596, in *Riv. not.*, p. 1163 ss., con nota di N. DI MAURO, *Individuazione dell'oggetto della liberalità in alcune fattispecie particolari*, il quale osserva che «il pregio di quest'orientamento, fatto proprio dalla Corte di Cassazione, sta principalmente nell'apprezzabile tentativo di ovviare alle conseguenze pregiudizievoli cui sono esposti gli altri legittimari; infatti seguendo l'orientamento tuttora prevalente che considerava oggetto di liberalità il danaro, e data la normale svalutazione del danaro a fronte del costante incremento del valore degli immobili, si venivano a creare degli evidenti squilibri e delle iniquità sostanziali tra i vari figli» (p. 1170); Cass. 5 agosto 1992, n. 9282, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 2991; Cass. 29 maggio 1998, n. 5310, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 1164; Cass. 22 settembre 2000, n. 12563, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, p. 1982; Cass. 29 febbraio 2012, n. 3134, cit.; Cass. 4 settembre 2015, n. 17604, in *Guida al diritto*, 2016, 1, p. 80.

Con specifico riferimento, poi, al preliminare di compravendita per sé o per persona da nominare, v. L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e L. Mengoni, e proseguito da P. Schlesinger, Milano, 1984 p. 216; U. CARNEVALI, voce *Collazione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 475.; B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto dal Vassalli, XII, 4, Torino, 1961, p. 987; G. SFORZA, in *Foro it.*, 1981, 5, p. 1395, in nota a Cass. 19 marzo 1980, n. 1851.

nonostante l'impossibilità tecnica di scorgere nello stipulante-donante la qualità di dante causa del terzo nominato³²⁶. Sicché, la possibilità di realizzare, mediante la dichiarazione di nomina, una donazione, quantunque indiretta, dell'immobile compravenduto, parrebbe confermarne la propensione circolatoria.

Sembra, peraltro, che tale propensione abbia caratterizzato la dichiarazione di nomina sin dalla genesi storica³²⁷ del contratto *cum facultate eligendi*.

Questo nasce all'epoca del diritto comune onde soddisfare, essenzialmente, due interessi pratici.

Il primo, l'interesse alla riservatezza avvertito dalle persone di alto rango sociale e dotate di consistenti mezzi economici, le quali, in sede di vendite con pubblico incanto, non volevano essere «accusate di malevolenza verso i debitori espropriati» o che provavano «un certo ritegno ad apparire offerenti non aggiudicatari»³²⁸.

Il secondo, assai più pregnante, l'interesse degli aggiudicatari a rivendere l'affare a terzi, possibilmente lucrando da questi un certo prezzo in cambio della

³²⁶ A.A. CARRABBA, *Donazioni*, cit., p. 787: «Nei casi di intestazione di beni a nome altrui si è di regola in presenza di un atto di compravendita tra il beneficiario della liberalità-acquirente e un terzo venditore, per cui il donante con riferimento al bene oggetto di acquisto e dunque di attribuzione donativa indiretta non assume la veste di dante causa».

³²⁷ Sulla quale, cfr., tra gli altri, E. ENRIETTI, voce *Contratto per persona da nominare*, cit., p. 667 ss.; F. GAZZONI, *Profili*, cit., p. 229; R. CARAVAGLIOS, *Il contratto per persona da nominare*, cit., p. 10 ss.; M. PENNASILICO, *Profili*, cit., p. 11 ss.

³²⁸ R. SCISCA, *I contratti per persona da dichiarare*, cit., p. 6, nota 2. Cfr. altresì E. ENRIETTI, voce *Contratto per persona da nominare*, cit., p. 668 s.; ID., *Il contratto per persona da nominare*, cit., p. 23 ss.; F. GAZZONI, *Profili*, cit., p. 229 s.; G. STOLFI, *La conclusione*, cit., p. 537 ss.; R. BRACCINI, voce *Contratto per persona da nominare II) Diritto tributario*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, p. 2; P.A. MERLIN, voce *Vente*, in *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, XXXVI, Bruxelles, 1828, p. 62 ss.; E. FOUCAULT, *De la vente avec élection de command*, Paris, 1893, p. 7.

dichiarazione di nomina³²⁹, e al contempo evitando tuttavia che «il fisco, considerando il procedimento alla stregua di un duplice trasferimento, imponesse una doppia tassazione», cosa che «avrebbe senza dubbio scoraggiato il ricorso a questa figura»³³⁰. Da qui, la fortuna che nella prassi commerciale, non soltanto nelle

³²⁹ Cfr. F. GAZZONI, *op. loc. ultt. citt.*, secondo il quale «non si può negare che il meccanismo della riserva di nomina si prestava a facili frodi nei confronti del fisco nella misura in cui il termine per la designazione fosse sufficientemente lungo per permettere all'originario contraente, pur in assenza di preventivo mandato, di reperire un altro acquirente da sostituire a se stesso. *In tal modo si poteva realizzare un doppio trasferimento in termini economici (ma un unico passaggio in termini giuridici e dunque fiscali), lucrando la differenza di prezzo*» (corsivo aggiunto); ID., *Manuale*, cit., p. 1039: «Tale strumento si rivelò ben presto ottimo mezzo di evasione fiscale, perché, prolungando i tempi della nomina, *per il suo tramite si poteva realizzare un vero e proprio doppio trasferimento sul piano commerciale*, soggetto tuttavia al pagamento di un'unica imposta» (corsivo aggiunto). Cfr. pure R. CARAVAGLIOS, *op. cit.*, p. 12 ss. Questa è, d'altronde, la ragione che ha favorito il rilancio dello schema del contratto per persona da nominare in combinazione con quello del contratto preliminare, come rilevato da G. VISINTINI, *Del contratto per persona da nominare*, cit., p. 348 s., per la quale il ritrovato interesse per la figura è dovuto anche «all'esigenza di snellimento del traffico giuridico mediante *una circolazione dei beni immobili sottratta ai trasferimenti intermedi* e più spedita e, non ultimo, ad un intento speculativo che è dimostrato nella realtà del ricorso a questo duplice schema contrattuale, dal fatto che lo stipulante assume sostanzialmente la veste di intermediario»; in tal modo si assicura allo «stipulante-compratore la possibilità di far circolare la situazione obbligatoria preordinata al trasferimento del diritto con la possibilità di speculare sulla differenza tra il prezzo pattuito e pagato al promittente e quello invece pattuito con la persona che verrà nominata». Corsivo aggiunto. Sul punto, v. anche R. BRACCINI, *op. loc. ultt. citt.*, il quale annota che, l'istituto «ha trovato un artificioso quanto anomalo rilancio per celare una o più vicende circolatorie del bene o del contratto che lo ha per oggetto. Lo stipulante si pone infatti come il primo di una possibile catena di soggetti che si interpongono non palesemente nella circolazione del bene oppure del pari realizzano su di esso una "speculazione differenziale"».

³³⁰ F. GAZZONI, *op. loc. ultt. citt.* Cfr. altresì E. ENRIETTI, voce *Contratto per persona da nominare*, cit., p. 669.

vendite all'incanto ma anche nelle trattative private, ha conosciuto la fattispecie in parola. Anzi, si è affermato che «[q]uesta *funzione economica di circolazione indiretta di beni* – propria del contratto per persona da nominare – non è affatto una funzione nuova, nata cioè solo nei tempi moderni, bensì, [...] essa è stata la ragione principale dello sviluppo di tale contratto nel diritto comune, nonché del suo estendersi alle vendite private»³³¹.

Ora, dato per pacifico che la dichiarazione di nomina non produce effetti traslativi, ma solo modificativi, in senso soggettivo, del rapporto nascente dal contratto e tenendo tuttavia in considerazione l'attitudine circolatoria che essa, ci sembra, è comunque idonea ad esprimere, si può meglio comprendere perché il legislatore abbia imposto per tale dichiarazione la medesima disciplina pubblicitaria prevista per il contratto cui fu apposta la riserva.

Invero, se ci si ferma all'aspetto puramente effettuale dell'*electio amici*, l'art. 1403² c.c., nella parte in cui stabilisce che «deve *agli stessi effetti* [della segnalazione pubblicitaria cui è assoggettato il contratto] essere resa pubblica anche la

³³¹ Così, E. ENRIETTI, *op. ult. cit.*, p. 671, corsivo aggiunto. L'A. si rifà a quanto rilevato da R.T. TROPLONG, *Della vendita*, trad. it., Palermo, 1841, §64: «Dalle vendite pubbliche questo uso si estese alle vendite private e divenne anche frequentissimo perché i pratici se ne servirono per procurare rivendite a pregiudizio dei diritti di signoria, che i giuristi videro sempre a malincuore. La clausola dell'*electio amici* si trova autorizzata in Francia negli Statuti di Amiens, di Peronne, di Cambresis e nella Fiandra». Cfr. pure G. SCALONE, *op. cit.*, p. 343, secondo cui «il contratto per persona da nominare deve oramai essere riguardato prevalentemente come uno *strumento* dell'attività intermediaria o *della circolazione indiretta delle situazioni giuridiche obbligatorie*» (corsivo aggiunto); E. FOUCAULT, *op. loc. ultt. citt.*; G. FLATTET, *Les contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en Droit français*, Paris, 1950, p. 284

dichiarazione di nomina», appare quasi privo di senso³³². Ciò in quanto la dichiarazione di nomina «non è un ulteriore atto di disposizione, ma un atto integrativo dell'originario contratto per persona da nominare, che con essa acquista efficacia definitiva e diretta per la persona nominata, la quale dovrà considerarsi avente causa dell'originario alienante e non dello stipulante. Non si vede perciò come la trascrizione della dichiarazione di nomina possa avere gli stessi effetti della trascrizione del contratto al quale si riferisce»³³³. L'art. 2644 c.c., che è la norma ai cui effetti dovrebbe trascriversi la dichiarazione di nomina, regola, per *communis opinio*, il conflitto tra due soggetti che abbiano acquistato il medesimo diritto, o comunque diritti incompatibili, dal medesimo dante causa. Tuttavia, proprio l'assenza di efficacia traslativa impedisce di qualificare l'*electus* quale successore a titolo particolare dello stipulante, di talché, laddove quest'ultimo avesse a sua volta alienato a terzi il diritto conseguito dal promittente, il conflitto tra l'*electus* e

³³² G. STOLFI, *La conchiusione*, cit., p. 513; ID., *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 207 s., ad es., propone l'abrogazione tacita della locuzione "agli stessi effetti". Cfr. pure M. PENNASILICO, *La trascrizione del contratto per sé o per persona da nominare*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, III, a cura di S. Pagliantini, E. Quadri e D. Sinesio, Milano, 2008, p. 2118, secondo il quale l'inciso suscita non lievi perplessità; A. GIOVENE, *op. ult. cit.*, p. 579, che ritiene la disposizione in parola assimilabile all'art. 2655 c.c.

³³³ Così, R. NICOLÒ, *La trascrizione*, cit., I, p. 95. Conformi, F. GAZZONI, voce *Contratto per persona da nominare*, cit., p. 7; ID., *Manuale*, cit., p. 1049: «Quest'ultima formalità non può dunque valere a dirimere le controversie tra più nominati e cioè assolvere ad un compito proprio e autonomo, del tutto atipico e difforme rispetto a quello di cui all'art. 2644, perché in tal modo si attribuirebbe all'art. 1403² un significato ulteriore che esso non ha, atteso che quegli stessi effetti a cui la norma rinvia possono essere solo quelli previsti appunto dagli artt. 2644 e 2650 in connessione con una vicenda circolatoria, che in tal caso, invece, non esiste»; R. TRIOLA, *Della trascrizione*, cit., I, p. 57.

colui il quale abbia acquistato dallo stipulante non potrebbe risolversi, come invece pare suggerire l'art. 1403² c.c., ai sensi dell'art. 2644 c.c.

Cionondimeno, la dottrina in parola è concorde nel ritenere che la modificazione soggettiva derivante dalla dichiarazione di nomina debba essere resa pubblica, se non altro poiché il contratto per persona da nominare è immediatamente trascrivibile contro il promittente ed a favore dello stipulante³³⁴, sicché la necessità è quella di notificare i terzi della reale appartenenza giuridica del bene oggetto di circolazione, nonché di garantire la continuità delle risultanze dei registri immobiliari³³⁵.

³³⁴ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., I, p. 320; C. MAIORCA, *Della trascrizione*, cit., p. 35; S. PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., 1945, p. 49; R. CORRADO, *La pubblicità nel diritto privato*, cit., p. 132 s.; A. GIOVENE, *Del contratto per persona da nominare*, cit., p. 579; U. NATOLI, *Della trascrizione*, cit., I, p. 65 s.; R. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, cit., p. 94; L. FERRI, *Della trascrizione immobiliare*, cit., p. 88 ss.; ID. e P. ZANELLI, *Della trascrizione. Trascrizione immobiliare*, cit., p. 102; G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, cit., p. 540; G. MARICONDA, *La trascrizione*, cit., p. 103; E. ENRIETTI, *Il contratto per persona da nominare*, cit., p. 327 ss. In giurisprudenza, Trib. Napoli 15 settembre 1972, in *D. fall*, 1972, IL, p. 848.

³³⁵ Cfr. F. GAZZONI, *La trascrizione*, cit., I, p. 323.

Dunque, non resterebbe che considerare la trascrizione della *electio* come equivalente ad un'annotazione a margine dell'atto trascritto³³⁶, «volta a dare maggior completezza possibile ai registri immobiliari»³³⁷.

Da ciò consegue che l'eventuale conflitto tra l'*electus* e il terzo avente causa dallo stipulante, così come il conflitto nascente in caso di pluralità di designazioni, debbano esser risolti sulla base del diritto sostanziale. Così, l'avente causa dallo stipulante prevarrà «pur se non ha trascritto, rispetto al terzo che ha trascritto la nomina se il proprio acquisto avrà data certa anteriore al momento in cui il terzo avrà ritualmente notificato la propria accettazione, configurandosi l'alienazione da

³³⁶ R. NICOLÒ, *op. loc. ultt. cit.*; C. MAIORCA, *op. ult. cit.*, p. 36; M. PENNASILICO, *La trascrizione del contratto per sé o per persona da nominare*, cit., p. 2119; F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., I, p. 322; R. CARAVAGLIOS, *Il contratto per persona da nominare*, cit., p. 227, per il quale «l'adempimento in parola, di là dal *nomen iuris*, equival[e] sostanzialmente a un'annotazione (art. 2655), necessaria alla completezza delle risultanze dei registri immobiliari, essendo questa l'unica soluzione che permette [...] di evitare di attribuire alla figura funzioni circolatorie che non le appartengono» (corsivo aggiunto); S. DELLE MONACHE, *La trascrizione del contratto preliminare*, in ID., M. MALTONI e L. PELLEGRINI, *Le nuove disposizioni in materia di trascrizione di contratti preliminari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, p. 24; A. CHIANALE, *Il contratto per persona da nominare*, in *Trattato del contratto*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, *I contratti in generale*, II ed., t. 2, a cura di E. Gabrielli, Milano-Torino, 2006, p. 1303; F. PATTI, *Contratto preliminare per persona da nominare*, *Riv. not.*, 6/2001, p. 1363 ss. e spec. p. 1365: «La dichiarazione di nomina [...] non comporta alcun trasferimento di diritti dallo stipulante a favore del nominato che giustifichi la trascrizione, ma unicamente una sostituzione nei soggetti del rapporto originario già perfettamente valido e trascritto. Gli effetti di cui all'art. 1403 c.c., riscontrabili nel realizzare un sistema di pubblicità (nel senso di conoscibilità) delle vicende circolatorie relative a beni immobili, in funzione della tutela dei terzi nel quadro della certezza dei traffici giuridici immobiliari, possono essere ugualmente conseguiti con la formalità dell'annotazione».

³³⁷ G. MARICONDA, *La trascrizione*, cit., p. 103 s. Ma v. pure R. NICOLÒ, *op. loc. ultt. cit.*; F. PATTI, *op. loc. ultt. cit.*

parte dello stipulante, sul piano sostanziale, quale autodesignazione e conseguente consumazione del potere di nomina»³³⁸; qualora, invece, il terzo acquisti dallo stipulante in data posteriore a quella in cui è stata comunicata l'accettazione o la dichiarazione di nomina (in caso di procura c.d. anteriore), a prevalere sarebbe l'*electus* e ciò in quanto il terzo acquisterebbe sostanzialmente *a non domino*, avendo lo stipulante oramai perduto la titolarità, e con essa la legittimazione a disporre, del rapporto contrattuale. Infine, tra più soggetti nominati prevarrà, applicando analogicamente il meccanismo previsto dall'art. 1411 c.c., colui che per primo abbia notificato la propria accettazione allo stipulante, a meno che non vi fosse una procura anteriore, perché in tal caso il conflitto si risolverebbe in base alla priorità della notifica della dichiarazione di nomina al promittente³³⁹.

A conclusioni opposte giunge, invece, altra parte della dottrina che riconosce alla formalità pubblicitaria richiesta dall'art. 1403² c.c., il valore di una vera e propria

³³⁸ F. GAZZONI, *op. loc. ultt. citt.*; R. NICOLÒ *op. ult. cit.*, p. 96; G. MARICONDA, *op. ult. cit.*, p. 104, secondo il quale, «una volta completatasi positivamente la fattispecie del contratto per persona da nominare, se lo stipulante effettuasse atti di disposizione a favore di un altro soggetto, questi sarebbe un acquirente *a non domino*; se invece l'atto di disposizione precedesse la nomina, allora potrebbe dirsi che esso costituisca una implicita rinuncia alla facoltà di nomina che pertanto ne escluderebbe l'esercizio»; M. PENNASILICO, *op. ult. cit.*, p. 2125 ss.; M. GRAZIADEI, *op. cit.*, p. 265.

³³⁹ F. GAZZONI, *op. loc. ultt. citt.* Cfr. R. NICOLÒ, *op. loc. ultt. citt.*; G. MARICONDA, *op. ult. cit.*, p. 104; R. CARAVAGLIOS, *op. cit.*, p. 228; F. PATTI, *op. ult. cit.*, p. 1364; A. TORDO CAPRIOLI, *Attività negoziale e funzione notarile. Nozioni, casi e questioni. Atti tra vivi*, Milano, 1996, p. 170

trascrizione con funzione di opponibilità (art. 2644 c.c.) oltre che di continuità (art. 2650 c.c.)³⁴⁰.

Si osserva, preliminarmente, che l'opinione sopra riportata, scontrandosi con «la chiarezza del dettato normativo»³⁴¹, «disapplica la disposizione dettata dall'art. 1403² [...] e degrada gli effetti della trascrizione prevista dalla norma appena citata a quelli dell'annotazione regolata dall'art. 2655 c.c., assegnando così alla

³⁴⁰ V., sin da ora, S. PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 1945, I, p. 50; U. NATOLI, *op. loc. ultt. citt.*, p. 65 s.; G. GABRIELLI, *Scioglimento parziale della comunione legale fra coniugi, esclusione dalla comunione legale di singoli beni e rifiuto preventivo del coacquisto*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 364; ID., *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, cit., p. 541; ID., *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 93 s.; ID., *Diritti di riscatto attribuiti dalla legge e pubblicità immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 695 ss.; L. FERRI, *Della trascrizione immobiliare*, cit., p. 88 ss.; ID. e P. ZANELLI, *Della trascrizione. Trascrizione immobiliare*, cit., p. 102 s.; G. BARALIS, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 13 s.; R. TRIOLA, *Della trascrizione*, cit., I, p. 56 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 304; A. LUMINOSO, *La trascrizione del contratto per persona da nominare*, cit., p. 1056; ID., in A. LUMINOSO e G. PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare. Regole e dogmi*, Padova, 1998, p. 35 s.; G. DE NOVA, *Il contratto per persona da nominare*, cit., p. 453; A. ZACCARIA e S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, cit., p. 47; G. STELLA, *Il contratto per persona da nominare*, cit., p. 1098.

In giurisprudenza, Trib. Napoli 15 settembre 1972, cit., p. 856.

³⁴¹ G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 93; ID., *Diritti di riscatto*, cit., p. 701: «Tanta è, tuttavia, la forza dei dogmi, che una parte degli interpreti è stata indotta, in materia di contratto per persona da nominare, a rivoltarsi contro la parola, pur inequivoca, del legislatore: pur riconoscendo che una tutela degli aventi causa dallo stipulante nei confronti di una dichiarazione di nomina rimasta occulta sarebbe “auspicabile”, essi sostengono che tale tutela è incompatibile, secondo “insegnamento risalente”, con la “forza retroattiva” dell'atto da rendersi pubblico; sicché la pubblicità della dichiarazione di nomina, pur denominata dalla legge “trascrizione” e pur espressamente disposta per gli effetti di cui all'art. 2644 c.c., dovrebbe invece qualificarsi come annotazione, disposta per gli effetti di cui al successivo art. 2655»; U. NATOLI, *op. ult. cit.*, I, p. 65.

trascrizione la finalità di assicurare il mero rispetto della continuità delle formalità pubblicitarie»³⁴².

Ancóra, si evidenziano gli inconvenienti pratici cui tale ricostruzione potrebbe condurre. Il rischio più evidente è quello cui va incontro il terzo avente causa dallo stipulante-riservatario: qualora, infatti, la trascrizione della nomina avesse, come si sostiene, valore di annotazione, questi ben potrebbe acquistare, con un buon grado di sicurezza, dallo stipulante, essendosi premurato di verificare le risultanze dei registri immobiliari, dalle quali non sia emersa – perché ancóra non resa pubblica o perché ancóra non eseguita – alcuna dichiarazione di nomina. Dopodiché, pur avendo ritualmente trascritto il proprio titolo d'acquisto, il terzo non potrebbe che soccombere dinanzi all'*electus* che abbia notificato la propria accettazione in data certa anteriore a quella del contratto concluso tra quel medesimo terzo e lo stipulante. Nell'eventualità, invece, in cui vi fosse una procura c.d. anteriore, l'avente causa dallo stipulante sarebbe parimenti perdente ove la dichiarazione di nomina sia stata notificata al promittente anteriormente al perfezionamento del proprio titolo d'acquisto.

³⁴² A. LUMINOSO, *La trascrizione del contratto per persona da nominare*, cit., p. 1057.

Dunque, nonostante la diligenza nella consultazione dei pubblici registri, il terzo soggiacerebbe all'inevitabile pericolo di nomine occulte³⁴³⁻³⁴⁴, con ciò procurando un vantaggio inspiegato all'*electus*.

Sul piano dogmatico, poi, si osserva che la tesi della trascrizione con funzione di annotazione postula, anche come retaggio della più risalente ricostruzione della riserva di nomina quale clausola condizionale³⁴⁵ (risolutiva nei confronti dello *stipulans*, sospensiva nei confronti dell'*amicus*), un'analogia³⁴⁶ fra trascrizione della dichiarazione di nomina e annotazione della condizione risolutiva o, più in generale, degli atti o fatti che eliminano retroattivamente gli effetti di un atto reso pubblico. Così come la risoluzione, la rescissione, l'annullamento, l'avveramento del fatto dedotto in condizione risolutiva sono fattispecie che privano *ab origine* un soggetto della titolarità di una certa situazione soggettiva, allo stesso modo la dichiarazione di nomina comporta, sostituendo l'*electus* allo *stipulans*, la perdita retroattiva della posizione contrattuale che il secondo aveva inizialmente

³⁴³ A. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 1058, il quale rileva che l'opinione in questa sede sottoposta ad analisi critica, «pur versandosi in una materia che il legislatore assoggetta al regime della trascrizione, attribuisce la prevalenza (anche) ad atti di nomina che rimangono occulti e non conoscibili dai terzi in quanto non sottoposti alle formalità pubblicitarie di cui la norma dell'art. 1402, comma 2°, c.c. dispone invece l'applicazione»; G. BARALIS, *op. loc. ultt. citt.*, ove mette in guardia dal «rischio di nomine occulte, prevalenti se di data certa anteriore o “cedenti” rispetto alla mera data anteriore del titolo dell'avente causa».

³⁴⁴ Altro rischio è rilevato da R. TRIOLA, *op. ult. cit.*, I, p. 59: «Non essendo prevista alcuna particolare formalità per la comunicazione della dichiarazione di nomina, il terzo, dall'esame delle trascrizioni, non sarebbe in grado di stabilire quale, tra più dichiarazioni, sia stata comunicata per prima».

³⁴⁵ Cfr. *supra* gli autori e la giurisprudenza citati alla nota 296.

³⁴⁶ Come rileva G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, cit., p. 540; ID., *Diritti di riscatto*, cit., p. 699 ss.

conseguito. Sicché, la funzione della segnalazione pubblicitaria della dichiarazione di nomina non potrebbe non corrispondere a quella stabilita per la risoluzione, l'annullamento, l'avveramento della condizione risolutiva etc., dall'art. 2655 c.c.: vale a dirsi, la cura della continuità delle trascrizioni³⁴⁷.

In contrario, è stato osservato che il differente trattamento pubblicitario riservato dall'art. 1403² c.c. alla dichiarazione di nomina troverebbe giustificazione, anzitutto, nella connotazione strutturale propria di tale fattispecie: essa è, diversamente dall'evento risolutivo, non mero fatto, bensì dichiarazione negoziale³⁴⁸. Si dovrebbe considerare, allora, «coerente con il sistema che la trascrizione di una dichiarazione negoziale sia imposta a pena d'inopponibilità, a differenza di quella di un fatto: mentre il titolo per la trascrizione di un negozio è il documento che lo incorpora, che è nella disponibilità dell'autore, titolo per la trascrizione di un fatto non può essere direttamente quest'ultimo, ma soltanto un atto ricognitivo, di fonte giudiziale o proveniente dalla parte controinteressata»³⁴⁹. Ma è soprattutto sotto l'aspetto della vicenda effettuale che sarebbe possibile apprezzare significative differenze tra dichiarazione di nomina e condizione risolutiva. Di là dalla considerazione che la riserva di nomina non comporta, diversamente dalla condizione, una situazione di pendenza obiettiva, che pone in dubbio cioè la realizzazione della stessa vicenda negoziale, bensì una situazione di

³⁴⁷ Cfr. F. GAZZONI, *op. loc. ultt. citt.*, il quale afferma che è «da tale ultima norma [che] dovrà trarsi la disciplina della trascrizione in questo caso».

³⁴⁸ G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, cit., p. 541.

³⁴⁹ G. GABRIELLI, *op. loc. ultt. citt.*, cui aderisce A. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 1057, nota 35.

pendenza soggettiva³⁵⁰, nel senso che, certa essendo la produzione dell'effetto, non se ne conosce ancora il destinatario definitivo; di là da tale appunto, si diceva, deve osservarsi che mentre la condizione risolutiva elimina radicalmente l'efficacia del contratto, la dichiarazione di nomina «la modifica soltanto, sostituendo uno ad altro acquirente»³⁵¹.

Sembra, dunque, corretto che «di tale elemento differenziale la legge abbia tenuto conto, trattando il destinatario della nomina *alla stessa stregua di un qualunque avente causa dallo stipulante*»³⁵².

Da ciò discenderebbe che l'eventuale conflitto tra *electus* e terzo avente causa dallo stipulante andrebbe risolto, in virtù dell'art. 2644 c.c., a favore di colui che per primo abbia trascritto il proprio titolo d'acquisto, tale dovendo intendersi, sebbene

³⁵⁰ L. FERRI, *Della trascrizione immobiliare*, cit., p. 89.

³⁵¹ Ancora, G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 94, il quale, altrove (*Diritti di riscatto*, cit., p. 700 ss.), sfrutta l'argomento per estendere l'applicazione dell'art. 2644 c.c. anche alla trascrizione della dichiarazione di riscatto.

³⁵² G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 94, corsivo aggiunto.

ai soli fini pubblicitari³⁵³, anche la dichiarazione di nomina³⁵⁴. Addurre, in contrario, la circostanza che, a séguito della nomina, validamente accettata o preceduta da procura, lo stipulante abbia perso il diritto, divenendo un *non dominus* e che pertanto il successivo atto di alienazione a favore del terzo risulterebbe quantomeno inefficace, difettandogli la legittimazione a disporre, non sembra sufficiente: in effetti, anche la compravendita, una volta conclusa, «rende, in linea di principio, definitivamente efficace il trasferimento a favore del primo acquirente, ma ciò non toglie che quest'ultimo soccomba nei confronti del secondo acquirente

³⁵³ Cfr. L. FERRI, *Della trascrizione immobiliare*, cit., p. 90, il quale ritiene che «l'atto di nomina [...] è quindi da porsi sullo stesso piano di un atto traslativo unilaterale» (corsivo aggiunto); G. BARALIS, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 14, secondo cui «proprio l'art. 1403 c.c. [...] rende evidente che vi può essere un atto dispositivo a meri fini pubblicitari, appunto l'*electio amici*, in forza del quale vi sarà una nuova trascrizione dallo stipulante all'eletto, e quindi il conflitto fra cessione da parte dello stipulante ed eletto o fra *electiones* diverse sarà risolto ex art. 2644 c.c., anche se tutto ciò avviene a meri fini pubblicitari poiché, in caso di nomina unica o di più nomine, l'*electio* avrà valore retroattivo dovendo considerarsi il prescelto come avente causa dal *prmittens*»; anzi, proprio con l'*electio amici* si raggiungerebbe «il punto di maggior distacco fra piano pubblicitario e piano sostanziale perché [essa] non è né rinuncia né attribuzione di un proprio diritto a favore del nominato; in altre parole è un atto dispositivo sul puro piano pubblicitario» (p. 94).

³⁵⁴ Questa è la soluzione, tra gli altri, di G. GABRIELLI, *op. loc. ultt. citt.*; ID., *Diritti di riscatto*, cit., p. 701; ID., *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, cit., p. 541; G. BARALIS, *op. ult. cit.*, p. 97 s.; R. TRIOLA, *op. loc. ultt. citt.*; A. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 1057; L. FERRI, *op. loc. ultt. citt.*; T. RAVÀ, *Legittimazione e rappresentanza indiretta nell'alienazione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1953, I, p. 147, nonché degli altri autori citati *supra* alla nota 331. In giurisprudenza, v. Trib. Napoli 15 settembre 1972, cit., p. 856, ove si afferma che la pubblicità della dichiarazione di nomina «serve a risolvere i conflitti tra il terzo designato ed eventuali altri acquirenti di diritti verso lo stipulante per persona da nominare, giacché alla risoluzione dei conflitti con gli aventi causa dell'altro contraente soccorre la trascrizione del contratto».

a non domino che trascriva per primo»³⁵⁵. Sicché parimenti soccomberà l'*electus* qualora il terzo avente causa dallo stipulante in virtù di atto d'acquisto posteriore alla dichiarazione di nomina, e dunque a non domino, abbia provveduto a trascrivere per primo il proprio titolo.

La soluzione testé riportata sembrerebbe, in verità, ben conciliarsi con quanto prima si è detto con riferimento alla portata circolatoria della dichiarazione di nomina.

Invero, al di là del difficile inquadramento dogmatico dello schema del contratto per persona da nominare³⁵⁶, ivi compreso il meccanismo tecnico mediante il quale

³⁵⁵ R. TRIOLA, *op. loc. ultt. citt.*

³⁵⁶ Cfr. G. BARALIS, *op. ult. cit.*, p. 99, ove rileva che il «punto di partenza è dato dalla constatazione che una *fattispecie sostanziale di diritto comune soggetta a pubblicità immobiliare è molto spesso “problematica” dal punto di vista della sua ricostruzione dogmatica*; la vendita con riserva di proprietà, ad esempio, è emblematica da questo punto di vista presentando una ampia, amplissima varietà di ricostruzioni dogmatiche[...]. A fronte di questo panorama l'esigenza primaria del sistema della pubblicità immobiliare dichiarativa è quella di procedere ad una pubblicità che non sia discutibile come esiti (opponibilità) al di là dell'impostazione dogmatica di diritto comune; la stessa “povertà”, si fa per dire, in ordine ai modi con cui si realizza la pubblicità dichiarativa [...] suggerisce che *non può coesistere sempre una perfetta corrispondenza fra fattispecie di diritto comune e mezzo pubblicitario*. Ecco quindi che, a nostro parere, è sensato ritenere che *hai fini pubblicitari non esiste una “verità” circa la ricostruzione dogmatica di una fattispecie sostanziale rispetto all'altra, richiedendosi solo che il trascrivente assuma del negozio una “ragionevole” prospettazione che ne giustifichi la pubblicità in un certo modo*. Questa conclusione ci sembra necessitata *se si vuole evitare il pericolo*, grandissimo e tale da mettere a repentaglio l'intero meccanismo della pubblicità e quindi il traffico giuridico, *di potere mettere in discussione l'opponibilità in ragione di una (contestata) ricostruzione dogmatica*», corsivo aggiunto. L'A., richiama a tal riguardo la riflessione di L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 17, secondo il quale «l'argomentazione dogmatica è a sua volta soggetto al controllo dell'argomentazione pratica [nonché, aggiungeremmo, assiologica] che ne è [...] la pietra di paragone».

opera la dichiarazione di nomina, ciò di cui pare aver tenuto conto il legislatore, nell'estendere anche alla pubblicità dell'*electio amici* la funzione di opponibilità di cui all'art. 2644 c.c., è la capacità di tale dichiarazione negoziale, da un lato, di produrre *in via diretta* la perdita del diritto, del rapporto che lo *stipulans* ebbe a conseguire già alla conclusione del contratto cui fu apposta la riserva e, dall'altro, di occasionarne, insieme a quel medesimo contratto, e dunque *in via mediata*, l'acquisto da parte del terzo nominato.

La valenza circolatoria della dichiarazione di nomina ripropone poi, sul piano assiologico, sempre la medesima necessità di bilanciare, da un lato, l'interesse individuale del primo acquirente, sia esso il terzo avente causa dallo stipulante o il nominato, alla conservazione del diritto conseguito e, dall'altro, l'interesse collettivo ad un funzionamento certo e giusto, cioè coerente con la tavola dei valori costituzionali, del commercio (anche) immobiliare.

Se ciò è vero, allora, la soluzione adottata dal legislatore di applicare anche al conflitto nascente in occasione della dichiarazione di nomina il criterio di risoluzione dettato dall'art. 2644 c.c., si rivelerebbe non solo possibile, ma addirittura necessaria, in quanto a problemi assiologicamente simili (se non uguali), debbono corrispondere soluzioni parimenti simili (se non uguali), pena la violazione del principio di uguaglianza sostanzialmente inteso.

A questo punto, ove si decidesse di convenire con quella dottrina che ritiene applicabile anche alla segnalazione pubblicitaria della dichiarazione di nomina il criterio di cui all'art. 2644 c.c., per i motivi sopra esposti, parrebbe quantomeno opportuno riconsiderare gli argomenti innanzi menzionati che, secondo l'opinione prevalente, ostano alla trascrivibilità del mutuo dissenso in senso stretto, cioè ad efficacia eliminativa.

Il primo è, si è detto, l'impossibilità di rinvenire nell'elenco di cui all'art. 2643 c.c. un atto che riproduca una vicenda effettuale, se non uguale, perlomeno assimilabile

a quella del mutuo dissenso, cioè l'eliminazione retroattiva della (rilevanza giuridica della) regola negoziale che in principio giustificò l'originario assetto di interessi tra le parti, sì da consentirne la trascrizione ai sensi dell'art. 2645 c.c.

Il rientro nella sfera giuridica dell'originario alienante, in virtù del mutuo dissenso, della situazione inizialmente attribuita all'acquirente, non costituisce, infatti, un secondo ed ulteriore acquisto in senso stretto; non si realizza cioè, una seconda vicenda traslativa, semplicemente perché il meccanismo mediante il quale opera il mutuo dissenso comporta la reviviscenza del titolo di provenienza dell'alienante, titolo che tornerà a giustificare la presenza di quella situazione giuridica nel di lui patrimonio.

Cionondimeno, deve rilevarsi come neanche nella dichiarazione di nomina sia dato di riscontrare un congegno effettuale, quale è quello della sostituzione retroattiva di un acquirente ad altro, ricollegabile all'art. 2643 c.c., eppure il legislatore ne ha imposto la trascrizione.

Il secondo argomento, poi, fa leva sulla circostanza che il conflitto occasionato dal mutuo dissenso, tra originario alienante e terzo avente causa dall'originario acquirente, non coinciderebbe con quello disciplinato dall'art. 2644 c.c., difettandogli il requisito del medesimo autore, constatata l'impossibilità di qualificare l'originario alienante avente causa in senso tecnico dall'originario acquirente.

Anche questo rilievo dovrebbe, tuttavia, esser rimeditato, alla luce della disciplina proposta dal codice civile sulla pubblicità della dichiarazione di nomina.

Ove, infatti, si decidesse di abbandonare definitivamente l'esigenza di giustificare la prescrizione contenuta nell'art. 1403² c.c. e, più in generale, delle norme in materia pubblicitaria, nell'ambito del diritto sostanziale e ci si convincesse che ad entrar in gioco sono, sul piano assiologico, principî e interessi diversi e ulteriori rispetto a quelli delle parti del negozio; che le norme di risoluzione di conflitti tra

diritti incompatibili prendono in considerazione il regolamento negoziale non quale atto di autonomia privata quanto, piuttosto, quale fatto socialmente rilevante; che la funzione sociale svolta da tali norme dovrebbe indurre ad un mutamento di prospettiva, in cui la pubblicità di un atto è spiegata non a partire dal diritto comune, bensì nella logica e secondo i valori propri delle norme che compongono il diritto pubblicitario; se, si diceva, si condividono tali premesse, si deve ritenere che la trascrizione della dichiarazione di nomina sia disposta, a tutti gli effetti, anche ai fini dell'art. 2644 c.c. e dunque in funzione di opponibilità, e ciò benché, per diritto sostanziale, non sia possibile rinvenire due aventi causa da un medesimo autore³⁵⁷. Dunque, nonostante l'effetto riconducibile alla dichiarazione di nomina non si trovi elencato nell'art. 2643 c.c., e nonostante il conflitto da quella derivante non coincida perfettamente con quello delineato dall'art. 2644 c.c., il sistema attuale e, in particolare, proprio il disposto dell'art. 1403² c.c., sembrano suggerire che l'estensione del criterio di risoluzione di conflitti dettato, in materia immobiliare, dall'art. 2644 c.c., dipenda non tanto dall'inquadramento dogmatico della singola

³⁵⁷ L'idoneità dell'art. 2644 c.c. a disciplinare non solo il conflitto tra due aventi causa da un medesimo autore ma, più in generale, tutti i conflitti tra diritti incompatibili, è sostenuta da G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 81. In particolare, l'A., riferendo dell'orientamento che nega alla trascrizione della rinuncia a diritti reali (art. 2643, n. 5 c.c.) gli effetti di cui all'art. 2644 c.c. (in quanto il conflitto che da tale atto può sorgere tra avente causa dal rinunziante e, in caso di proprietà, Stato o, in caso di diritti reali minori, il proprietario, non ricomprenderebbe due aventi causa dal medesimo autore, afferma che, tale opinione mostra «la fallacia del dogma, fondato sulla generalizzazione dell'*id quod plerumque accidit*». Tale «criterio vale, in realtà, per risolvere *i conflitti fra gli effetti di tutti gli atti che il legislatore, secondo valutazione di opportunità, ha ritenuto di comprendere nella sfera di applicazione ad esso assegnata*». Corsivo aggiunto. Aderisce G. PETRELLI, *Novazione causale, pubblicità immobiliare, presunta tassatività delle ipotesi di trascrizione*, in *Riv. not.*, 2012, p. 974.

vicenda effettuale³⁵⁸ (la quale potrà sussumersi, più o meno facilmente, a seconda del caso, sotto le note categorie della costituzione, dell'estinzione o della modificazione) quanto, piuttosto, dalla capacità dell'atto di alimentare, direttamente o indirettamente, la circolazione giuridica. Non importa, cioè, che la dichiarazione di nomina non realizzi – indubbiamente – un secondo trasferimento dallo *stipulans* all'*electus*; conta invece, ed in misura massima, che, anche a séguito di un simile atto, si ripresenti l'esigenza fondamentale di assicurare certezza alla circolazione delle situazioni soggettive.

Ora, anche al mutuo dissenso può riconoscersi una valenza circolatoria. Nonostante non realizzi un (ri)trasferimento in senso tecnico, dall'originario acquirente all'originario alienante, esso produce, nondimeno, la perdita del diritto nella sfera giuridica del primo e l'acquisto, *rectius*, il rientro, di quel medesimo diritto, nel patrimonio del secondo³⁵⁹.

Anche qui, poi, il conflitto che potrebbe sorgere tra l'originario alienante ed il terzo che abbia *medio tempore* conseguito dall'originario acquirente un diritto incompatibile, è un conflitto che, a rigore, non corrisponde pienamente a quello

³⁵⁸ Cfr. G. BARALIS, *op. ult. cit.*, p. 92, ove afferma che «il trend della pubblicità immobiliare deve necessariamente discostarsi dal diritto comune laddove può riuscire meno facile incasellare un atto dispositivo “in senso sostanziale” nell'organigramma della pubblicità immobiliare, perché più grave sarebbe ricorrere alle regole di diritto comune laddove esse importerebbero un abbandono dei principi garantisti della trascrizione». Corsivo aggiunto.

³⁵⁹ Cfr. B. DUSI, *La revocabilità dei diritti subiettivi patrimoniali*, in *Scritti giuridici*, a cura di P. Schlesinger, I, Torino, 1956, p. 132, nota 19, ove afferma che per i terzi che hanno acquistato diritti *medio tempore* «il mutuo dissenso è un nuovo affare». Cfr. pure F. MAROI, voce *Irrevocabilità*, in *Diz. prat. dir. priv.*, III, 2, Milano, 1923-1934, p. 44, per il quale nei confronti dei terzi che hanno acquistato diritti incompatibili «la convenzione di scioglimento è piuttosto retrocessione».

delineato dall'art. 2644 c.c., posto che il peculiare congegno effettuale del mutuo dissenso impedisce di ravvisare nell'originario acquirente il dante causa (anche) dell'originario alienante³⁶⁰.

Tuttavia, il legislatore parrebbe aver dimostrato, con la disciplina disposta per la pubblicità della dichiarazione di nomina, di disinteressarsi di tali circostanze, privilegiando, invece, l'interesse collettivo alla sicurezza del traffico giuridico ed attuando, in ultima analisi, la funzione sociale propria delle situazioni soggettive. Questa è, d'altronde, la *ratio iuris* cui risponde l'intera normativa in tema di trascrizione.

Se, allora, il legislatore si è disinteressato, con riguardo alla dichiarazione di nomina, di tali aspetti (che sembrano essere problemi di natura sostanziale, più che di natura pubblicitaria, giacché dipendono essenzialmente dalla ricostruzione dogmatica dell'istituto) al ricorrere di determinate condizioni, quali la valenza circolatoria della fattispecie e conseguentemente la necessità di fornire uno strumento chiaro e celere nella risoluzione dei conflitti, ebbene, lo stesso dovrebbe fare l'interprete per i casi non espressamente previsti, laddove, ovviamente, ricorra

³⁶⁰ Cfr. A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., p. 335, il quale rileva che «siccome il mutuo dissenso di contratto che già abbia prodotto il proprio effetto traslativo non può non operare retroattivamente (*inter partes*) e poiché, quindi, l'originario alienante non riacquista il diritto in qualità di avente causa dall'originario acquirente (venendo in lui ripristinata la primitiva titolarità), i conflitti che possono sorgere tra l'originario alienante ed i terzi che medio tempore abbiano acquistato diritti dall'originario acquirente non sono riconducibili, a rigore, all'ipotesi di cui all'art. 2644, regolando questa norma soltanto il conflitto tra più aventi causa dallo stesso autore».

la medesima *ratio iuris* che giustificò in principio l'assoggettamento della dichiarazione di nomina al regime di pubblicità c.d. dichiarativa³⁶¹.

Ciò è quanto dimostra di fare, d'altro canto, parte della dottrina, alla quale si ritiene, in considerazione di quanto detto, di poter aderire, sicché «dovrà riconoscersi trascrivibile il mutuo dissenso ogni qual volta ricorra l'esigenza di rendere pubblico questo contratto ai fini della soluzione dei possibili conflitti configurabili tra una delle parti e i terzi i quali *medio tempore* abbiano acquistato dall'altra diritti (e in genere situazioni giuridiche soggettive) incompatibili con la perfetta realizzazione del risultato "ripristinatorio" cui è diretto il *contrarius actus*. Sulla base di siffatto criterio, dovrà perciò ritenersi che il mutuo dissenso il quale si rivolga contro uno dei contratti contemplati dai nn. 1, 2, 3, 4, 5 e 13 dell'art. 2643 vada reso pubblico, atteso che in queste ipotesi vi è, per definizione, la possibilità che insorga un conflitto di quel tipo»³⁶². Da ciò consegue che, «ove il contratto eliminativo venga trascritto anteriormente alla trascrizione del titolo d'acquisto del terzo [...], prevarrà sul terzo l'originario venditore (*quasi fosse un subacquirente della proprietà dall'originario compratore*)»³⁶³. Anzi, può qui affermarsi che l'originario venditore è veramente, per il diritto pubblicitario, cioè per quell'insieme di norme che concorrono alla soluzione dei conflitti, *un avente causa dall'originario acquirente*, così come, nel caso di contratto per persona da nominare, l'*electus* è da considerarsi, al medesimo fine, avente causa dallo stipulante-riservatario.

³⁶¹ Cfr. P. PERLINGIERI, *Chiusura dei lavori*, cit., p. 500, secondo cui «là dove le norme della pubblicità tutelano interessi meritevoli e sono espressione di un principio generale, non possono non essere applicate a casi caratterizzati dalle stesse esigenze».

³⁶² A. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 337 s.

³⁶³ A. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 121 s., corsivo aggiunto.

Tale soluzione appare, oltre che più conferente con il piano assiologico entro cui vive il sistema della trascrizione, altresì più conveniente dal punto di vista pratico. Non vi sarà bisogno, ad esempio, di piegare altro tipo di segnalazione pubblicitaria, quale l'annotazione, a tal punto da farle svolgere un ruolo, quello di criterio dirimente nei conflitti immobiliari, che il sistema non le riconosce³⁶⁴ e che attribuisce invece alla trascrizione, evitando peraltro di ingenerare confusione in quanti consultino le risultanze dei registri immobiliari. Si può dubitare, infatti, che le parti di un conflitto siano a conoscenza che, onde stabilire chi perda e chi vinca, nel caso del mutuo dissenso, debbano far affidamento non sul criterio della priorità della trascrizione – che è quello generalmente previsto – bensì sul diverso criterio, di matrice dottrinale, della priorità, ora della trascrizione (del titolo d'acquisto del terzo), ora dell'annotazione (del mutuo dissenso). Ma, soprattutto, la soluzione in commento consente di evitare difformità di trattamento pubblicitario, prescindendo dalla difficoltosa e alle volte misteriosa ricostruzione dogmatica della fattispecie³⁶⁵.

³⁶⁴ Cfr. G. BARALIS, *op. ult. cit.*, p. 83, per il quale nell'ambito «della contrattazione e degli atti *inter vivos* in genere, non solo non può darsi all'annotazione della convenzione tout court quella efficacia dichiarativa che forse, ma comunque eccezionalmente, spetta alla sentenza non preceduta da domanda giudiziale, per di più la struttura della pubblicità non è “attrezzata” per la pubblicità dichiarativa – a mezzo di annotazione – di negozi con efficacia annientativa o eliminativa». L'A. rileva, altresì, che tale tipo di formalità «sarebbe incongrua in caso, ad esempio, di mutuo dissenso condizionato od i negozio di mutuo dissenso eliminativo, a sua volta di pregresso negozio che abbia posto fine all'efficacia precaria di negozio annullabile (si potrebbe procedere, forse, ad annotazione di annotazione?)».

³⁶⁵ Cfr. G. BARALIS, *op. ult. cit.*, p. 100, nota 118, ove asserisce che «non è pensabile alla “tirannia”, in campo pubblicitario, di una ricostruzione dogmatica, quando altra ricostruzione è legittima e ragionevole e verrebbe minacciato il valore documentativo della pubblicità stessa se si ammettesse la “verità” di una sola di esse».

Così, sia che le parti abbiano inteso operare sugli effetti del precedente contratto, sia che abbiano inteso rimuoverne la rilevanza giuridica, eliminandolo, la segnalazione sarà, in definitiva, sempre la stessa; quella della trascrizione con funzione di opponibilità.

A conclusione del presente lavoro, si rende necessaria una precisazione.

Non si intende qui disconoscere un dato essenziale e incontrovertibile, e cioè che l'attuale sistema delle trascrizioni è governato, per espressa indicazione normativa, dal criterio del tipo di vicenda effettuale prodotta da una fattispecie³⁶⁶.

Ne sono prova le disposizioni contenute negli artt. 2643 e 2645 c.c., dove è puntuale il riferimento all'effetto giuridico onde determinare la pubblicità del singolo atto.

Sicché, normalmente³⁶⁷, un negozio sarà trascrivibile allorquando produca alcuna delle vicende riscontrabili nell'elenco di cui all'art. 2643 c.c., pur se ivi non espressamente menzionato.

Un simile sistema, per quanto efficiente, comporta pur sempre alcuni inconvenienti: primo fra tutti, la necessità di dover indagare i profili effettuali di qualunque vicenda prima di poterne determinare il regime pubblicitario.

³⁶⁶ Cfr. F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 60: «Che l'effetto e non l'atto sia oggetto di trascrizione è del resto confermato dal disposto dell'art. 2645, in base al quale va trascritto, ai fini di cui all'art. 2644, ogni atto o provvedimento che produce, in relazione a beni immobili o a diritti immobiliari, taluni degli effetti dei contratti menzionati nell'art. 2643».

³⁶⁷ Fa espressamente riferimento al criterio della normalità, G. BARALIS, *op. ult. cit.*, p. 89: «Insomma deve dirsi che il sistema ha dato conto delle fattispecie “cardinali” ai fini della pubblicità dichiarativa e notizia, ma il sistema stesso esige che ogni segnalazione sia seguita, *naturaliter*, dalle vicende successive che la riguardano, anche al fine di espungere le informazioni “false” o comunque non più rispondenti allo stato delle cose, il che addirittura stravolgerebbe l'andamento del traffico giuridico; esige che siano pubblicizzate le vicende di complemento e di completamento di quelle specificamente previste».

Di tale inconveniente, tuttavia, in virtù di quanto rilevato nel corso di questa indagine, pare che il legislatore fosse ben cosciente.

Le fattispecie espressamente contemplate dall'art. 2643 c.c. rappresentano, probabilmente, «le vicende circolatorie più ricorrenti nell'ambito del traffico giuridico»³⁶⁸, o comunque «gli atti circolatori più significativi»³⁶⁹. Cionondimeno, il legislatore ha mostrato di sapere andare oltre, laddove l'utilizzo puro e rigoroso della categoria ordinante dell'efficacia avrebbe prodotto conseguenze assai gravi sul piano degli interessi in gioco, menomando la certezza dei traffici³⁷⁰.

È, crediamo, quanto accaduto con la dichiarazione di nomina. Un'indagine scrupolosa del suo meccanismo operativo impedisce di rinvenire alcuno degli effetti, per così dire, codificati dall'art. 2643 c.c., e ciò nonostante essa è trascrivibile, per giunta, ai fini dell'art. 2644 c.c.

Se, pertanto, proprio il legislatore è stato in grado di distaccarsi dal criterio del tipo di efficacia che egli stesso ebbe a predisporre, lo stesso dovrebbe fare oggi l'interprete, conscio che l'evoluzione commerciale propone con sempre maggiore

³⁶⁸ G. BARALIS, *op. ult. cit.*, p. 85.

³⁶⁹ G. BARALIS, *op. ult. cit.*, p. 87. Cfr., in relazione

³⁷⁰ Cfr. G. BARALIS, *op. ult. cit.*, p. 49, secondo il quale «la specificità della valenza circolatoria fa premio nell'ambito di un sottosistema caratterizzato dalla particolare importanza del traffico giuridico, anche deformando il diritto comune; infatti, esemplificando, revoca e rifiuto nell'ambito del contratto a favore di terzo, anche se per diritto comune sfuggono ad una definizione in termini di negozi circolatori, possono acquisire tale qualifica nell'ambito della pubblicità immobiliare ed essere soggetti a pubblicità dichiarativa, ben più garantista, perché di esito incontrovertibile, rispetto alla pubblicità notizia o rispetto alle regole circolatorie impiegate sulla data certa e sul rispetto di regole procedurali connesse». Su questo aspetto, v. altresì A. LUMINOSO, *Mandato, commissione e spedizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1984, p. 279.

frequenza fattispecie difficilmente categorizzabili perché dogmaticamente ambigue e che nondimeno, alimentando la circolazione, possono intralciare il corretto funzionamento, così permettendo alle situazioni soggettive di attuare in modo pieno la funzione sociale che l'art. 42 cost. loro riconosce.

BIBLIOGRAFIA

ALCARO F., *Il mutuo dissenso*, in *Trattato dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, IV, 7, *Effetti del contratto*, Napoli, 2011.

ALCARO F., *Il mutuo dissenso*, in *Studi e Materiali del Consiglio Nazionale del Notariato*, 2013.

ALPA G. e BESSONE M., *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, I, *Oggetti, situazioni soggettive, conformazione dei diritti*, Padova, 1980.

AZZARRI F., *Il principio consensualistico e le regole della circolazione patrimoniale*, nella collana *I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, I, 2013, *L'atto pubblico notarile come strumento di tutela nella società dell'informazione*, a cura di P. Sirena, consultabile su www.elibrary.fondazione-notariato.it.

BACCIARDI E., *La disciplina della trascrizione nella dimensione costituzionale tra esigenze di "certezza" e di "celerità" nella circolazione dei beni*, nella collana *I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, I, 2013, *L'atto pubblico notarile come strumento di tutela nella società dell'informazione*, a cura di P. Sirena, consultabile su www.elibrary.fondazione-notariato.it.

BALDASSARRE A., voce *Iniziativa economica (libertà di)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971.

BALDASSARRE A., *La funzione notarile e la Costituzione italiana*, in *Notariato*, II, Milano, 2009.

BARALIS G., *La pubblicità immobiliare fra eccezionalità e specialità*, Milano, 2010.

BERTEA S., *La concezione della certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2001.

BIANCA C.M., *Il contratto*, in *Diritto civile*, III, Milano, 2000.

BIZZARRO A., *Sul superamento del principio di tassatività*, in *Rass. dir. civ.*, 3/2010.

BIZZARRO A., *La priorità temporale nella circolazione giuridica contrattuale*, Napoli, 2012.

BOBBIO N., voce *Analogia*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957.

BOBBIO N., voce *Principi generali del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966.

BRACCINI R., voce *Contratto per persona da nominare II) Diritto tributario*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988.

CAIANI L., voce *Analogia*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958.

CALAMANDREI P., *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, in *Riv. dir. comm.*, I, Padova, 1942.

CAMPAGNA L., voce *Avente causa*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.

CARAVAGLIOS R., *Il contratto per persona da nominare (Artt. 1401-1405)*, a cura di M. Pennasilico, in *Comm. cod. civ.*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2012.

CARCATERRA G., voce *Analogia (Teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1988.

CARNELUTTI F., *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, vol. XX, I, 1943.

CARNELUTTI F., voce *Documento*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960.

CARNELUTTI F., *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, (rist.) Napoli, 2010.

CARPINO B., *Pagamento con surrogazione*, in *Comm. cod. civ.* A Scialoja e G. Branca, a cura di F. Galgano, Libro IV, *Obbligazioni*, Bologna-Roma, 1988.

CARRABBA A.A., *Donazioni*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, IV, 27, Napoli, 2009.

CARRESI F., voce *Contratto per persona da nominare*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962.

CASELLA G., *La doppia alienazione immobiliare: un dibattito sempre aperto*, in *Riv. dir. civ.*, IV, Napoli, 1993.

CASINO M.A., *Il mutuo dissenso immobiliare*, in *Notariato*, IV, Milano, 2020.

CATAUDELLA A., voce *Fattispecie e fatto*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967.

CEOLIN M., *Sul mutuo dissenso in generale e, in specie, parziale del contratto di donazione*, Studio CNN n. 52-2014/C, consultabile su www.notariato.it.

CIATTI CÀIMI A., *Il diritto di uso esclusivo del condominio (dopo la decisione delle Sezioni Unite della Cassazione)*, Studio CNN n. 30-2021/C (Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 16 luglio 2021).

CLARIZIA O., *Tertium comparationis, norma eccezionale e incostituzionalità con effetto estensivo*, nella collana *Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana*, VII, *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, a cura di P. Femia, Napoli, 2006.

COMPORTI M., *I diritti reali in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, II ed., Milano, 2011.

COSTANZA M., *Doppia vendita immobiliare e responsabilità del secondo acquirente di mala fede*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1983.

COVIELLO N., *Della trascrizione*, I, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, diretto da P. Fiore e B. Brugi, Napoli-Torino, 1924.

DE CRISTOFARO F., *Sul contratto per persona da nominare e sulla sua efficacia*, in *Notariato*, 2/1996.

DE CUPIS A., voce *Successione: I) Successione nei diritti e negli obblighi*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990.

DE GIOVANNI B., *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, (rist.) *ivi*, 2016.

DE NOVA G., voce *Recesso*, in *Dig., discipl. priv., Sez. civ.*, XVI, Torino, 1997.

DEIANA G., *Contrarius consensus*, in *Riv. dir. priv.*, I, 1939.

DIENER M.C., *Il contratto in generale*, Milano, 2015.

DISTASO N., *I contratti in generale*, II, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, diretta da W. Bigiavi, Torino, 1966.

D'AMICO G., voce *Revoca delle disposizioni testamentarie*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989.

ENRIETTI E., voce *Contratto per persona da nominare*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959.

FALZEA A., voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965.

FEMIA P., *Tre livelli di (in)distinzione tra princípi e clausole generali*, in *Fonti, metodo, interpretazione*, a cura di G. Perlingieri e M. D'Ambrosio, Napoli, 2017.

FERRANTE E., *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008.

FERRI G.B., voce *Negozió giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XII, Torino, 1995.

FERRI L., *Trascrizione immobiliare*, in *Comm. cod. civ.*, Libro VI, *Tutela dei diritti*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, (rist.) 1977.

FERRI L., voce *Revoca (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989.

FRACANZANI M., *Analógia e interpretazione estensiva*, Milano, 2003.

FRANCESCA M., *Il ruolo del tempo nella trascrizione (principio di continuità e criteri di prevalenza)*, in *Rass. dir. civ.*, I, Napoli, 2010.

FRANCESCA M., *Autonomia del criterio della priorità e regole di funzionamento delle misure di conoscenza*, in AA.VV., *Pubblicità degli atti e delle attività*, *Atti dell'8°*

Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (SISDiC), 3-4-5 aprile 2013, Napoli, 2014.

FREZZA G., *Trascrizione delle domande giudiziali (Artt. 2652-2653)*, in *Comm. cod. civ.*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F. Busnelli, Milano, 2014.

FREZZA G., *Annotazioni. Cancellazioni. Titolo e nota di trascrizione. Formalità e procedimento (Artt. 2654-2682)*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2017.

FREZZA G., *Pubblicità accessorie fra tipicità e atipicità*, in *Riv. dir. civ.*, 2018.

FREZZA G., *Della trascrizione degli atti relativi a beni immobili: considerazioni a margine di un recente volume*, in *Riv. dir. civ.*, IV, Napoli, 2020.

GABRIELLI E., *Rapporti patrimoniali*, nella collana *Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana*, XIII, *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di M. Tamponi e E. Gabrielli, Napoli, 2006.

GABRIELLI G., *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, in *Riv. dir. civ.*, I, Napoli, 1988.

GABRIELLI G., *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997.

GABRIELLI G., *Diritti di riscatto attribuiti dalla legge e pubblicità immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2004.

GABRIELLI G., *Sul modo di operare della pubblicità a norma dell'art. 2644 c.c.*, in *Riv. not.*, 2009.

GABRIELLI G., *La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2012.

GABRIELLI G., *La funzione detta dichiarativa delle formalità pubblicitarie nel registro delle imprese (art. 2193 c.c.) e nei registri immobiliari (art. 2644 c.c.)*, in AA.VV., *Pubblicità degli atti e delle attività, Atti dell'8° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (SISDiC), 3-4-5 aprile 2013*, Napoli, 2014.

GABRIELLI G. e PADOVINI F., voce *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988.

GALGANO F. e VISINTINI G., *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, in *Comm. cod. civ.* A. Scialoja e G. Branca, a cura di F. Galgano, Libro IV, Bologna-Roma, 1993.

GAZZONI F., *Profili della riserva di nomina del contraente*, in *Giur. comm.*, 1982.

GAZZONI F., voce *Contratto per persona da nominare*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004.

GAZZONI F., *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da E. Gabrielli, F. Gazzoni, I, Torino, 2012.

GIACOBBE G., voce *Data (In generale)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962.

GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, (rist.) Napoli, 2010.

GIANFORMAGGIO L., voce *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988.

GIANOLA A., voce *Surrogazione (pagamento con)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999.

GIROLAMI M., *Risoluzione, mutuo dissenso e tutela dei terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009.

GRAZIADEI M., voce *Contratto per persona da nominare*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IV, Torino, 1989.

GUASTINI R., voce *Principi di diritto*, in *Dig., discipl. priv., Sez. civ.*, vol. XIV, Torino, 1996.

IRTI N., *L'età della codificazione*, Milano, 1999.

LUCARELLI F., *Modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici*, Padova, 1990.

LUMINOSO A., *Il mutuo dissenso*, Milano, (rist.) 2015.

LUMINOSO A., *La trascrizione del contratto per persona da nominare*, in *Riv. dir. civ.*, V, 2015.

MACARIO F., *Art. 42*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006.

MAGAZZÙ A., voce *Perdita ed estinzione dei diritti (Perdita)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982.

MAGAZZÙ A., voce *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990.

MAGLIULO F., *Dichiarazione di nomina di terzo tra preliminare e definitivo immobiliare*, nella collana *I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, 1/2008, *Liberalità non donative e attività notarile*, consultabile su www.elibrary.fondazione-notariato.it.

MAGLIULO F., *La natura del mutuo dissenso nei contratti con effetti reali*, in *Notariato*, 3/2013.

MAGNANI A., *La risoluzione della donazione per mutuo dissenso (un rimedio alla potenziale incommerciabilità degli immobili provenienti da donazione)*, in *Riv. not.*, 2004.

MAGNANI A., *La «risoluzione per mutuo dissenso» totale e parziale di donazione di immobili trascritta da meno di vent'anni*, in *Riv. not.*, 2/2017.

MARINELLI F., *Funzione sociale della proprietà e natura delle cose dall'“avere” all'“essere”*, nella collana *Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana*, XIII, *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di M. Tamponi e E. Gabrielli, Napoli, 2006.

MENGONI L., *Natura giuridica degli acquisti «a non domino»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Milano, 1963.

MENGONI L., voce *Acquisto a non domino*, in *Dig., discipl. priv., Sez. civ.*, Torino, 1987.

MESSINEO F., voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961.

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1965.

MESSINETTI R., voce *Acquisto a non domino*, in *Enc. dir.*, III agg., Milano, 1999.

MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Libro IV, t. 2, *Delle obbligazioni*, Torino, 1980.

MODUGNO F., voce *Funzione*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969.

MODUGNO F., voce *Norma giuridica*, II, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978.

MONATERI G., voce *Fattispecie*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VIII, Torino, 1992.

MOSCATI E., voce *Tempo (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971.

MUCCIOLI N., *Doppia alienazione immobiliare e tutela del primo acquirente*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1994.

NATOLI U., *Della trascrizione*, in *Comm. cod. civ.*, Libro VI, *Della tutela dei diritti*, I, Torino, 1959.

NIRO R., *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, sub Art. 41, Torino, 2006.

ORLANDO G., *Mutuo dissenso e contratti integralmente eseguiti*, in *I contratti*, VI, 2012.

PAGLIARO A., voce *Fattispecie e fatto*, III) *Fatto (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967.

PALADIN L., voce *Eguaglianza (Diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965.

PALERMO G., *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974.

PARESC E., voce *Interpretazione*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972.

PATRONO M., voce *Legge (vicende della)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973.

PATTI F., *Il mutuo dissenso* (art. 1372 c.c.), in *Vita not.*, 1999.

PATTI F., *Contratto preliminare per persona da nominare*, *Riv. not.*, 6/2001.

PATTI S., voce *Documento*, in *Digesto (disc. priv.)*. Sez. civ., VII, Torino, 1991.

PATTI S., *La funzione sociale nella "civilistica italiana" dell'ultimo secolo*, in AA.VV., *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, a cura di F. Macario e M.N. Miletta, Roma, 2017.

PENNASILICO M., *La trascrizione del contratto per sé o per persona da nominare*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, III, a cura di S. Pagliantini, E. Quadri e D. Sinesio, Milano, 2008.

PERLINGIERI G., *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, I, Napoli, 2008.

PERLINGIERI P., *Chiusura dei lavori*, in AA.VV., *Pubblicità degli atti e delle attività, Atti dell'8° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (SISDiC)*, 3-4-5 aprile 2013, Napoli, 2014.

PERLINGIERI P., *Dogmatica giuridica e legalità costituzionale*, in *Annali della SISDiC*, III, Napoli, 2019.

PERLINGIERI P., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, già in *Comm. cod. civ.* A. Scialoja e G. Branca, Libro IV, *Delle obbligazioni* (artt. 1230-1259), Bologna, 1975, rist., Napoli, 2019.

PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, Napoli, 2020.

PERLINGIERI P., *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2021.

PERLINGIERI P. e FEMIA P., *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004.

PETRELLI G., *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli-Roma, 2009.

PETRELLI G., *La pubblicità legale tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass. dir. civ.*, III, Napoli, 2009.

PETRELLI G., *Novazione causale, pubblicità immobiliare, presunta tassatività delle ipotesi di trascrizione*, in *Riv. not.*, 2012

PETRELLI G., *Trascrizione immobiliare e Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, I, Napoli, 2014.

PRESTA S., *Dalle norme programmatiche all'applicazione diretta*, nella collana *Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana*, VII, *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, a cura di P. Femia, Napoli, 2006.

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A. e FEOLA M., *La responsabilità civile*, Torino, 2008.

PUGLIATTI S., *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XIV, t. 1, Milano, 1957.

PUGLIATTI S., voce *Acquisto del diritto (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958.

PUGLIATTI S., voce *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961.

PUGLIATTI S., *La trascrizione. L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XIV, t. 2, Milano, 1989.

RESCIGNO G., voce *Deroga (in materia legislativa)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964.

RESCIGNO P., voce *Condizione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961.

RESCIGNO P., voce *Proprietà (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988,

RICCA L., voce *Dante causa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962.

RODOTÀ S., *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, Milano, 1960.

RUBINO D., *La compravendita*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXIII, Milano, 1952.

SACCO R., voce *Circolazione giuridica*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960.

SACCO R., voce *Consensualismo*, in *Dig., disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 2009.

SACCO R., voce *Fattispecie (I agg.)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 2010.

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, (rist.) 1981.

SCALISI V., voce *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971.

SCALONE G., *Spunti critici in tema di contratto per persona da nominare*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1958.

SCHLESINGER P., voce *Dichiarazione (Teoria, gen)* in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964.

SRAFFA A., *Mutuo dissenso e remissione del debito*, in *Riv. dir. comm.*, 1916.

STOLFI G., *La conclusione dei contratti per persona da dichiarare*, in *Riv. dir. civ.*, 1926.

TALAMANCA M., voce *Vendita (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993.

TARTAGLIA POLCINI A., *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. Perlingieri, *sub art. 14 disp. prel. c.c.*, Napoli, 2010.

TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 2015.

TORRENTE A. e SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli e C. Granelli, Milano, 2017.

TRIOLA R., voce *Trascrizione*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992.

TRIOLA R., *Della trascrizione*, in *Comm. Cod. civ.*, Libro VI, *Della tutela dei diritti*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2016.

TROIANO S. e ZACCARIA A., *La trascrizione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, nella collana *Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana*, XIII, *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di M. Tamponi ed E. Gabrielli, Napoli, 2006.

TULLIO L., *Art. 12 disposizioni preliminari*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. Perlingieri, Napoli, 2010.

TULLIO L., *Analogia: tra eguaglianza, ragion d'essere e meritevolezza dell'estensione*, in *Fonti, metodo e interpretazione. Primo incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato*, a cura di G. Perlingieri e M. D'Ambrosio, Napoli, 2017.

VASSALLI G., voce *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992.

VECCHI P.M., *Il contratto per persona da nominare*, in *I contratti in generale*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, IV, *Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, t.1, nella collana *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1991.

VETTORI G., *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988.

VETTORI G., *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995.

VISALLI N., *Natura giuridica del contratto per persona da nominare*, in *Foro it.*, 1960.

VISALLI N., *Contratto per persona da nominare e preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, §3, consultabile su www.pluris-cedam.utetgiuridica.it.

ZACCARIA A. e TROIANO S., *I mutamenti giuridici soggetti a trascrizione ai fini dell'art. 2644 c.c.*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, e coordinato da A. Zoppini, IV, 2, *L'attuazione dei diritti*, Milano, 2009.

ZACCARIA A. e TROIANO S., *Il sistema pubblicitario*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, IV, t. 2, *L'attuazione dei diritti*, Milano, 2009.

