

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI

“FEDERICO II”

DOTTORATO DI RICERCA

IN

DIRITTO COMUNE PATRIMONIALE

-XXIV CICLO-

Coordinatore: Ch.mo Prof. Enrico Quadri

TESI DI DOTTORATO

ACQUISTO DELLA PROPRIETA' E TRASCRIZIONE

Tutor:

Ch.mo Prof. Enrico Quadri

Candidato:

Andrea Vitucci

INDICE – SOMMARIO

CAPITOLO I

TRASCRIZIONE, PUBBLICITA' E TUTELA DELL'AFFIDAMENTO

1) Inquadramento della trascrizione e della pubblicità dei fatti e degli atti giuridici nella più ampia cornice della tutela dell'affidamento.....	3
2) Funzione della trascrizione ed esigenze di conoscibilità.....	14
3) Sovrapposizione tra esigenze di conoscibilità, tutela dell'affidamento ed efficacia traslativa del consenso: in relazione ai beni mobili.....	25
4) <i>Segue</i> : in relazione ai beni immobili.....	36

CAPITOLO II

PROCEDIMENTO E FATTISPECIE

1) Introduzione.....	51
2) Efficacia giuridica.....	53
3) Fatto e fattispecie.....	63
4) <i>Segue</i> : situazione giuridica e rilevanza giuridica.....	71
5) Fattispecie a formazione successiva e procedimento.....	78

CAPITOLO III

LA TRASCRIZIONE NEL PROCEDIMENTO DI ACQUISTO DELLA PROPRIETA'

1) Il trasferimento della proprietà come procedimento.....	93
2) La dottrina che critica il dogma del consensualismo.....	95
3) La proprietà tra consensualismo, absolutezza e opponibilità.....	102
4) Le esigenze della circolazione giuridica e dell'affidamento.....	108
5) <i>Segue</i> : rafforzamento dell'idea di procedimento di trasferimento della proprietà.....	113
6) Spunti conclusivi.....	119
<i>Bibliografia generale</i>	133

CAPITOLO I

TRASCRIZIONE, PUBBLICITA' E TUTELA DELL'AFFIDAMENTO

SOMMARIO: 1) Inquadramento della trascrizione e della pubblicità dei fatti e degli atti giuridici nella più ampia cornice della tutela dell'affidamento. 2) Funzione della trascrizione ed esigenze di conoscibilità. 3) Sovrapposizione tra esigenze di conoscibilità, tutela dell'affidamento ed efficacia traslativa del consenso: in relazione ai beni mobili. 4) *Segue*: in relazione ai beni immobili.

1) La trascrizione si colloca nel più ampio sistema della pubblicità dei fatti e degli atti giuridici¹, sistema volto a rendere conoscibili determinate situazioni giuridiche ai terzi che ne sono rimasti estranei, attraverso mezzi di informazione proporzionati al rilievo che l'ordinamento attribuisce alle vicende che di volta in volta possono essere "pubblicizzate"².

¹ Per un inquadramento della trascrizione in una più ampia teoria generale della pubblicità, si vedano: COVIELLO N., *Della trascrizione*, I (2a impressione dell'edizione del 1897), Napoli 1907, 1 ss.; PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XIV, I, tomo 1, Milano 1957, 4 ss.; cfr. NICOLO', *La trascrizione. Appunti dal corso di diritto civile*, I (Anno Accademico 1971-1972), a cura di R. Moschella e M.C. Andrini, Milano 1973, 3 ss.

Secondo DE CUPIS, *Pubblicità (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Milano 1988, 997, pubblicità "è un sostantivo con cui sempre designasi l'apertura alla diffusa conoscenza, per un fine di interesse pubblico oppure, oltre la sfera di questo, per un fine di interesse privato".

In senso contrario, cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, ne *Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2643-2645bis, tomo 1, Milano 1998, 45, il quale rileva che "tracciare un parallelismo tra funzione della pubblicità in generale e funzione della trascrizione in particolare è allora sicuramente fuorviante per non dire erroneo".

² Secondo PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XIV, I, tomo 1, Milano 1957, 4, "l'attività pubblicitaria si esplica al fine di produrre una *conoscenza* (diffusa in modo tale che possa qualificarsi) *pubblica*", contrapponendosi, così, "alla conoscenza *individuale o isolata* la conoscenza *collettiva*, la quale implica l'apprensione del dato che ne forma l'oggetto, da parte di una (pluralità di persone o) collettività"; cfr. bibliografia ivi citata.

DE CUPIS, *Pubblicità (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Milano 1988, 997, citando a sua volta PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XIV, I, tomo 1, Milano 1957, 7 s. e NICOLO', *La*

Il rilievo si inquadra, a sua volta, nella cornice della tutela dell'affidamento³, cioè di "quella regola, secondo cui, rispettivamente, una certa situazione di fatto

trascrizione. Appunti dal corso di diritto civile, I (Anno Accademico 1971-1972), a cura di R. Moschella e M.C. Andriani, Milano 1973, 10 s., rileva che "la possibilità della generale conoscenza è ben più di quella conoscibilità che, in determinati rapporti, particolarmente sussiste per uno dei soggetti di taluno degli stessi rapporti (...). Essa stessa presuppone l'esistenza di mezzi adeguatamente rivolti alla generale conoscenza, pur se improduttivi in concreto della conoscenza effettiva nei riguardi di taluno degli indeterminati soggetti, compresi nella generalità. La pubblicità assume rilevanza giuridica attraverso le norme che la disciplinano e che, complessivamente considerate, formano l'istituto giuridico della pubblicità: istituto che, correlativamente alla diversa natura degli interessi tutelati, estende la sua applicazione dalla sfera del diritto pubblico a quella del diritto privato, sì da sdoppiarsi in due istituti, rispettivamente di diritto pubblico e di diritto privato".

³ FALZEA, *Apparenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, II, Milano 1958, 690, il quale, ricomprendendo titoli formali di legittimazione, atti muniti di pubblica fede e fatti di pubblicità nella dizione di "formalismo giuridico", rileva che questo "costituisce un mezzo di tutela della buona fede dei terzi". Più in generale, in relazione all'apparenza e alla distinzione di questa dal formalismo, l'Autore rileva che "la pubblicità, gli atti di pubblica fede e le altre figure del medesimo tipo tendono a realizzare la tutela dello stesso sistema di interessi che il diritto vuole garantire con la disciplina dell'apparenza. Ma i modi della tutela giuridica sono, nelle due categorie di fenomeni, radicalmente diversi. Il formalismo, in quanto si manifesta in strutture rigide e tipizzate, attua una più intensa tutela del terzo, dispensandolo da una specifica giustificazione della sua condotta, ogniqualvolta egli possa richiamarsi al contenuto del documento formale: in particolare questa tutela o non incontra alcun limite nella conoscenza che egli abbia della difformità della situazione giuridica reale da quella risultante dal documento formale, o incontra un limite soltanto negativo, quando concorra un suo intendimento doloso o uno stato di mala fede. Nell'apparenza, invece, come è vista dal nostro legislatore, la tutela del terzo è resa necessaria dalla mancanza di un documento o titolo formale, e deve poggiare perciò necessariamente su una situazione di buona fede specificamente giustificata da una situazione di fatto oggettivamente capace di trarre in inganno qualsiasi terzo. Questa è appunto la ragione specifica della sua utilità". Secondo il Falzea, laddove il formalismo giuridico, in modo più o meno ampio, esonera il "soggetto dall'accertamento della realtà giuridica dichiarata", l'apparenza si presenta come "uno strumento elastico, idoneo a penetrare nei campi in cui il formalismo giuridico non ha avuto possibilità di esplicarsi, e mira a proteggere l'interesse dei terzi tutte le volte in cui essi non hanno una dichiarazione formale su cui poggiare e tuttavia sono stati tratti in inganno da una situazione di fatto che abbia manifestato come esistente una realtà giuridica inesistente" (p. 690).

Sul punto, richiamando proprio le osservazioni del Falzea, precisa MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano 1973, 48 (e nt. 69) che se è vero che pubblicità e dichiarazioni alla generalità, consistendo "in fatti *tipici*, rigorosamente determinati", fungono da "guida sicura a predeterminata per l'azione dei terzi", è anche vero che "le *apparenze*", pur consistendo in elementi variabili e solo funzionalmente individuati come quelli che normalmente accompagnano la realtà (...), sottraggono il terzo, e sia pure il terzo in buona fede, alla vigenza di quest'ultima e costituiscono (...) per lui una guida sicura,

o diritto è inoperante se non è nota ad un determinato soggetto o se è contrastata da un'opposta apparenza o dalle risultanze degli indici di pubblicità; e, reciprocamente, tutto procede come se la situazione di fatto o diritto fosse quella erroneamente ritenuta da un certo soggetto, o quella apparente, o quella risultante dall'indice di pubblicità"⁴.

anche se non altrettanto facile, nell'azione". Secondo l'Autore, infatti, il principio dell'apparenza non tutela "a posteriori un affidamento già verificatosi", ma consente al terzo di agire a priori "sulla base delle apparenze" (p. 46), nella cornice di un "affidamento autorizzato dalla legge (*secundum legem*)" (p. 47). Ed infatti, la dottrina più recente (F. BOCCHINI, in F. BOCCHINI e E. QUADRI, *Diritto privato*, 4a ed., Torino 2011, 170) precisa che l'apparenza giuridica rappresenta una "specificazione dell'affidamento incolpevole" ed è "rinvenibile quando lo stato soggettivo di affidamento si fonda sull'apparente esistenza di una situazione giuridica, in realtà inesistente: è cioè attribuita rilevanza giuridica a situazioni socialmente apparenti come giuridiche, benché tali non siano".

Cfr. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XIV, I, tomo 1, Milano 1957, 29 s., il quale rileva che l'ordinamento "attribuisce rilevanza a quella condizione soggettiva che si dice *conoscenza* (rispetto a un dato oggetto) e alla reciproca condizione che si dice *ignoranza*: la protezione della *buona fede* che, nel suo aspetto intellettuale, equivale all'*ignoranza*, ed è da distinguere dalla buona fede in senso etico, si rivolge principalmente al soggetto che ignora". Secondo il Pugliatti, allorché l'ordinamento, tramite i sistemi di pubblicità, "provvede ad approntare i mezzi atti ad agevolare la presa di conoscenza di gruppi o dell'intera collettività, reciprocamente attenua o addirittura sopprime la tutela concessa in funzione dell'ignoranza" (pp. 30-31).

⁴ SACCO, *Affidamento*, in *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano 1958, 661 s., il quale evidenzia che lo stato del pensiero giuridico al momento della redazione del codice del 1942 era rappresentato dal principio per cui "tutte le volte che un soggetto crea per fatto proprio un'apparenza giuridica a sé sfavorevole non può opporre il vero stato di fatto e diritto, difforme dall'apparenza, al terzo che abbia confidato (*variante*: che abbia confidato senza propria colpa) nell'apparenza ingannevole (...)".

PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova 1963, 183 ss.; PIETROBON, *Affidamento*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, I, Roma 1988, 1 ss., pare distinguere l'affidamento dall'apparenza giuridica. Il primo si rivolgerebbe "al tema del contratto e dei rapporti tra le parti contraenti in relazione all'interpretazione del contratto stesso, e sopra tutto alle cause di invalidità, particolarmente alle cause di invalidità soggettiva, cioè discendenti da eventi propri di una sola parte, come l'incapacità naturale e i vizi del consenso" (*Affidamento cit.*, 1-2); la seconda riguarderebbe l'insorgere di uno "stato di fiducia sull'esistenza di una situazione giuridica che forma il presupposto d'efficacia del negozio, o dell'atto giuridico" (*L'errore cit.*, 187), situazione "rispetto alla quale non si può parlare di parte e di controparte, perché ogni persona diversa del titolare assume la posizione di terzo" (*Affidamento cit.*, 4).

La legge, cioè, combina diversamente le esigenze sottese alla esplicazione dell'autonomia privata e quelle connesse alla sicurezza del traffico giuridico e alla tutela dei terzi incolpevoli⁵, in guisa che fra due principi, "l'uno dei quali afferma che nessuno può trasferire ad altri più diritto di quanto possiede, e l'altro che proclama la protezione della buona fede del terzo nel dominio delle contrattazioni, non è esatto dire che l'uno sia eccezione dell'altro; piuttosto che l'uno sostituisca l'altro a seconda dei casi, e che entrambi operino concordemente nei campi rispettivi della loro applicazione"⁶.

In via esemplificativa, basti pensare al caso dell'acquisto mobiliare a titolo oneroso dall'erede apparente che, nonostante il difetto di titolarità in capo al dante causa, viene fatto salvo se vi è la prova della buona fede del terzo acquirente, ex art. 534, 2° comma, c.c. (in base al quale si richiedono, quindi, congiuntamente il dato obbiettivo dell'apparenza e quello soggettivo della buona fede)⁷. Tali elementi non sono tuttavia sufficienti in relazione agli immobili e ai

⁵ Tanto è vero che attraverso l'apparenza sembra potersi legittimare "il terzo a trattare con chi appare titolare di una situazione giuridica, come se lo fosse realmente", come rileva MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano 1973, 68. E ciò "comporta che l'apparenza in tanto opera in quanto il terzo l'abbia conosciuta. Essa è cioè una fattispecie alternativa di legittimazione, che ha la funzione di rendere indipendente la posizione del terzo da quella della controparte, purché però effettivamente il terzo si sia lasciato guidare da essa nell'azione" (p. 68). In tal guisa, l'apparenza diventa "strumento di esonero dalla vigenza della realtà, nei confronti di chi se ne avvale" (p. 70).

⁶ D'AMELIO, *Apparenza del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, tomo 1, Torino 1957, 715.

⁷ MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano 1973, 109, evidenzia la necessità che un comportamento da erede "non solo vi sia, ma anche appaia all'esterno: ciò da un lato comporta la necessità di una pluralità di atti di erede, perché atti isolati, pur potendo essere di per sé sufficienti all'acquisto della qualità ereditaria, se compiuti con la consapevolezza dell'ereditarietà dei beni che ne sono oggetto (...), non costituiscono però essi stessi manifestazioni di questa consapevolezza (...); d'altro lato, costituisce un limite temporale alla situazione di apparenza. E' evidente infatti che, passando molto tempo dalla morte del *de cuius*, l'esercizio dei diritti che ad esso facevano capo, pur rimanendo sostanzialmente una violazione della qualità ereditaria, può tuttavia non apparire più tale ad un osservatore esterno, perdendosi di vista il collegamento esistente fra quell'esercizio e l'esercizio del *de cuius*. L'apparenza della qualità ereditaria ci sembrerebbe cioè una situazione essenzialmente temporanea, destinata ad operare soltanto fino a quando il comportamento del

beni mobili registrati, ai sensi dell'art. 534, 3° comma, c.c., che - richiedendo anche l'antiorità della trascrizione sia dell'acquisto a titolo di erede sia di quello dall'erede apparente rispetto alla trascrizione dell'acquisto da parte dell'erede o legatario vero o della domanda giudiziale contro l'erede apparente - sembra fornire l'indice rivelatore delle intersezioni tra trascrizione e affidamento, "nella fondamentale esigenza di tutelare i terzi di buona fede"⁸.

terzo possa apparire per quello che è, e cioè subingresso nel comportamento del *de cuius* (...)" . Cfr. SACCO, *Affidamento*, in *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano 1958, 668; DE CUPIS, *Pubblicità (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Milano 1988, 1016.

FALZEA, *Apparenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, II, Milano 1958, 686 ss., esamina anche il caso del pagamento al creditore apparente di cui all'art. 1189 c.c., in cui creditore apparente non è quel "soggetto a cui il terzo erroneamente attribuisce la qualità di creditore, ma è solo quel soggetto che situazioni oggettive, socialmente apprezzabili, inducono a ritenere effettivo titolare del credito" (p. 686): ricorrono cioè "un fenomeno manifestato (apparire legittimato a ricevere il pagamento), un fenomeno manifestante (le circostanze univoche) e un legame puramente oggettivo (in base a) per cui il secondo fenomeno manifesta il primo alla stregua delle normali regole e connessioni dell'esperienza" (p. 693). Cfr. DE CUPIS, *Pubblicità (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Milano 1988, 1016, secondo cui "l'apparenza della mancante legittimazione assume rilevanza giuridica attraverso la tutela della buona fede del debitore". MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano 1973, 162 s., rileva che come può esservi un pagamento al creditore apparente, così può esservi l'adempimento del debitore apparente. Non potrebbe infatti escludersi l'efficacia "dell'apparenza a favore del creditore il quale, in buona fede, abbia ricevuto (e preteso) il pagamento da chi si manifestava al pubblico come titolare della situazione giuridica dalla quale la posizione debitoria dipendeva (...)". Ne deriva che "il creditore, ricevendo in buona fede il pagamento dal debitore apparente, deve considerarsi legittimamente e definitivamente soddisfatto, salvo ovviamente il diritto alla ripetizione del debitore apparente nei confronti del debitore reale".

Con riferimento alle figure del pagamento al creditore apparente e dell'acquisto dall'erede apparente, si osserva che esse sono "ipotesi tipiche e qualificate di apparenza giuridica, per il cui ricorso" sono sufficienti "due soli presupposti: uno stato di fatto formalmente rispondente ad una realtà giuridica; l'incolpevole convincimento del terzo che le due situazioni coincidano (c.d. *apparenza pura*)". Così F. BOCCHINI, in F. BOCCHINI e E. QUADRI, *Diritto privato*, 4a ed., Torino 2011, 171. In senso analogo, già MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano 1973, 165, che ne evidenzia il "nucleo unitario, intorno al quale si sviluppa l'istituto dell'apparenza giuridica". Sul punto, cfr. PIETROBON, *Affidamento*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, I, 4.

⁸ NICOLÒ, *La trascrizione. Appunti dal corso di diritto civile*, I (Anno Accademico 1971-1972), a cura di R. Moschella e M.C. Andrini, Milano 1973, 54 (esercitazione tenuta dal dott. Moschella), ove, nell'analizzare i rapporti tra apparenza e pubblicità, si osserva che, nel caso dell'erede apparente, emerge "come a volte la pubblicità possa concorrere con l'apparenza ed a volte possa sostituirla (...). In linea generale, può perciò dirsi che il problema dei rapporti fra rilevanza della pubblicità e rilevanza dell'apparenza è di schietto diritto positivo e può pertanto

Ancora, si pensi all'art. 1415 c.c., in base al quale la simulazione è inopponibile al terzo che in buona fede abbia acquistato diritti dal titolare apparente⁹, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di simulazione, perché, in tal caso, "l'indice di pubblicità" impedirebbe ogni tutela per il terzo; parimenti, la rescissione e la risoluzione per inadempimento del contratto non pregiudicano, ex artt. 1452 e 1458, 2° comma, c.c., i diritti acquistati dai terzi, secondo una salvezza che pare operare sulla base di circostanze meramente obiettive¹⁰ che, non a caso, vengono meno in presenza della trascrizione della domanda, cioè di un "indice di pubblicità"¹¹ idoneo a rendere palese la rescindibilità o risolubilità del contratto.

Si pensi, inoltre, a come l'ordinamento reagisce di fronte alle ipotesi di invalidità negoziale, in cui la tutela dell'affidamento stempera le esigenze rispettivamente sottese alla "dichiarazione"¹² e al dogma della "volontà"¹³, distinguendo la volizione "che è un fatto soggettivo e individuale, dalla sua

trovare soluzioni diverse nei diversi campi. Di più e come criterio orientativo, può solo aggiungersi che la scelta fra l'una e l'altra soluzione potrà dipendere dalla prevalenza dell'esigenza di certezza, meglio garantita dalla pubblicità, o dall'esigenza di speditezza, meglio assicurata dall'apparenza".

⁹ FALZEA, *Apparenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, II, Milano 1958, 689, in cui si rileva che nell'ipotesi della simulazione vi è prima di tutto un'apparenza data dal "contratto simulato, ma anche e specialmente dal comportamento complessivo dei simulanti, idoneo a generare nei terzi l'erroneo convincimento sulla titolarità".

¹⁰ SACCO, *Affidamento*, in *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano 1958, 668.

¹¹ Così SACCO, *Affidamento*, in *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano 1958, 661. Cfr. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova 1933, 62.

¹² Il cui precedente storico può ritrovarsi nel precetto testuale delle XII Tavole: "*Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita ius esto*". Sul punto, cfr. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, XII ed., Napoli 2001, 355 s.

¹³ Per le impostazioni di teoria generale del negozio cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1960, 50 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 1950, rist. Napoli 1956, 33 ss.

PIETROBON, *Affidamento*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, I, Roma 1988, 2, evidenzia che il principio dell'affidamento tende a superare "i due soggettivismi, del volontarismo e del dichiarazionismo, per mirare invece a un contemperamento degli interessi di entrambe le parti contrapposte nel contratto, in armonia a una maggior considerazione della buona fede e della giustizia sostanziale" (nello stesso senso, cfr. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova 1963, 83 ss.).

manifestazione, che è invece un fatto socialmente apprezzabile”¹⁴. Si verificano, così, situazioni in cui può apparire legittima la tutela di chi abbia fatto affidamento su una data manifestazione giuridica¹⁵, a seconda della ragionevolezza del comportamento tenuto¹⁶, cioè del grado di diligenza occorso, sia nell’informarsi che nell’informare¹⁷. All’inverso, “si devono osservare dei limiti anche nel dar valore all’affidamento altrui, perché deve pur essere tutelata la posizione del soggetto agente, oltre a quella dei terzi”¹⁸.

¹⁴ FALZEA, *Apparenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, II, Milano 1958, 686.

¹⁵ Ripugna, infatti, “già al senso pratico l’idea che la volontà debba essere, in ogni caso, protetta, incoraggiando la malafede e la leggerezza e debbano, per converso, pienamente sacrificarsi gli interessi fondamentali della tutela dell’affidamento e della sicurezza del traffico. Nessun legislatore che abbia cura di siffatti interessi, disporrà mai in tal senso, ma cercherà, al contrario, di contemperare le opposte ragioni, sacrificando più o meno, a seconda delle esigenze dell’ambiente, la volontà dei privati. In concreto poi proprio il diritto positivo italiano, ispirandosi (...) al nuovo spirito di solidarietà, assume, di recente, un atteggiamento decisamente antivolontaristico”. Così SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 1950, rist. Napoli 1956, 62, il quale osserva ulteriormente che il codice del 1942 “prende in considerazione, in numerose norme, il problema della volontà, ma solo talvolta fa discendere dal difetto di essa l’invalidità del negozio preoccupandosi piuttosto, negli altri casi, di far salvo, attraverso la validità, l’altrui affidamento. Può dirsi, dunque (...) che il nostro legislatore osserva, riguardo alla volontà, un criterio elastico, seguendo, di volta in volta, a seconda delle esigenze che si prospettano, ciascuna delle diverse teorie” del negozio (p. 63).

¹⁶ D’AMELIO, *Apparenza del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, tomo 1, Torino 1957, 714-716.

¹⁷ TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, XXIX ed., Padova 1999, 195. L’affidamento va quindi inteso non come valore assoluto dell’apparenza, ma come protezione della buona fede, a sua volta concepita come regola dell’agire di chi si affida a quanto appare dalle altrui manifestazioni, sempre che sia stato diligente nell’informarsi. Non solo, l’ordinamento richiede anche un dovere di diligenza nell’informare, che impone di prevedere ciò che può intendere il destinatario della propria dichiarazione: la negligente mancanza nell’informare viene stigmatizzata, ad esempio, con la responsabilità precontrattuale di quel soggetto che abbia causato nell’altro l’obiettivo e ragionevole convincimento circa la conclusione del contratto poi non concluso. Sul punto, cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XI ed., Napoli 2004, 851 ss.

All’idea di affidamento pare accompagnarsi, così, quella di autoresponsabilità, che “sussiste sempre dovendo ognuno conoscere il significato che il proprio comportamento assume nella vita sociale”. Così SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 1950, rist. Napoli 1956, 211.

¹⁸ TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, XXIX ed., Padova 1999, 196 e nt.1: “se esiste un atto di alienazione di un mio bene che appaia da me sottoscritto, mentre la firma è falsa o mi è stata fatta apporre da chi violentemente mi conduceva la mano, è giusto che il primo ad essere protetto debba essere io (...). Quindi la protezione della buona fede delle parti e dei terzi che si affidano all’apparenza avverrà entro certi limiti. (...) si tratta di principi opposti, che, avendo

Per questa via il legislatore - analogamente a quanto si è già accennato nei casi dell'acquisto dall'erede apparente, della salvezza degli acquisti del terzo nei casi di simulazione, rescissione e risoluzione per inadempimento - giunge a conseguenze diverse da quelle che dovrebbero scaturire dalla rigorosa applicazione delle categorie logiche predeterminate e tradizionali¹⁹. Vi sono, infatti, alcuni casi di mancanza di volontà che non comportano (come invece astrattamente si potrebbe ritenere) la nullità del negozio: si pensi all'ipotesi di cui all'art. 428 c.c., in cui l'accertamento dell'incapacità di volere implica che certamente una volontà seria non ci fu, oppure all'errore ostativo, in cui vi è divergenza tra volontà e dichiarazione²⁰. In tali casi non c'è nullità (ma solo annullabilità) perché al difetto di volontà non corrisponde quella "conoscibilità del fatto, che, riscontrandosi negli altri casi di nullità radicale (violenza fisica, causa mancante, oggetto indeterminato, ecc.), potrebbe mettere sull'avviso i terzi che usino l'ordinaria diligenza"²¹ della ricorrenza, nel caso di specie, di una causa di

ciascuno il proprio fondamento, devono essere armonicamente coordinati nella vita concreta del diritto".

¹⁹ PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova 1963, 80 ss., evidenzia, infatti, che valutazioni etiche o di buona fede interferiscono "sull'applicazione dei giudizi logico formali" (p. 80) e che l'affidamento "sia entrato nell'ambito delle costruzioni, dove sostiene e anima tutte le regole di disciplina del negozio" (p. 84).

²⁰ Nel caso di errore ostativo il negozio è "per definizione sfornito di volontà". Così PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova 1963, 79.

²¹ TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, XXIX ed., Padova 1999, 196, il quale rammenta il "riferimento da farsi all'«orizzonte del destinatario», come limite al riconoscimento assoluto del potere e degli effetti dell'autonomia del soggetto". Sul punto, cfr. F. BOCCHINI, in F. BOCCHINI e E. QUADRI, *Diritto privato*, 4a ed., Torino 2011, 171 s., dove si annota che la più recente evoluzione ha delineato anche la figura dell'apparenza colpevole (o colposa), che, ai fini della rilevanza alla stregua dell'apparenza giuridica, richiede – oltre a uno stato di fatto formalmente rispondente ad una realtà giuridica e all'incolpevole convincimento del terzo che le due situazioni coincidano – "l'ulteriore presupposto della *condotta colpevole* del soggetto che ha ingenerato l'apparenza". Così, fuori dai casi previsti dalla legge, si tende a valorizzare "il principio dell'*autoresponsabilità*, per cui l'effettivo titolare della situazione giuridica non può ricevere pregiudizio dall'affidamento altrui senza il concorso di una propria responsabilità nella creazione dell'apparenza: la condotta colpevole del titolare del diritto (generatrice dell'altrui affidamento incolpevole) è in qualche modo ricondotta all'alveo generale della responsabilità civile ex art. 2043".

nullità. Di conseguenza, proprio per la difficoltà di riconoscere le suddette cause di invalidità, la protezione della volontà di colui che ha concluso un contratto in stato di incapacità naturale si ha, per il tramite dell'annullabilità, solo qualora risulti la malafede dell'altro contraente (art. 428, 2° comma, c.c.); l'errore ostativo - non a caso assimilato, sotto il profilo della disciplina, all'errore vizio del volere²² - comporta, sempre che sia essenziale ex art. 1429 c.c., l'annullabilità del contratto solo quando sia riconoscibile dall'altro contraente (artt. 1428 e 1431 c.c.)²³.

²² Sull'errore, v. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova 1963; PIETROBON, *Errore (diritto civile)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XIII, Roma 1989.

Più in generale, SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 1950, rist. Napoli 1956, 136, osserva che in relazione ai vizi del volere il codice considera quelli gravi, dipendenti "dall'errore essenziale, dalla minaccia di un male ingiusto e notevole e dal dolo determinante, ma si preoccupa altresì di proteggere l'altrui affidamento, subordinando, ad esempio, la rilevanza dell'errore alla sua riconoscibilità". Secondo l'Autore, "il vizio del volere viene a rilevare solo nei casi fissati dal legislatore e con i limiti da esso imposti che si spiegano poi per la protezione dell'affidamento" (p. 250).

²³ PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova 1963, 93, precisa che il "giudizio di riconoscibilità si esaurirà (...) in una valutazione della diligenza di chi ha ricevuto la dichiarazione nell'ipotesi più semplice di errore unilaterale, concedendogli in tal modo una difesa fondata sulla buona fede e subordinata a essa. Ma quando il fatto sia più complesso non potrà trascurare una valutazione sul contegno di entrambi; apprezzamento morale di fronte al quale perde ogni scopo l'indagine sul significato formale della regola di riconoscibilità, sul contenuto della norma elaborato secondo il significato delle parole e la connessione di esse (...). Quel che avviene o può avvenire per la riconoscibilità dell'errore non è poi che l'espressione di quanto può avvenire su un piano più generale con riguardo alla maggior parte delle norme in materia di contratto".

Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 1950, rist. Napoli 1956, 64; SACCO, *Affidamento*, in *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano 1958, 664 ss.

FALZEA, *Apparenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, II, Milano 1958, 695, rileva che l'ordinamento predispone, di volta in volta, rimedi che possono operare in sensi opposti, cioè nel senso dell'efficacia o dell'inefficacia. Nel caso dell'errore, la soluzione dell'annullabilità dipende dalla riconoscibilità (oltre che dall'essenzialità), che attua una forma di equo temperamento degli interessi contrapposti che si risolve "in un onere di diligenza a carico dei soggetti del negozio, perché si avvedano dell'errore oggettivamente riconoscibile in cui è incorsa la controparte. La riconoscibilità denota un fenomeno opposto a quello dell'apparenza: una realtà presente o immediatamente deducibile dalla realtà presente in forza di un rapporto di adeguata manifestazione". Così, mentre la disciplina dell'errore introduce un "germe invalidativo capace di togliere di mezzo l'efficacia precariamente attribuita all'atto", l'ufficio dell'apparenza opera in senso inverso, in quanto "recupera al diritto atti che, diversamente, sarebbero inutili". Infatti, nel "conflitto che si istituisce tra l'interesse dell'effettivo legittimato - interesse che può essere preservato solo attraverso l'inefficacia - e l'interesse del terzo che a causa dell'apparenza è caduto in un errore oggettivamente scusabile - interesse che, al

Analogamente, il contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi con il rappresentato è annullabile solo se il conflitto è conosciuto o riconoscibile dal terzo (art. 1394 c.c.).

Ancora, si pensi all'art. 1445 c.c., che evidenzia plasticamente l'operatività del principio dell'affidamento: secondo tale disposizione le conseguenze dell'annullamento del contratto per i terzi sono diverse a seconda che l'annullamento derivi da incapacità legale o meno. Nei casi di incapacità legale, infatti, gli atti da cui risultano le limitazioni alla capacità di agire di un soggetto sono soggetti a pubblicità e l'ordinamento non ritiene meritevole di tutela la posizione di chi avrebbe dovuto previamente informarsi e non lo ha fatto (cioè il terzo acquirente). Diversamente, fatti non riconducibili alle varie forme di incapacità legale non rientrano (e difficilmente potrebbero) in sistemi di pubblicità, perciò il terzo acquirente di buona fede a titolo oneroso può invocare a proprio vantaggio la situazione di diritto come a lui incolpevolmente appariva. Ovviamente, sempre che non vi sia stata la trascrizione della domanda di annullamento, perché, in tal caso, "l'indice di pubblicità"²⁴ (cioè la trascrizione della domanda) precluderebbe ogni possibilità di tutela del terzo, come del resto è espressamente stabilito dall'art. 1445²⁵. Tale disposizione limita l'applicazione del principio "*resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*"²⁶ e si proietta nell'art. 2652 n. 6, seconda parte, c.c., che prevede che la sentenza che accoglie la domanda di annullabilità di un atto soggetto a trascrizione per una causa diversa

contrario del primo, non può trovare soddisfacimento se non attraverso la efficacia - la legge dà la prevalenza a quest'ultimo. L'errore oggettivamente scusabile nella fattispecie dell'apparenza spiega dunque una azione sanante e si contrappone alla figura ordinaria di errore, che spiega invece un'azione viziante (...). Così l'acquisto dal non erede o dal non titolare, come tale inefficace per difetto di legittimazione dell'alienante, vale a fare succedere il terzo, sul quale l'apparenza abbia generato uno stato di errore, nel diritto oggetto dell'acquisto; ed allo stesso modo il pagamento del debitore, caduto in errore a causa delle circostanze che fanno apparire il destinatario creditore, produce la liberazione dal debito" (pp. 698-699).

²⁴ Cfr. SACCO, *Affidamento*, in *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano 1958, 661.

²⁵ F. BOCCHINI, in F. BOCCHINI e E. QUADRI, *Diritto privato*, 4a ed., Torino 2011, 170.

²⁶ TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, XXIX ed., Padova 1999, 197.

dall'incapacità legale non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede e a titolo oneroso in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda, anche se quest'ultima è stata trascritta prima di un quinquennio dalla trascrizione dell'atto impugnato²⁷.

Ancor più marcatamente nel senso del contemperamento tra conseguenze dell'invalidità e tutela dell'affidamento, depono l'art. 2652, n.6, prima parte, c.c., che, anche di fronte a negozi (soggetti a trascrizione) che risultino affetti da nullità, limita l'operatività della regola per cui la risoluzione del diritto del dante causa comporta il venir meno di quello dell'acquirente. Secondo tale disposizione, infatti, se la domanda di nullità (come quella di annullabilità) viene trascritta dopo cinque anni dalla trascrizione dell'atto impugnato, la sentenza che l'accoglie non pregiudica i diritti acquistati a qualunque titolo dai terzi di buona fede che abbiano trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda²⁸.

²⁷ PUGLIATTI, *La trascrizione. L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, XIV, tomo 2 (testo curato e aggiornato da G. Giacobbe e M. E. La Torre), Milano 1989, 477.

²⁸ NICOLO', *La trascrizione. Appunti dal corso di diritto civile*, III (Anno Accademico 1972-1973), a cura di D. Messinetti, Milano 1973, 117, che inquadra espressamente l'istituto nella tutela dell'affidamento: "il terzo che acquista da colui che, in base a un titolo trascritto, appare titolare del diritto, ha ragione di fare affidamento su tale apparenza se per un certo tempo essa non risulta contrastata dalla iniziativa di colui che avrebbe interesse a rimuoverla". Da un punto di vista storico, l'Autore osserva che la "complessa disciplina relativa alla pubblicità delle domande di nullità e di annullamento costituisce una profonda innovazione nel nostro sistema attuale. La retroattività reale della sentenza che dichiarava la nullità di negozio giuridico o ne pronunciava l'annullamento, era pacificamente riconosciuta per il codice vecchio e costituiva anzi un principio tradizionale che poteva subire qualche deroga solo relativamente ai beni mobili, per l'interferenza del principio «possesso di buona fede vale titolo». I terzi che acquistavano diritti immobiliari da colui che appariva titolare del diritto in base a un negozio successivamente dichiarato nullo o annullato, non potevano trovare alcuna difesa se non nelle regole dell'usucapione. Il che era perfettamente nella logica del sistema del vecchio codice. Tali principî sono stati attenuati sotto un duplice profilo: l'uno di carattere generale, esclusivamente fondato sui principî della pubblicità, che tende a favorire i terzi di buona fede; l'altro di carattere particolare (che costituisce per talune ipotesi un ampliamento del precedente e che perciò lo assorbe), tendente a porre un coordinamento tra i principî della pubblicità e quelli di diritto sostanziale (...)" (p. 116).

2) Da questi primi rilievi emerge che l'ordinamento non ricollega ad un determinato atto o fatto una certa conseguenza giuridica nei confronti di determinati soggetti se questi non hanno avuto la possibilità di venire a conoscenza del fatto o dell'atto di che trattasi²⁹. Gli effetti derivanti da tale "possibilità di conoscenza" possono prodursi, anzitutto, tra le parti di un rapporto, come è nel caso della riconoscibilità dell'errore essenziale³⁰ o del conflitto di interessi tra rappresentato e rappresentante ai fini dell'annullamento del contratto³¹.

Del pari, la conoscenza di un dato fatto ovvero l'equiparazione della possibilità di conoscenza all'effettiva conoscenza³², consentono di estendere determinate conseguenze ai terzi, come nell'ipotesi di cui all'ultima parte dell'art. 1445 c.c., che fa salvi gli effetti della trascrizione della domanda in caso di annullabilità del contratto per causa diversa dall'incapacità legale. Analogamente è a dirsi per gli effetti che le sentenze di rescissione o risoluzione per

Cfr. PUGLIATTI, *La trascrizione. L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, XIV, tomo 2 (testo curato e aggiornato da G. Giacobbe e M. E. La Torre), Milano 1989, 475, ove si rileva che "la trascrizione del titolo viziato o difettoso dà il primo fondamento all'affidamento del terzo, e tale fondamento è rassodato da quella inerzia che si protrae nel tempo (...), a codesto dato obiettivo, a cui si ricollega l'affidamento, deve fare riscontro un elemento subbiiettivo, che, per i suoi riflessi etico sociali, viene ritenuto solitamente degno di protezione: la buona fede dell'acquirente".

²⁹ GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, XI ed., Napoli 2004, 99.

³⁰ DE CUPIS, *Pubblicità (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Milano 1988, 997.

³¹ D'AMELIO, *Apparenza del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, tomo 1, Torino 1957, 716, dove si osserva che l'ordinamento ritiene di evitare di imporre "un accertamento preventivo della realtà di quanto appare evidente, con intralcio gravissimo alla vita degli affari; per non rendere più lenta e faticosa e costosa l'attività giuridica".

³² Cfr. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XIV, I, tomo 1, Milano 1957, 31 ss., il quale osserva che "realizzata, mediante l'apposita organizzazione del pubblico servizio, la possibilità della conoscenza, il legislatore ha ricollegato all'attuazione della pubblicità taluni effetti, indipendentemente dalla conoscenza che i soggetti interessati si siano, realmente, procurata" (p. 192). Ciò non significa affermare che "nel nostro ordinamento positivo esista un generico dovere di (procurarsi la) conoscenza. Al dover conoscere si fa riferimento in qualche disposizione speciale (artt. 1338 e 1341 c.c.), non facilmente generalizzabile" (p. 424).

inadempimento del contratto producono sugli acquisti dei terzi se la relativa domanda giudiziale è stata trascritta³³.

Vi sono quindi esigenze di conoscibilità³⁴ e di certezza dei rapporti³⁵ che, non potendosi tradurre in illimitati oneri di accertamento della realtà a carico dei

³³ Cfr. SACCO, *Affidamento*, in *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano 1958, 663 s., il quale evidenzia che è “più facile intuire che non esprimere quale conflitto di interessi sottostia alle norme protettive dell’affidamento”, che paiono agitarsi tra “sicurezza dei diritti soggettivi acquisiti”, “sicurezza del traffico” e interessi sottesi alla “rilevanza della pubblicità, dell’apparenza e della buona fede”.

³⁴ Che pare attraversare la storia degli ordinamenti giuridici dall’antichità (non solo con riferimento al diritto romano) ad oggi, almeno secondo l’opera di PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XIV, I, tomo 1, Milano 1957, 33-192. L’Autore ricava dall’esame storico l’idea che tradizioni differenti hanno tutte ugualmente sentito l’esigenza che sta alla base della pubblicità, soddisfacendola con strumenti diversi in ragione delle peculiarità dei singoli popoli e dei loro ordinamenti (pp. 80 e 144). L’Autore ritiene di non poter escludere *a priori* l’idea che i sistemi di registrazione emersi nelle esperienze giuridiche pregresse avessero scopi, sia pur latamente, pubblicitari (p. 81). Egli osserva, rifacendosi all’Arangio-Ruiz (p.81, nt. 303), che non si trattava di meccanismi paragonabili all’odierna trascrizione, ma pur sempre di mezzi destinati a evitare che fosse tradita la buona fede dei contraenti. Secondo il Pugliatti “le primitive manifestazioni di quella esigenza, che trovavano soddisfazione in quanto taluni atti si compivano in pubblico (specialmente alla porta di città, al foro, al mercato,) o in luoghi aperti al pubblico (nei tempi, nelle chiese), o davanti ad assemblee più o meno numerose (dai comizi centuriati –poi sostituiti dai trenta littori- alle assemblee degli anziani), o davanti a testimoni, difettavano in radice, poiché si affidavano alla memoria dei presenti, cioè di persone che, al momento opportuno, potevano essere anche difficilmente reperibili, e sopra tutto non sempre erano degne di fede, e in fin dei conti non erano eterne. Più idoneo poteva apparire l’intervento dell’autorità: ma anche il re, il principe, il magistrato, il funzionario poteva dimenticare, e non viveva eternamente. La necessità di serbare memoria e di sostituire la rappresentazione documentale, maggiormente sicura, a quella verbale, affidata alla memoria e all’onestà dei testi, suggerì la creazione dello strumento tecnico più idoneo: il registro. Correlativamente nacque l’esigenza di garanzia, e quindi l’idea di affidarne la tenuta a funzionari pubblici, e si profilò, nel tempo stesso, la possibilità di consentire, sotto la sorveglianza di essi e dei loro dipendenti, a chiunque volesse, di attingervi notizie. Tutta la storia della pubblicità si articola sul fondamentale motivo della esigenza di conoscenza come interesse (del) pubblico, esigenza che lievita come tale e circola nei diversi ambienti sociali, fino a che riesce ad ispirare norme giuridiche, e allora diviene linfa che vivifica le istituzioni da queste create. La pubblicità reclama la disciplina di un pubblico servizio col quale si renda possibile la conoscenza del pubblico” (pp. 191-192).

Non così GAZZONI, *La trascrizione immobiliare, ne Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2643-2645bis, tomo 1, Milano 1998, 40 ss., il quale rileva che “al diritto romano era sconosciuta l’esigenza di rendere pubblici i trasferimenti immobiliari in funzione della tutela dei terzi nel quadro della certezza della circolazione giuridica (...). In particolare se nella *mancipatio* e nella *in iure cessio* poteva ravvisarsi una qualche forma di pubblicità a causa dell’intervento di testimoni ovvero con la partecipazione del giudice (...), nella *traditio* il *modus*

soggetti (con un'inevitabile rallentamento, se non addirittura paralisi, del traffico giuridico), vengono soddisfatte con la tendenza degli ordinamenti moderni a predisporre mezzi oggettivi di conoscibilità delle singole posizioni soggettive e a limitare in vario modo l'onere di accertamento da parte dei terzi³⁶. Nel nostro ordinamento il "caso limite" è dato dal meccanismo della pubblicità³⁷, a sua volta "articolato secondo modelli diversi che hanno in comune il dato della necessaria completezza delle notizie"³⁸, ma da cui possono derivare effetti diversi in relazione ai diversi scopi della pubblicità, alle sue diverse forme e alla differente intensità delle stesse³⁹.

La legge predispone, così, in relazione alle fattispecie che ritiene di volta in volta meritevoli di pubblicità, "meccanismi appositamente congegnati e organizzati" attraverso i quali "produce la possibilità permanente e massimamente generalizzata di procurarsi la conoscenza. Essa vuole essere, istituzionalmente, la fonte alla quale tutti possono attingere la conoscenza: l'organizzazione stabile dei meccanismi pubblicitari, integrata colla funzione del tempo, ne rende illimitata l'efficienza, in perfetta correlazione coll'attribuzione

adquirendi era di esclusiva competenza delle parti, tanto ciò vero che (...) tale modalità di trasferimento fu ben presto facile veicolo per addivenire al puro e semplice trasferimento consensuale". Secondo l'Autore, l'indagine storica non appare immediatamente rivelatrice della presenza di meccanismi che avessero una precisa funzione di pubblicità. Anche COVIELLO N., *Della trascrizione*, I (2a impressione dell'edizione del 1897), Napoli 1907, 13-61, ritiene che l'esame storico evidenzi che la pubblicità non sia "antichissima".

³⁵ NICOLO', *La trascrizione. Appunti dal corso di diritto civile*, I (Anno Accademico 1971-1972), a cura di R. Moschella e M.C. Andrini, Milano 1973, 3.

³⁶ NICOLO', *La trascrizione. Appunti dal corso di diritto civile*, I (Anno Accademico 1971-1972), a cura di R. Moschella e M.C. Andrini, Milano 1973, 3, che pare accennare alla possibilità di un parallelismo tra "accertamento, negoziale o giurisdizionale," e pubblicità.

³⁷ FALZEA, *Apparenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, II, Milano 1958, 696.

³⁸ GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, XI ed., Napoli 2004, 99.

³⁹ NICOLO', *La trascrizione. Appunti dal corso di diritto civile*, I (Anno Accademico 1971-1972), a cura di R. Moschella e M.C. Andrini, Milano 1973, 3 s.: "Vi sono, nell'infinita varietà delle situazioni giuridiche che possono determinarsi nell'ambito dei rapporti umani, alcune situazioni rispetto alle quali l'ordinamento giuridico, sulla base di un criterio prevalentemente statistico, reputa necessario assicurare che siano portate, con mezzi più o meno adeguati, a conoscenza dei terzi, ossia di coloro che sono estranei al fatto costitutivo di quelle situazioni".

del diritto a procurarsi la conoscenza a qualsiasi soggetto. Spiccano qui, anche nei loro riflessi pratici, i caratteri che definiscono la pubblicità quale pubblico servizio, distinguendola da qualsiasi altra fonte di conoscenza: l'organizzazione permanente di mezzi e attività a servizio del pubblico"⁴⁰.

Nell'ambito di tali meccanismi si colloca la trascrizione, che produce l'effetto generale di "rendere opponibile l'atto stesso a' terzi. Cosicché ove l'atto sia trascritto esso produce i suoi effetti naturali anche contro i terzi: ove non sia, questi stessi terzi che verrebbero lesi, se l'atto producesse la sua naturale efficacia, hanno diritto a considerarlo come non avvenuto a loro riguardo,

⁴⁰ PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XIV, I, tomo 1, Milano 1957, 400, il quale, nel precisare che notificazione, pubblicazione e pubblicità producono come risultato la possibilità di conoscenza, distingue la pubblicità, come sopra definita, dalle prime: la notificazione "produce l'occasione specifica, per mezzo della quale si vuol provocare la (presa di) conoscenza da parte di determinati soggetti; la pubblicazione produce una diffusa condizione di fatto, anch'essa occasionale, che può avere il risultato di far pervenire qualcosa alla conoscenza di un numero indeterminato di persone".

Sull'inquadramento dei sistemi di pubblicità come pubblico servizio, v. pp. 212 ss. In questa sede basterà ricordare che i registri a mezzo dei quali si attua la funzione pubblicitaria sono "pubblici in duplice senso: a) in quanto la loro tenuta è affidata a pubblici funzionari o persone esercenti pubbliche funzioni; b) in quanto sono posti a disposizione del pubblico, in modo che chiunque possa attingere in essi la conoscenza dei dati di cui ha bisogno. Il primo aspetto non è specifico, ma neppure può dirsi privo di significato, poiché attiene alla sfera di interessi pubblici in cui si colloca la funzione pubblicitaria. Specifico, invece, è il secondo aspetto: e nulla esso perde della sua specificità, a causa di qualche limitazione che, per l'interferenza di particolari ragioni pratiche, subisce l'esercizio del diritto soggettivo del privato a prender conoscenza dei dati risultanti dai pubblici registri" (p. 230). Cfr. NICOLO', *La trascrizione. Appunti dal corso di diritto civile*, I (Anno Accademico 1971-1972), a cura di R. Moschella e M.C. Andrini, Milano 1973, 13.

GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, XI ed., Napoli 2004, 99, osserva che "le legge pone a carico di determinati soggetti (ad esempio notai o cancellieri, nel caso di sentenze, ovvero l'ufficiale celebrante il matrimonio) un preciso obbligo di pubblicare, nelle forme fissate dalla legge, gli atti ricevuti, mentre per i membri della collettività non sussiste in nessun caso un obbligo ma sempre e solo un onere, il cui adempimento, però, è funzionale alla realizzazione di un interesse del soggetto".

DE CUPIS, *Pubblicità (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Milano 1988, 1005, osserva che "la pubblicità, consistente nella possibilità legale e generale della conoscenza, è una situazione giuridica comprensiva, in sé e per sé considerata, del diritto, di ciascuno dei soggetti compresi nella generalità, di acquisire la conoscenza resa possibile".

eccependo la mancanza di trascrizione”⁴¹. Nel caso di omessa trascrizione, infatti, “l’equipollente della conoscenza di fatto non trova applicazione in nessun caso”⁴².

La dottrina discute su ciò che realmente la trascrizione rende opponibile (o “conoscibile”): da un lato, si ritiene che il vero oggetto della trascrizione sia l’effetto che deriva dall’atto che si rende pubblico, cioè la situazione giuridica che da esso scaturisce⁴³; dall’altro, si ritiene che oggetto della trascrizione sarebbe il fatto e non il mutamento giuridico⁴⁴. Altra opinione ritiene che la pubblicità renda noto prima di tutto il fatto, l’atto o il negozio, senza che le sfugga il risultato che da questo deriva, cioè l’effetto: perciò si potrebbe dire che essa ha come oggetto immediato il fatto, atto o negozio, e come oggetto mediato la situazione giuridica

⁴¹ Così, sia pure con riferimento al vecchio codice, ma con implicazioni di indubbia valenza generale, COVIELLO N., *Della trascrizione*, I, (2a impressione dell’edizione del 1897), Napoli 1907, 63.

⁴² GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, XI ed., Napoli 2004, 100.

⁴³ NICOLO’, *La trascrizione. Appunti dal corso di diritto civile*, I (Anno Accademico 1971-1972), a cura di R. Moschella e M.C. Andrini, Milano 1973, 8 s., che osserva “Dal punto di vista oggettivo, l’interesse collettivo alla pubblicità ha come punto finale di riferimento la situazione giuridica piuttosto che il fatto da cui la situazione è derivata. Ai terzi infatti non tanto interessa conoscere (o avere la possibilità di conoscere) che è stato posto in essere da una persona un determinato fatto giuridico, quanto che per essa (a suo favore o a suo danno) si è prodotto un determinato effetto nel mondo giuridico, ossia che è sorta una certa situazione attiva o passiva, la cui conoscenza o ignoranza può diversamente orientare la loro attività giuridica. Vero è che (...) il *quid* che si rende pubblico non è direttamente la situazione giuridica (esistenza del diritto, del potere, dello status e così via), ma il fatto o l’atto idoneo a produrla (o eventualmente una dichiarazione rappresentativa o accertativa del medesimo), ma non è dubbio che la pubblicazione del fatto deve essere intesa non come fine a se stessa, ma come uno strumento per realizzare la pubblicità dell’effetto giuridico, ossia quello che in definitiva è il vero oggetto dell’interesse collettivo alla pubblicità”.

GAZZONI, *La trascrizione immobiliare, ne Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2643-2645bis, tomo 1, Milano 1998, 76, precisa che se, “sul piano terminologico, appare corretto utilizzare esclusivamente l’espressione «trascrizione dell’effetto» ovvero «effetto trascritto», resta però fermo che, così come del resto voluto dal legislatore, ci si può, nella pratica, anche riferire alla trascrizione degli atti, purché sia ben chiaro che in realtà ciò che è oggetto di trascrizione sono sempre e solo gli effetti”.

⁴⁴ Così, riferendo l’opinione del Corrado, PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XIV, I, tomo 1, Milano 1957, 395 nt. 194. In senso opposto alla riferita tesi del Corrado, GAZZONI, *La trascrizione immobiliare, ne Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2643-2645bis, tomo 1, Milano 1998, 74: “Va invece ribadito che oggetto della trascrizione è esclusivamente il mutamento giuridico conseguente ad un determinato atto”.

che ne scaturisce⁴⁵. Ancora, si è sostenuto che oggetto della trascrizione siano gli atti che definiscono, tra le altre, la condizione giuridica della proprietà, rendendola, attraverso la pubblicità, opponibile ai terzi⁴⁶, intendendo per tali gli estranei all'atto o fatto trascritto e la cui attività giuridica può potenzialmente venire in contatto con la situazione giuridica di che trattasi⁴⁷, per ragioni così compendiabili: "il terzo che ignora l'esistenza di una determinata situazione giuridica, può sul presupposto psicologico di tale ignoranza, porre in essere un comportamento in contrasto con quella ovvero creare una situazione con la prima incompatibile e quindi non suscettibile di coesistere con essa"⁴⁸.

E' evidente, quindi, che i meccanismi pubblicitari della trascrizione riflettono indubbi profili di "conoscibilità": tuttavia è discusso in dottrina se questa "conoscibilità" sia conseguenza del perseguimento di un altro fine

⁴⁵ PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XIV, I, tomo 1, Milano 1957, 395 ss., che conclude osservando: "I testi positivi non danno aiuto decisivo circa la determinazione dell'oggetto della pubblicità: anzi, servono a dar spunto per tutte le tesi. Ma l'analisi del sistema fornisce elementi orientativi abbastanza sicuri. In relazione alla trascrizione (...) è assai importante il raffronto tra l'art. 2643, in cui si riscontra l'indicazione specifica dei singoli negozi, che formano l'oggetto immediato della norma, e l'art. 2644, in cui si fa esclusivamente riferimento all'effetto. Evidentemente, non potendosi ritenere che il legislatore oscilli dall'uno all'altro polo, si deve, invece, pensare che comprenda i due poli e l'intero arco descritto dalla oscillazione: è lecito, il riferimento all'uno o all'altro dei due termini estremi, col sottinteso del termine reciproco, e del rispettivo legame".

⁴⁶ COVIELLO N., *Della trascrizione*, I (2a impressione dell'edizione del 1897), Napoli 1907, 200.

⁴⁷ Quindi "tutti i consociati, ad eccezione di coloro che sono gli autori o i destinatari immediati del fatto costitutivo della situazione giuridica di cui si tratta, perché tutti in astratto possono venire in contatto con la medesima". Così, NICOLO', *La trascrizione. Appunti dal corso di diritto civile*, I (Anno Accademico 1971-1972), a cura di R. Moschella e M.C. Andrini, Milano 1973, 8.

⁴⁸ NICOLO', *La trascrizione. Appunti dal corso di diritto civile*, I (Anno Accademico 1971-1972), a cura di R. Moschella e M.C. Andrini, Milano 1973, 7 s., il quale definisce la figura dei terzi in "negativo" rilevando che non "sono terzi (...): a) se la situazione giuridica di cui si tratta deriva come effetto da un fatto umano (contratto, negozio unilaterale, atto non negoziale, provvedimento, fatto illecito), l'autore del fatto o il destinatario eventuale del medesimo (ad es. il destinatario di una dichiarazione recettizia, la vittima di un fatto illecito) nella cui sfera giuridica si producono gli effetti che dal fatto derivano, e i loro aventi causa a titolo universale; b) se la situazione giuridica deriva da un fatto naturale, il destinatario immediato degli effetti giuridici del medesimo e naturalmente i suoi aventi causa a titolo universale" (p. 8).

primario che l'ordinamento assegna alla trascrizione o se, invece, ne rappresenti lo scopo precipuo.

Secondo una parte della dottrina, la trascrizione ha lo scopo della risoluzione dei conflitti tra più acquirenti di uno stesso bene dal medesimo dante causa⁴⁹. Ciò si ricaverebbe, in particolare, dal disposto dell'art. 2644 c.c., i cui due commi riguardano profili complementari - l'uno negativo, l'altro positivo - di una medesima disposizione. Si osserva, infatti, che il primo comma sancisce la regola dell'inefficacia dell'atto nei confronti dei terzi che abbiano trascritto anteriormente alla trascrizione dell'atto medesimo: prevede cioè un limite alla normale efficacia acquisitiva del semplice consenso e del correlativo principio *prior in tempore potior in iure*. Il secondo comma, invece, evidenzia i vantaggi derivanti dalla trascrizione, cioè la salvezza dell'acquisto del primo trascrivente, ancorché il suo acquisto sia successivo a un precedente atto di disposizione del dante causa non trascritto⁵⁰. Secondo l'opinione in rassegna, insomma, la conoscibilità degli atti soggetti a trascrizione sarebbe solo una conseguenza dello scopo primario perseguito dall'ordinamento, che, proprio al fine di risolvere i conflitti, stabilisce la conoscibilità delle vicende circolatorie⁵¹. Non potrebbe,

⁴⁹ GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, ne *Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2643-2645bis, tomo 1, Milano 1998, 40 ss., ove si osserva testualmente che quando "non viene in questione un conflitto risolto dalle norme di cui agli artt. 2643 c.c., la trascrizione non ha (...) alcuna funzione da svolgere, né rileva che essa sia stata o non sia stata curata nemmeno a fini ulteriori (o, per meglio dire, ultronei) quali quello della notizia" (p. 45). Ancora, l'Autore osserva che l'atto "deve essere trascritto esclusivamente ai fini della risoluzione dei conflitti" (p. 73).

Cfr. NICOLO', *La trascrizione. Appunti dal corso di diritto civile*, I (Anno Accademico 1971-1972), a cura di R. Moschella e M.C. Andrini, Milano 1973, 64, il quale evidenzia che la funzione originaria della trascrizione è di "risoluzione del conflitto tra più acquirenti dallo stesso autore".

⁵⁰ Così, NICOLO', *La trascrizione. Appunti dal corso di diritto civile*, I (Anno Accademico 1971-1972), a cura di R. Moschella e M.C. Andrini, Milano 1973, 117.

⁵¹ GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, ne *Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2643-2645bis, tomo 1, Milano 1998, 72, il quale rileva che non sarebbe vero il contrario, perché sarebbe "ben concepibile una pubblicità del tutto slegata dalla risoluzione di controversie".

quindi, condividersi l'idea per cui la trascrizione assolverebbe ad una funzione di pubblicità legale in quanto tale, che, solo in via consequenziale e non primaria, risolverebbe i conflitti⁵².

In senso inverso, si sostiene che la trascrizione, collocandosi sul piano di una teoria generale della pubblicità, persegue una primaria esigenza di conoscibilità legale pubblica, intesa come conseguimento di un risultato che non è la conoscenza effettiva, da parte di uno o più soggetti determinati, ma possibilità di conoscenza, con mezzi legittimi, di determinati fatti o atti da parte di qualsiasi soggetto che ne abbia interesse. Il legislatore ha, cioè, organizzato la pubblicità e, in particolare, la trascrizione, per rendere possibile l'acquisizione della conoscenza effettiva, ma, non potendo lasciar dipendere il verificarsi di effetti giuridici che interessano la sfera di diversi soggetti da eventi aleatori, individuali ed intimi come la conoscenza dei singoli, ha realizzato una possibilità di conoscenza, equiparandola alla conoscenza effettiva⁵³, predisponendo, così, come riflesso di detta conoscibilità, anche il mezzo della risoluzione degli eventuali conflitti.

Si osserva, infatti, che la pubblicità, essendo "l'anima della vita moderna, (...) non rimane estranea al diritto privato per ciò che riguarda i fatti più importanti della vita dell'uomo, nascita matrimonio, morte, modificazioni della capacità, (...) operazioni commerciali [e] non può essere trascurata per quel fatto

⁵² GAZZONI, *La trascrizione immobiliare, ne Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2643-2645bis, tomo 1, Milano 1998, 42 e 72.

⁵³ In tal senso, PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XIV, I, tomo 1, Milano 1957, 421 s. e 425, ove pare da ultimo prospettarsi la possibilità di configurare una presunzione legale di conoscenza. In senso critico, GAZZONI, *La trascrizione immobiliare, ne Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2643-2645bis, tomo 1, Milano 1998, 42, ove si richiama l'opinione di FERRI L., *Note introduttive ad uno studio della trascrizione immobiliare*, in *Studi in onore di Cicu*, I, Milano 1951, 323, secondo cui "la cd. presunzione di conoscenza o ignoranza è una artificiosa sovrastruttura senza una base nel nostro sistema positivo; è quindi del tutto infondato voler vedere in essa un elemento unificatore, o un effetto comune a tutte le specie di trascrizione. Essa fa sorgere problemi che sarebbero altrimenti evitabili".

così importante della vita sociale, qual è la proprietà”. Perciò, la trascrizione si giustifica per le “esigenze del principio sociale, ch’è fondamento di tutte le limitazioni che la legge pone all’arbitrio sconfinato dall’individuo in genere, e del proprietario in ispecie”⁵⁴. Vi è, cioè, un “interesse dello Stato (ricordiamo l’antica formula romana: *interest reipublicae*) che si abbia la possibilità di prendere conoscenza di certi atti, fatti o eventi”⁵⁵, come peraltro si desume dall’*incipit* dell’art. 2643 c.c.: «si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione»⁵⁶.

Tuttavia, ciò non esclude che questo o quel soggetto tragga dal sistema della trascrizione utilità particolari – e, quindi, soddisfi un proprio interesse –, realizzandosi, così, quell’intreccio tra interessi pubblici e privati⁵⁷, in virtù del quale il legislatore tutela i primi “proprio in quanto può, nel contempo,

⁵⁴ COVIELLO N., *Della trascrizione*, I (2a impressione dell’edizione del 1897), Napoli 1907, 2 s.: “Con questo però non s’intende già equiparare la pubblicità alle limitazioni legali della proprietà: perché queste limitano i poteri del proprietario, la pubblicità invece è un limite più che della proprietà, della libertà: dico della libertà di contrattare come meglio tornasse comodo all’individuo proprietario. Ma v’è sempre la stessa giustificazione -l’esigenze sociali- le quali se non causa di limitazioni più gravose, come quelle che riguardano la proprietà stessa in sé, appariranno tanto più facilmente ragione bastevole per una limitazione che riguarda le forme di contrattare o i modi di acquisto soltanto” (p. 3).

⁵⁵ PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XIV, I, tomo 1, Milano 1957, 219.

⁵⁶ COVIELLO N., *Della trascrizione*, I (2a impressione dell’edizione del 1897), Napoli 1907, 211, sia pure con riferimento al vecchio codice che tuttavia si esprimeva, all’art. 1932, con analogo imperativo.

⁵⁷ PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XIV, I, tomo 1, Milano 1957, 230, 352 s. Il meccanismo pubblicitario può essere utilizzato dai privati, i quali hanno un diritto soggettivo ad avere tale conoscenza, cui corrisponde un obbligo del funzionario preposto all’ufficio pubblicitario di far conoscere, a chi lo richieda, ciò che risulta dai registri appositi. Lo stesso procedimento attuativo della pubblicità consta di una attività privata e di una attività di carattere pubblicitario: alla prima spetta l’atto di impulso, alla seconda il compimento dell’atto tipico di attuazione della pubblicità, così concretandosi, da un lato, l’interesse privato (che può essere mutevole) sotteso alla pubblicità del singolo fatto (o atto) e, dall’altro - e principalmente -, l’interesse pubblico alla conoscenza di ciò che è oggetto di pubblicità. Agli atti del privato fanno seguito, da parte del funzionario preposto al pubblico ufficio, “le registrazioni, trascrizioni, annotazioni, inserzioni nei pubblici registri che gli sono affidati” (p. 353).

proteggere e garantire anche la soddisfazione” dei secondi⁵⁸. D'altronde, una tale “sovrapposizione” di interessi non risulta estranea ad altri settori dell'ordinamento, come è nel caso, ad esempio, dell'organizzazione pubblicistica del processo civile: questo si attiva pur sempre su impulso di parte e mira alla

⁵⁸ PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Cicu e Messineo*, XIV, I, tomo 1, Milano 1957, 219, il quale osserva “che, con ogni probabilità, in questo campo della tutela giuridica (che è quello nel quale le finalità pratiche vogliono realizzarsi in concreto), codesti interessi particolari eppure tipici, individuali ma di rilievo sociale, contribuiscono decisamente a dare pienezza e concretezza ai più generali interessi, che si possono attribuire all'intera collettività organizzata”.

COVIELLO N., *Della trascrizione*, I (2a impressione dell'edizione del 1897), Napoli 1907, 212, osserva che “se è vero che tutti gli atti da trascrivere interessano i terzi, viceversa non tutti gli atti che interessano i terzi, sono da trascrivere”.

DE CUPIS, *Pubblicità (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Milano 1988, 998 ss., rileva che all'ampiezza della pubblicità “corrisponde una considerevole varietà di interessi tutelati” e raggruppabili in tre categorie. Una prima categoria attiene a “fatti cui corrispondono vicende della personalità umana (anzitutto, le più importanti), fatti ed eventi attinenti alla personale capacità d'agire, fatti attinenti agli *status* personali –*status civitatis* e *status familiae*-, intenzione concorde di accedere a uno *status familiae* (*status coniugale*) (nella quale concretasi una promessa di matrimonio), fatti attinenti al regime patrimoniale della famiglia e consistenti nelle convenzioni matrimoniali. Trattasi di interessi a conoscere fatti aventi impronta personale, ovvero attinenti alla struttura patrimoniale dell'organismo personale della famiglia; ma gli stessi interessi, pur se rivolti alla conoscenza di fatti personali, possono anche avere natura economica: ad esempio, l'interesse a conoscere la data di nascita o la morte della persona può essere basato sull'esigenza di accertare, rispettivamente, la capacità d'agire del soggetto con cui prospettasi la possibilità di conclusione di un contratto, ovvero l'avvenuta apertura della successione *mortis causa*. Gli stessi interessi, comunque, sono vari ed importanti così come sono vari ed importanti i fatti alla cui conoscenza sono rivolti. Una seconda categoria comprende gli interessi relativi alla pubblica conoscenza di fatti o situazioni concernenti le cose e patrimonialmente rilevanti per quanto riguarda il godimento delle stesse cose o la loro funzione di garanzia. Dall'incidenza patrimoniale di tali fatti o situazioni deriva un'impronta parimenti patrimoniale agli interessi relativi alla loro pubblica conoscenza. Anche la categoria di questi interessi è considerevolmente ampia; trattasi di interessi rivolti alla pubblica conoscenza di fatti o situazioni di spiccata importanza per l'acquisizione e la circolazione dei beni, per la determinazione soggettiva del diritto al loro godimento, per la loro funzione di garanzia: corrispondentemente importanti sono gli interessi rivolti alla pubblica conoscenza di tali fatti: ed invero, l'istituto giuridico privato della pubblicità si è sviluppato in considerevole misura proprio per la realizzazione di questi interessi, correlativamente assumendo contenuti particolarmente cospicui (trascrizione immobiliare, iscrizione ipotecaria). Una terza categoria comprende gli interessi relativi alla pubblica conoscenza dell'impresa commerciale e di fatti attinenti al suo esercizio. La natura ed il fine dell'impresa commerciale, il ruolo da essa svolto nella vita economica, conferiscono una proporzionata importanza agli interessi che i terzi hanno a conoscere l'esistenza della stessa impresa e i fatti attinenti al suo esercizio, aventi esterno rilievo: interessi che il legislatore ha inteso adeguatamente tutelare” (p. 1014).

realizzazione degli interessi di coloro che sono in causa; tuttavia, ciò non impedisce di distinguere il conflitto degli interessi privati dall'interesse pubblicistico alla composizione del conflitto, preminente rispetto ai primi e alla base della disciplina generale del processo civile⁵⁹. Parimenti, nel caso della trascrizione, è interesse dell'ordinamento a che si proceda a rendere pubbliche le situazioni giuridiche per le quali è previsto tale regime di opponibilità, salvo poi ritenere, come sopra osservato, che ciò debba accadere al fine primario della risoluzione dei conflitti - da cui deriverebbe anche l'effetto di una possibilità di conoscenza - oppure allo scopo precipuo della conoscibilità legale pubblica, con conseguente individuazione del criterio idoneo a risolvere anche i conflitti.

Alla luce di tali osservazioni, si può comprendere perché la trascrizione sia stata più volte ritenuta rispondente alla esigenza di certezza delle situazioni giuridiche, in quanto offre pur sempre la possibilità di conoscerle, eliminando quello stato di incertezza che, diversamente, le circonderebbe. Parimenti, si comprende perché la pubblicità intersechi le esigenze sottese alla tutela della buona fede, in quanto la conoscibilità di determinate situazioni rimuove la legittimità dello stato di ignoranza rispetto alle medesime; all'inverso, dove non sono previsti meccanismi pubblicitari, si ampliano le possibilità dell'errore incolpevole, a sua volta legato all'altrui responsabilità perché dipendente dal contegno altrui, che ne costituisce l'occasione⁶⁰.

⁵⁹ In tal senso, citando CARNELUTTI, *Lineamenti di diritto processuale civile*, I, Padova 1926, n. 9, p. 14, PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XIV, I, tomo 1, Milano 1957, 219 s. e nt. 61. Cfr. DE CUPIS, *Pubblicità (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Milano 1988, 997.

⁶⁰ PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XIV, I, tomo 1, Milano 1957, 231 ss.

In senso parzialmente diverso, DE CUPIS, *Pubblicità (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Milano 1988, 1005, rileva che quando non ricorrono sistemi organizzati di pubblicità non si può ritenere che si sia al di fuori di questa: essa si realizza, infatti, in modi non predeterminati dalla legge, "la quale si contenta di esigere genericamente che i mezzi rimessi alla scelta privata, e quindi variabili, siano «idonei» (art. 1396, comma I, 2266, comma 3, 2267 comma 2, 2290 comma 2): l'idoneità deve essere apprezzata dal giudice in base al suo prudente

Nell'ambito di tali aspetti si colloca, quindi, il "problema della certezza dei traffici e della tutela dell'affidamento dei terzi in sede di circolazione dei beni. E' questa l'unica vera giustificazione dell'attuale sistema che (...) è imperniato essenzialmente sulla pubblicità mediante trascrizione nel caso di immobili e sul possesso in caso di mobili. Nell'impossibilità di rendere pubbliche tutte le vicende relative ai beni mobili (che non solo sono infiniti, laddove quelli immobili sono limitati, ma sono anche facilmente occultabili a differenza di quelli immobili che non possono non essere alla luce del sole), il legislatore ha giustamente ritenuto che il materiale possesso di una cosa mobile possa costituire una sorta di presunzione in ordine alla titolarità di diritti in capo al possessore, salvo contemperamenti derivanti da stati di mala fede"⁶¹.

Non può quindi trascurarsi come le vicende circolatorie relative ai beni -sia mobili che immobili- incidano sulla regola basilare espressa dall'art. 1376 del codice civile.

3) Come è noto, l'art. 1376 c.c. stabilisce che la proprietà, un diritto reale o un altro diritto «si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato»⁶².

arbitrio, ma deve comunque consistere nell'attitudine a rendere possibile la conoscenza dei terzi". Analogamente, la necessità di garantire la sicurezza delle relazioni giuridiche, consente all'Autore di accostare, sia pure solo per generica analogia di funzione, pubblicità e apparenza. La differenza tra esse rimane però profonda perché la prima tutela l'interesse alla conoscenza della realtà, mentre la seconda assume rilievo giuridico "pur essendo soltanto una sembianza della realtà".

⁶¹GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, XI ed., Napoli 2004, 196. Cfr. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XIV, I, tomo 1, Milano 1957, 267.

⁶² Si veda la ricostruzione storica e comparativistica di MONATERI, *La sineddoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano 1984. In via di estrema sintesi giova qui richiamare le pp. 415-419, ove si rammenta che nella "prassi notarile francese si compì man mano quel processo che (...) portò, prima alla frequente apposizione ad un atto traslativo di una clausola di costituito possessorio, poi alla sua apposizione costante, e, infine, alla sua inserzione come clausola di stile esplicita, e, da ultimo, sottintesa: in questo modo si

Questa disposizione ha valenza generale nel trasferimento dei diritti⁶³ ma soffre delle “interferenze” che provengono dalle esigenze dell’affidamento e della pubblicità in relazione alla diversa natura, mobile o immobile, del bene oggetto del diritto che si trasferisce o costituisce⁶⁴.

pervenire per via di passi successivi alla «caduta» della *traditio* nel procedimento traslativo, e al sentimento di sufficienza del *titulus*: ciò che rendeva possibile l’affermazione della formula consensualista auspicata dagli spiriti illuminati e razionali”. Si pervenne così a sostenere “l’idea della vendita ad effetti reali. Essa si prestava alla declamazione, e non sfuggì a questo compito; gli altri elementi del sistema fecero sì che la sua enunciazione non restasse che una *sineddoche* (...). Nello stesso tempo in cui in Francia si giungeva a rompere con la regola dello *jus commune* (la regola, cioè, che comportava la presenza di *titulus + modus*), giocando sugli stessi elementi interni al diasistema si giunse in Germania nei confronti di questa regola ad una rottura in senso opposto: si affermò la sufficienza del *modus* e la non necessità del *titulus*. Fu proprio Savigny a far compiere questa evoluzione al modello tedesco. Egli ruppe con la regola dello *jus commune* considerando che una dazione (= traslazione del possesso fatta con la intenzione di trasferire la proprietà) non preceduta da un *titulus*, o magari preceduta da un *titulus* non valido, può trasferire la proprietà”. Rileva il Monateri che, a favore di quest’ultimo risultato, proverebbero il dono manuale, l’adempimento di un’obbligazione naturale, il pagamento di indebito fatto scientemente, e anche l’esecuzione volontaria di un negozio nullo. Infatti, considerandole attentamente, si vedrebbe che tali ipotesi “ricoprono l’intera area delle dazioni fatte con la volontà di trasferire la proprietà. Perciò il semplice *modus* fu sentito da Savigny come sufficiente, proprio mentre i Francesi, abituati alla clausola di costituito, sentivano il *modus* come non necessario, ed il solo *titulus* come sufficiente. La compresenza della regola sul *constituito*, e delle regole sull’efficacia della *traditio*, spinse le due formule che stiamo considerando nelle direzioni opposte. Se si considera la lunga evoluzione del gruppo di modelli che occupano l’area dell’Europa continentale si può vedere come in origine la regola fosse quella della sufficienza del *modus*, poi, per via delle considerazioni sulla *justa causa traditionis*, si pervenne alla regola medievale del *titulus + modus*, e, passando ai sistemi a base nazionale, si ebbe, in virtù degli stessi elementi interni della struttura, da un lato (Francia) l’affermazione del *titulus*, ma la rilevanza operativa nascosta della consegna; dall’altro (Germania) si ebbe l’affermazione del *modus*, coordinato però alle disposizioni in tema di arricchimento senza causa, e al permanere della possibilità di agganciarlo al *titulus* precedente (...).”

⁶³ Cfr. DE CUPIS, *Successione nei diritti e negli obblighi*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, Milano 1990, 1251 ss. PUGLIATTI, *Acquisto del diritto*, in *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano 1958, 508 ss.

⁶⁴ Osserva SACCO, *Affidamento*, in *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano 1958, 668, che la protezione dell’affidamento ha spinto il legislatore a dettare una serie (secondo l’Autore, disordinata e non sempre armonica) di norme, tra cui, in materia mobiliare, quella di cui all’art. 1153 c.c. e, in materia immobiliare, il sistema della trascrizione, che tutela un “affidamento meramente obbiettivo”, a salvaguardia di colui che “acquista dal soggetto contro cui non è trascritto alcun titolo”.

Ebbene, con riferimento ai beni mobili⁶⁵, pur osservandosi che per essi non c'è un sistema di pubblicità in senso tecnico analogo a quello della trascrizione⁶⁶, l'ordinamento possessorio⁶⁷ incide sulle regole di trasferimento al punto da tutelare, nel caso di più acquisti di uno stesso bene da un medesimo dante causa, colui che abbia per primo conseguito il possesso in buona fede, ancorché il suo titolo sia di data posteriore, ex art. 1155 del codice⁶⁸. Si verifica così un modo di attuazione "della pubblicità che consiste nello spossessamento con conseguente impossessamento a favore altrui, idoneo a manifestare ai terzi, attraverso l'avvenuto mutamento di fatto, che a questo presumibilmente corrisponde un mutamento giuridico in ordine alla cosa. Siamo in presenza di una pubblicità che è oggetto di un onere imposto all'acquirente di cosa mobile al fine di rendere

⁶⁵ Rispetto ai quali, "alle esigenze della pubblicità si provvede mediante il possesso". Così, espressamente, TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, XXIX ed., Padova 1999, 241.

⁶⁶ GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, XI ed., Napoli 2004, 283. Cfr. COVIELLO N., *Della trascrizione*, II (2a ed. riveduta ed ampliata da N. Coviello e L. Coviello), Napoli-Torino 1924, 423.

⁶⁷ ROMANO Salv., *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, V, Milano 1959, 694 e 696. L'Autore rileva che il possesso costituisce un indice formale, che consente all'ordinamento di tutelare anzitutto le situazioni possessorie, "anche nel senso di presumerne la corrispondenza ad un giusto titolo di acquisto" (p. 696).

Sul possesso, in generale, v. SACCO, *Possesso (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIV, Milano 1985, 491 ss.; SACCO e CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VII (2a ed.), Milano 2000, 487 ss.; MENGONI, *Acquisto "a non domino"*, Milano 1949. MENGONI, *Acquisto "a non domino"*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, tomo 1, Torino 1957, 244; cfr. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VIII, tomo 2, Milano 1995, 707 ss.

TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, XXIX ed., Padova 1999, 460, rileva che "in tema di proprietà mobiliare, il possesso, tra l'altro, esplica una funzione analoga a quella dei mezzi di pubblicità predisposti per i beni immobili (pubblicità di fatto)".

⁶⁸ GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, ne *Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2643-2645bis, tomo 1, Milano 1998, il quale osserva che "la consegna del bene, dunque, non si situa esclusivamente sul piano della prestazione ma assolve ad una funzione ben più rilevante in termini di opponibilità *erga omnes* degli effetti dell'atto" (p.7).

efficace il suo atto d'acquisto anche rispetto ad altri acquirenti la stessa cosa dal medesimo alienante"⁶⁹.

Si osserva che il possesso "può essere guardato dal diritto come il fatto che dà luogo ad una presunzione di proprietà, o, per meglio dire, ad un indice di proprietà"⁷⁰ tanto da risolvere non solo il potenziale conflitto tra più aventi causa di un medesimo bene, ma da fare salvo l'acquisto dal *non dominus*. Per tal via si deroga all'efficacia traslativa del consenso ex art. 1376 c.c. e allo stesso principio espresso dal brocardo "*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*". In relazione ai bisogni della circolazione, infatti, la distinzione tra mobili e immobili ha portato a un "rafforzamento della tutela dell'affidamento dei terzi nel commercio mobiliare"⁷¹, attraverso la regola "possesso vale titolo", espressa dall'art. 1153 del codice.

Tale meccanismo impone un sacrificio all'interesse del titolare alla conservazione del diritto, che trova, a sua volta, una contropartita nel vantaggio indirettamente derivante allo stesso titolare, in relazione al non meno rilevante interesse ad una più agile negoziabilità del diritto. La negoziazione dei diritti, infatti, risulta "tanto più pronta e spedita, quanto più i terzi sono assicurati contro l'eventualità di acquistare *a non domino*, e quindi quanto meno grave è l'onere di controllare l'effettiva sussistenza del potere di disporre nell'alienante: sì che una

⁶⁹ "E va aggiunto che trattasi di un modo imperfetto d'attuazione della pubblicità, perché è inidoneo a precisare ai terzi, identificandolo, il titolo dell'impossessamento, la natura e il contenuto del corrispondente mutamento giuridico, e solamente manifesta agli stessi terzi la possibilità che il mutamento di fatto sia la proiezione di un mutamento giuridico. Malgrado la sua imperfezione, non può negarsi la sua funzione pubblicitaria, sostenendo che esso è soltanto un surrogato della pubblicità". Così DE CUPIS, *Pubblicità (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Milano 1988, 1004.

⁷⁰ SACCO, *Possesso (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIV, Milano 1985, 491.

⁷¹ MENGONI, *Acquisto "a non domino"*, Milano 1949. MENGONI, *Acquisto "a non domino"*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, tomo 1, Torino 1957, 244, ove l'Autore osserva che la soluzione "favorevole all'acquirente tende a imporsi con tanta maggiore frequenza quanto più intensa e veloce è la circolazione dei beni nell'ambiente sociale-economico considerato, e ciò spiega la tendenza delle legislazioni più recenti (come la nostra del 1942) ad aggiungere nuove ipotesi di acquisto *a non domino* a quelle classiche, previste dal codice Napoleone".

rigida tutela del diritto, dal punto di vista della regola *nemo plus iuris*, finirebbe col risultare dannosa al titolare stesso”⁷².

Nel nostro codice, l’art. 1153 consente l’acquisto immediato della proprietà di un bene mobile⁷³ dal non proprietario⁷⁴ mediante il possesso, purché vi siano la

⁷² MENGONI, *Acquisto “a non domino”*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, tomo 1, Torino 1957, 244. Sul punto, cfr. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VIII, tomo 2, Milano 1995, 707 e nt. 33, ove si segnala l’opinione del Mengoni come eccezione a quella dottrina che, in relazione all’art. 1153 c.c., “è costretta ad invocare un concetto nebuloso come l’interesse superiore del commercio per spiegare una regola della cui razionalità in fondo dubita, ed a non analizzare mai che cosa l’interesse del commercio in realtà implichi”.

⁷³ Sempre che non si tratti di universalità di mobili o di mobili iscritti in pubblici registri, come previsto dall’art. 1156 del codice. Per i titoli di credito, vale il rinvio, ex art. 1157 c.c., alla loro disciplina specifica.

GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VIII, tomo 2, Milano 1995, 698 ss., osserva che l’art. 1153 c.c. esprimerebbe un principio generale dell’ordinamento, cui sono sottratte le universalità di beni mobili probabilmente per il “timore, infondato, di includere nella regola possesso vale titolo l’azienda”. Rileva ulteriormente l’Autore che “l’applicazione diretta della regola di cui all’art. 1153 c.c. ai diritti di usufrutto, uso e pegno, istituisce una concordanza tra circolazione del diritto di proprietà sui mobili non registrati e la circolazione di diritti reali frazionari su di essi, tra cui appunto quelli di garanzia. In una sistematica non disattenta ai dati economici, ciò sta a sottolineare come la radice della regola si collochi nella conformazione del potere di disporre che pertiene al titolare” (701-703).

⁷⁴ MENGONI, *Acquisto “a non domino”*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, tomo 1, Torino 1957, 242 s., il quale rileva che “il concetto di *non dominus*, ai fini della individuazione delle norme che tutelano l’affidamento dei terzi acquirenti, non coincide col concetto di «non titolare» del diritto oggetto dell’atto di disposizione, e perciò l’espressione «acquisto *a non domino*» non può, a rigore, ritenersi fungibile con l’espressione «acquisto dal non titolare». Invero, l’alienazione di un diritto altrui non concreta una ipotesi di alienazione *a non domino* in senso tecnico, quando l’alienante sia legittimato a disporre in base ad uno dei numerosi criteri di legittimazione eccezionale, diversi dal criterio normale della titolarità del diritto. Il commissionario di vendita (art. 1731 C. Civ.), l’*accipiens* nel contratto estimatorio (art. 1558), i creditori cessionari dei beni del debitore (art. 1977), il creditore pignoratizio (art. 2796), oppure il venditore nell’ipotesi dell’art. 1515 (...), non sono figure di «*non dominus*» in senso tecnico. Si tratta invece, pur sempre, di ipotesi di acquisto *a domino*, con la conseguenza che è irrilevante la buona o mala fede del terzo acquirente. Sotto questo profilo, la nozione di «*non dominus*» è più stretta della nozione di non titolare del diritto. Ma, sotto un altro profilo, essa assume invece una portata più ampia. Il concetto (negativo) di «non titolare» è simmetrico al concetto (positivo) di titolare, cioè suppone un diritto esistente, che viene appunto designato come esistente a favore di un soggetto diverso da quello considerato. Viceversa, il concetto di «*non dominus*» comprende anche ipotesi in cui fa difetto non tanto la titolarità del diritto da parte dell’alienante, quanto addirittura il diritto stesso, cioè l’oggetto dell’atto di disposizione (...). La qualifica di «*non dominus*» non concerne un soggetto in sé, bensì un soggetto *in quanto parte*

buona fede dell'acquirente al momento della consegna e un titolo astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà⁷⁵.

Tale disposizione risolve il conflitto tra *dominus* e terzo acquirente in buona fede, collegandolo al trasferimento materiale della cosa, cosicché, fin quando l'atto di alienazione del *non dominus* non si concretizza nella circolazione fisica del bene, continua a prevalere l'interesse del *dominus* alla conservazione del diritto⁷⁶. Diversamente, "quando l'atto di alienazione del *non dominus* viene adempiuto con la consegna della cosa all'acquirente, subentra una situazione di fatto che, fin dal diritto romano, è considerata idonea ad attribuire all'acquirente il diritto,

di un rapporto (normalmente negoziale) di alienazione, avente per oggetto un diritto di cui l'alienante non ha facoltà di disporre o che obbiettivamente non esiste. Va precisato che il «*non dominus*» è sempre parte sostanziale (o materiale) del rapporto di alienazione, ma non è necessariamente anche parte in senso formale. Esclusi il legato e la donazione (nei limiti dell'art. 778 C. Civ.), autore della dichiarazione di alienazione, che dà luogo all'acquisto *a non domino*, può essere anche un rappresentante, cioè un soggetto che agisce in nome di un'altra persona non legittimata a disporre del diritto di cui trattasi, purché sussista una dichiarazione anticipata (procura) o successiva (ratifica) del rappresentato diretta all'appropriazione degli effetti del negozio rappresentativo. In questa ipotesi, l'atto di disposizione è qualificato del difetto di facoltà dispositiva da parte del rappresentato, ed è perciò quest'ultimo, non il rappresentante, che si qualifica come «*non dominus*». Infine, l'alienazione *a non domino* è caratterizzata da un particolare atteggiamento intenzionale (...), precisamente dall'intento di produrre immediatamente la modificazione del diritto, cioè contestualmente al compimento dell'atto".

⁷⁵ Allo stesso modo si acquistano i diritti di usufrutto, uso e pegno, ai sensi dell'ultimo comma. Cfr. SACCO e CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VII (2a ed.), Milano 2000, 487, ove si rileva che "l'art. 1153 c.c. si applica anche all'ipotesi in cui taluno acquisti l'usufrutto da colui che egli ritiene di essere proprietario, e non soltanto all'ipotesi in cui l'alienante si presenti come usufruttuario. Anzi, si può ritenere che, mediante la fattispecie in esame, si possa estinguere un diritto di usufrutto, uso, o pegno, quando il falso usufruttuario, usuario o creditore pignoratizio restituisca la cosa al nudo proprietario di buona fede in base a negozio valido. Risale semplicemente a quest'ultimo principio, a nostro giudizio, la ragione della norma contenuta nell'art. 1153, 2° comma, secondo cui la «proprietà si acquista libera da diritti altrui sulla cosa, se questi non risultano dal titolo e vi è la buona fede dell'acquirente». Comunemente si spiega il comma cit. invocando la natura originaria dell'acquisto previsto dall'art. 1153, 1° comma, ma questa spiegazione, per le ragioni già dette, non sembra né necessaria né sufficiente".

⁷⁶ "A questo principio la legge deroga solo in alcuni casi particolari, in cui l'alienante è qualificato dall'apparenza di un titolo di acquisto del diritto (art. 534, 1415, 1445 C. Civ.), oppure dall'apparenza di un titolo attributivo del potere di disporre del diritto altrui (art. 23, 2° comma, 25, 2° comma ...C. Civ.)". Così, espressamente, MENGONI, *Acquisto "a non domino"*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, tomo 1, Torino 1957, 244.

anche se non spettava all'alienante: il possesso. Questo fatto è assunto dalla legge come base di un sistema generale di tutela dei terzi acquirenti in buona fede di diritti reali"⁷⁷. Si osserva, al riguardo, che il proprietario che lascia la sua cosa in mano altrui sopporta "l'alea della fiducia riposta nel detentore, e quindi non può reclamare il suo diritto, se il terzo acquista in buone fede il possesso della cosa stessa"⁷⁸.

Con il "fatto" del possesso⁷⁹ devono concorrere:

⁷⁷ MENGONI, *Acquisto "a non domino"*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, tomo 1, Torino 1957, 244.

⁷⁸ COVIELLO N., *Della trascrizione*, II (2a ed. riveduta ed ampliata da N. Coviello e L. Coviello), Napoli-Torino 1924, 424.

Secondo GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VIII, tomo 2, Milano 1995, 704 ss., l'acquisto di cui all'art. 1153 c.c. "è una fattispecie complessa che non è diretta a disciplinare, né l'intera situazione di appartenenza, né tutta la circolazione dei beni mobili. Essa quindi non implica la sostituzione completa del *titulus adquirendi* con il possesso di buona fede, piuttosto sostituisce due elementi, invero collegati tra loro, della normale circolazione di beni mobili: la titolarità del diritto in capo all'alienante e al sua legittimazione a disporre".

L'Autore chiarisce poi che "il termine possessore riferito al *tradens* è assai impreciso, e viene usato solo per comodità di espressione. Tuttavia è pacifico che normalmente il dante causa dell'acquirente non è possessore, ma detentore del bene che egli controlla per ragioni di servizio, anzi (...) è proprio il detentore infedele il personaggio più rilevante della vicenda" (713). Su questo punto, cfr. SACCO e CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VII (2a ed.), Milano 2000, 484, ove si rammenta che parte della dottrina ha ritenuto "che l'alienante debba essere possessore, o almeno detentore, al momento dell'atto di disposizione, e ciò per fedeltà alla concezione della regola «possesso vale titolo» come applicazione del principio dell'apparenza giuridica, giustificata dal possesso o almeno dalla detenzione dell'alienante".

⁷⁹ SACCO e CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VII (2a ed.), Milano 2000, 484: "Per non frustrare la ragione della norma che impone il requisito della consegna, si ritiene che, ai fini dell'art. 1153 cit., tale elemento non si perfezioni quando l'inizio del possesso del bene da parte dell'acquirente è spiritualizzato (come avviene nel caso di costituito possessorio e di consegna delle chiavi): occorre una effettiva apprensione fisica del bene da parte dell'acquirente, personalmente o a mezzo di detentore che non sia l'alienante. Si osservi che, effettuati il costituito possessorio o la consegna delle chiavi, l'acquirente avrà acquistato il possesso ad altri fini, ma non ai fini dell'acquisto della proprietà ai sensi dell'art. 1153. Ne segue che l'acquisto del possesso potrà essere anteriore alla «consegna» di cui all'art. 1153, quando l'acquirente acquisti in un primo tempo il possesso indiretto della cosa e successivamente l'alienante trasmetta anche la detenzione mediante la consegna".

-un titolo astrattamente idoneo, cioè un titolo che sarebbe in sé perfetto ai fini del trasferimento se non mancasse il difetto di legittimazione a disporre dell'autore: non soddisferebbe quindi tale condizione un titolo invalido⁸⁰;

-la buona fede dell'acquirente, assunta dalla legge come criterio giustificativo del sacrificio imposto al terzo titolare del bene⁸¹.

⁸⁰ TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, XXIX ed., Padova 1999, 460 e nt. 2. Nella fattispecie considerata si sana, infatti, il difetto di legittimazione e non l'invalidità dell'atto. Sul punto, si veda MENGONI, *Acquisto "a non domino"*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, tomo 1, Torino 1957, 249.

GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VIII, tomo 2, Milano 1995, 712, 719, rileva che il titolo astrattamente idoneo "è essenziale per mimare un normale scambio. In un sistema dominato dal principio consensualistico il titolo è essenzialmente il negozio atto a trasferire la proprietà, e la sua astratta idoneità a far acquistare la proprietà all'acquirente significa che deve trattarsi di un negozio che sarebbe valido ed efficace se la parte alienante fosse la vera proprietaria del bene trasferito. Perciò tale negozio è aperto ad ogni tipo di critica mediante la quale si può inficiare la validità o l'efficacia di un negozio giuridico. Una volta eliminata l'efficacia del negozio si eliminerà anche un elemento essenziale della fattispecie e si renderà quindi l'acquirente un possessore *sine titulo*. I meccanismi di tali critiche, e quindi le varie azioni di nullità, annullamento, ed i rimedi rescissori, non differiscono in nulla da quelli normali". Nello stesso senso, cfr. SACCO e CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VII (2a ed.), Milano 2000, 482 s., ove si rileva che il negozio di trasferimento "non è dotato di alcuno speciale requisito. Si richiede soltanto che si tratti di uno di quei negozi tra vivi che, quando provengono dal legittimato, trasferiscono il diritto di cui si tratta".

⁸¹ In relazione ai beni immobili, la presenza degli elementi contemplati dall'art. 1153 c.c., unitamente alla trascrizione del titolo, consente di abbreviare il *tempus ad usucapionem* (art. 1159 c.c.). GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, XI ed., Napoli 2004, 288, rileva che in tal caso non è previsto un acquisto immediato, attesa la maggiore importanza economica degli immobili nonché l'approntamento di uno specifico sistema di pubblicità per essi.

Osserva DE CUPIS, *Pubblicità (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Milano 1988, 1010, che nel "possesso di cosa mobile conseguito con la consegna, fatta da chi l'ha alienata senza esserne proprietario, in quanto sia qualificato dalla buona fede e giustificato da un titolo astrattamente seppure non concretamente idoneo a trasferire la proprietà, è individuabile il modo d'acquisto della proprietà della stessa cosa (art. 1153): ma la concorrente ragione di questa efficacia costitutiva è ravvisabile nella pubblicità che esso stesso, su un piano di fatto e sia pure imperfettamente, realizza relativamente al detto titolo giustificativo. Mentre, per quanto riguarda l'acquisto di cosa immobile *a non domino*, la pubblicità è perfettamente realizzata con la trascrizione del titolo (art. 1159), trattandosi di acquisto di cosa mobile *a non domino* la pubblicità è realizzata, in modo elementare ed imperfetto, semplicemente dal possesso".

Si discute se la buona fede sia un fatto costitutivo dell'acquisto o se, all'inverso, la mala fede sia di ostacolo all'acquisto: in realtà, la buona fede è parte "integrante della fattispecie materiale dell'effetto giuridico in questione" ed è intesa dallo stesso codice civile come "assenza di mala fede"⁸², cioè come incolpevole ignoranza di ledere un altrui diritto⁸³; per converso non si richiede la persuasione di acquistare *a domino* e la ignoranza del difetto di titolarità nell'alienante basterà ad integrare la buona fede⁸⁴. La tutela di chi acquista *a non domino* non presuppone nemmeno l'ignoranza dell'insussistenza di uno specifico

⁸² MENGONI, *Acquisto "a non domino"*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, tomo 1, Torino 1957, 247.

⁸³ Quindi se il ladro, che pure è possessore, svela questa sua qualità al terzo acquirente, fa venire meno l'elemento della buona fede e preclude l'acquisto ex art. 1153. Così, GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VIII, tomo 2, Milano 1995, 713.

⁸⁴ MENGONI, *Acquisto "a non domino"*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, tomo 1, Torino 1957, 247. La questione assume rilievo pratico per verificare se il dubbio sia compatibile con la buona fede. Al riguardo, l'Autore osserva che la colpa grave di cui all'art. 1147, 2° comma, c.c., non esclude di per sé la buona fede ma la rilevanza giuridica della medesima ed è equiparata, *quoad effectum*, alla mala fede. L'art. 1147, 2° comma, c.c., introduce, cioè, un correttivo alla presunzione di buona fede, al fine di evitarne le conseguenze sfavorevoli per il rivendicante, il quale può limitarsi a dimostrare che il terzo poteva conoscere, con un minimo di accortezza, la non appartenenza del bene al *non dominus*.

Si esige, cioè, che "l'acquirente compia una minima investigazione del titolo del venditore e dia rilievo a quegli indizi di appartenenza che si possono trarre dalla cosa in sé". Così, GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VIII, tomo 2, Milano 1995, 716.

Il Gambaro distingue poi tra errore e dubbio. Il significato della regola di cui all'art. 1153 c.c. si coglie proprio in relazione all'errore, che è implicito nella fattispecie dell'acquisto *a non domino* in quanto questa si fonda proprio sull'errore dell'acquirente in ordine alla legittimazione del dante causa. Diversamente, il dubbio appare incompatibile con la buona fede, perché chi agisce nel dubbio accetta il rischio di ledere l'altrui diritto, ponendosi in una condizione strettamente analoga alla mala fede. Tuttavia, "poiché ciò che rileva è lo stato psicologico dell'acquirente al momento della *traditio*, non importa che egli abbia nutrito inizialmente dubbi o perplessità circa la provenienza delle cose che intende acquistare, essendo invece rilevante solo che in un momento successivo il dubbio sia stato o meno superato. Se il processo di superamento del dubbio sfocia in una convinzione erronea, si torna a contemplare l'ipotesi dell'errore di cui si è appena fatto cenno" (p. 717).

titolo in capo all'alienante, perché la buona fede di cui all'art. 1153 c.c.⁸⁵ significa genericamente "ignoranza della inesistenza del diritto vantato dall'alienante"⁸⁶.

Il meccanismo di cui all'art. 1153 c.c. rappresenta, secondo la dottrina egemone⁸⁷, un modo di acquisto della proprietà a titolo originario, alla luce anche dell'argomento tratto dall'art. 111, 4° comma, c.p.c., per effetto del quale "la

⁸⁵ SACCO e CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VII (2a ed.), Milano 2000, 486, ove si osserva che la buona fede di cui all'art. 1153 c.c. è presunta, precisando però che tale presunzione non può derivare da una indimostrata estensione della regola contenuta nell'art. 1147 c.c. o da una sovrapposizione tra gli artt. 1147 e 1153 c.c. (in quanto, nel primo caso, il codice si riferisce alla ignoranza della generica lesione dell'altrui diritto richiesta al momento dell'acquisto del possesso, mentre, nel secondo caso, si intende l'ignoranza dell'alienità al tempo della consegna). Si osserva, invece, che la buona fede "tende ad essere presunta tutte le volte che il legislatore ha dimostrato di voler largheggiare nella protezione del soggetto della cui buona fede si tratta; questa larghezza del legislatore si desume a sua volta dalla circostanza che la buona fede non si appoggia né all'assenza della colpa lieve, né ad un fatto di apparenza in senso tecnico; la buona fede è pertanto presunta quando si giustifica in base alla semplice mancanza di colpa grave".

⁸⁶ "Perciò non potrebbe logicamente considerarsi in mala fede il subacquirente il quale, pur avendo notizia che la cosa proviene da un *non dominus* (dante causa mediato), crede però erroneamente che il suo autore immediato o un precedente possessore l'abbia acquistata in buona fede, e quindi, trattandosi di cosa mobile comune, ne sia divenuto proprietario a norma dell'art. 1153. Questa erronea credenza equivale a erronea credenza di acquistare *a domino*, e tanto basterebbe per integrare la buona fede, secondo il concetto dell'art. 1147. In tema di regola «possesso vale titolo», tale conseguenza logica trova però un ostacolo nell'art. 1154, introdotto per ovvie ragioni di equità, e precisamente per impedire che, nei rapporti coi terzi aventi causa mediati dall'originario *non dominus* (ladro, ritrovatore di cosa smarrita, depositario infedele, ecc.), l'onere di prova del rivendicante diventi insopportabile". Così, MENGONI, *Acquisto "a non domino"*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, tomo 1, Torino 1957, 248s.

Sulle diverse gradazioni della buona fede, si veda, in generale, SACCO, *Affidamento*, in *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano 1958, 664, che distingue la buona fede "temeraria" (cioè errore o ignoranza della effettiva situazione di fatto, senza ulteriori requisiti ai fini della tutela) dalla buona fede di chi si sia ingannato senza colpa grave o senza colpa né grave né lieve. Inoltre, la protezione della buona fede può appoggiarsi sul fatto dell'apparenza, cioè sull'apprezzamento (da valutarsi con un certo grado di astrattezza rispetto alla situazione subbiettiva del soggetto dell'affidamento) che la generalità dei consociati tende a dare a una data situazione. Inoltre, possono esserci dei "fatti rigidi (pubblicità, detenzione, dichiarazione negoziale, ecc.) in vista dei quali il legislatore può egualmente fondare una protezione dell'affidamento". Tali aspetti non si escludono necessariamente a vicenda, perché la legge "può tutelare la buona fede temeraria, ma più facilmente proteggerà la buona fede che si appoggia ad un conforme stato di pubblicità, ad una conforme apparenza (...)".

⁸⁷ Su tutti, MENGONI, *Acquisto "a non domino"*, Milano 1949, 5 ss.

sentenza pronunciata contro il *non dominus* non spiega effetti contro il terzo possessore di buona fede che, in corso di giudizio, abbia acquistato dalla parte soccombente la cosa mobile oggetto della controversia. Ciò significa che il terzo non succede all'alienante nel rapporto litigioso, e pertanto la regola «possesso vale titolo» configura un modo originario di acquisto⁸⁸. La conclusione riceve conferma, oltre che dal tenore dello stesso art. 1153 c.c., dall'art. 2651 c.c., che definisce l'usucapione in generale - dunque anche quella abbreviata derivante dall'acquisto *a non domino* di buona fede di cui all'art. 1159 c.c. - come modo acquisitivo non soggetto a trascrizione, quindi a titolo originario, considerato che solo gli acquisti derivativi sono soggetti a trascrizione ex art. 2643 ss. del codice⁸⁹.

L'art. 1153 c.c. delinea un modo di acquisto della proprietà a titolo originario - basato sul possesso del terzo, accompagnato dal giusto titolo ed integrato *erga omnes* (dunque anche nei confronti del proprietario del bene trasferito dal *non dominus*) dalla buona fede⁹⁰ - che rappresenta "un'applicazione del principio dell'affidamento, volta a proteggere la buona fede del terzo

⁸⁸ MENGONI, *Acquisto "a non domino"*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, tomo 1, Torino 1957, 252. Cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, ne *Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2643-2645bis, tomo 1, Milano 1998, 34: "la trascrizione prevista dall'art. 2651 (...) ha funzione di mera notizia e quindi svolge un ruolo nettamente secondario rispetto a quello fondamentale di cui all'art. 2644". Secondo l'Autore, la norma di cui all'art. 2651 c.c. intende "rendere note determinate vicende di acquisto a titolo originario, le quali sono sottratte all'onere della trascrizione ma nello stesso tempo interferiscono con il sistema della circolazione dei beni. In altre parole questa norma risponde all'esigenza avvertita dal legislatore di limitare il danno derivante alla tendenziale completezza del sistema dal fatto che, da un lato, la trascrizione ha riguardo esclusivamente alle vicende a titolo derivativo e, dall'altro, che l'usucapione (...) può sempre maturare a prescindere dalle risultanze dei registri immobiliari" (p.77).

⁸⁹ MENGONI, *Acquisto "a non domino"*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, tomo 1, Torino 1957, 252.

⁹⁰ MENGONI, *Acquisto "a non domino"*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, tomo 1, Torino 1957, 252.

appoggiata alla detenzione (indice esterno o apparente di proprietà) del suo dante causa”⁹¹.

In questa prospettiva, emerge come l’ordinamento orienti di volta in volta le proprie scelte, perseguendo quel “criterio di giustizia sostanziale insito nel principio dell’affidamento, collegato a situazioni di apparenza o comunque di pubblicità”⁹².

Si osserva infatti che gli ordinamenti moderni si preoccupano di scegliere un indice in cui “il terzo avrà diritto di confidare, il quale riveli quali siano, in un dato momento, i soggetti muniti di un titolo su una data cosa”⁹³. Se, per i beni mobili, questo fine può essere perseguito dall’art. 1153 c.c. attraverso la relazione di fatto con la cosa⁹⁴ accompagnata dalla buona fede, per i beni immobili il codice civile prescrive il regime della trascrizione, alla quale sono sottoposti, ex art. 2683 c.c., anche i beni mobili registrati⁹⁵.

4) In base all’art. 2644 c.c., tra più acquirenti di un medesimo immobile dallo stesso dante causa prevale colui che trascrive per primo, ancorché il suo acquisto sia di data posteriore: tale meccanismo comporta che “l’atto non trascritto sia valido, ma l’acquirente abbia (...) sempre interesse ad adempiere l’onere della trascrizione, prima degli altri, per non dover soggiacere senza rimedio al diritto altrui, una volta questo legalmente pubblicato. Il problema è di

⁹¹ SACCO, *Affidamento*, in *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano 1958, 667. La regola esprimerebbe una limitazione al potere di rivendicazione del proprietario, ponendo il terzo possessore al riparo delle pretese del primo.

⁹² GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, XI ed., Napoli 2004, 284.

⁹³ SACCO, *Possesso (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIV, Milano 1985, 494.

⁹⁴ Che “darà luogo non tanto ad una protezione del soggetto del potere di fatto, quanto ad una protezione di chi abbia ricevuto un titolo dal soggetto del potere di fatto”. SACCO, *Possesso (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIV, Milano 1985, 494.

⁹⁵ “Tale trascrizione realizza l’interesse del trascrivente al pari della trascrizione immobiliare”. DE CUPIS, *Pubblicità (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Milano 1988, 1001.

spiegare la natura della situazione giuridica prodotta dall'acquisto"⁹⁶, cioè ricostruire la regola posta dall'art. 2644 e armonizzarla con quella di cui all'art. 1376 del codice⁹⁷.

⁹⁶ FUNAIOLI, *La c.d. proprietà relativa*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1950, I, 287 ss.: "Un proprietario aliena successivamente lo stesso immobile (...). E' noto che, per l'art. 2644, i diritti, sorti in base ad atto trascritto, non possono essere pregiudicati da diritti fondati su atto non trascritto; e in quanto appunto ci sia conflitto fra diritti successivamente acquistati, questo conflitto si risolve in base al criterio di priorità della trascrizione. Così il diritto di chi primo trascrive diventa invulnerabile anche se altri avesse contrattato prima di lui. Scopo della norma è di assicurare la pubblicità dei beni di maggior importanza (immobili e mobili registrati) nell'interesse dei terzi, e perciò protegge chi trascrive contro chi non trascrive".

GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, ne *Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2643-2645bis, tomo 1, Milano 1998, 457 ss., precisa che la regola di cui all'art. 2644 c.c. "non può essere ricostruita in modo rigido e aprioristico secondo lo schema della doppia alienazione immobiliare, con conseguente risoluzione del conflitto tra due aventi causa dallo stesso autore di diritti incompatibili, dei quali uno esclude l'altro. Questo schema, infatti, si adatta certamente alle ipotesi di costituzione, trasferimento, o modificazione di diritti reali ed anzi esso è in qualche modo forzato fino ad abbracciare anche l'ipotesi di atti di rinuncia, là dove, al contrario non è concepibile un conflitto in senso tecnico. Il terzo il quale si avvale della rinuncia non è infatti un avente causa dal rinunziante, atteso il carattere meramente abdicativo del negozio. Lo stesso schema, però, non si applica alla transazione (...). L'avente causa dal transigente che trascrive il proprio acquisto prima della trascrizione della transazione non prevale infatti sull'altro transigente, ma ha il solo diritto di disconoscere la transazione rimettendosi alla decisione del giudice o raggiungendo un diverso accordo transattivo. In tal caso l'art. 2644 trova bensì applicazione ma solo dal punto di vista dell'inopponibilità della transazione e non già sul piano della risoluzione del conflitto, il quale permane integro. Altre volte, viceversa, la norma non è sempre applicabile. E' il caso della locazione ultranovennale e della liberazione o cessione dei fitti o pignoni ultratriennali pur essendo tali ipotesi previste dall'art. 2643. Nel primo caso, infatti, i rapporti tra locatario e successivo acquirente dell'immobile sono regolati dall'art. 1599, il quale detta un regime speciale di opponibilità, mentre l'ipotesi di locazione ultranovennale conclusa dopo l'alienazione ma trascritta prima non è, a nostro avviso ma non ad avviso della (unanime) dottrina, configurabile in termini di prevalenza ex art. 2644. Per quanto riguarda poi l'ipotesi di liberazione o cessione si è visto che l'inapplicabilità dell'art. 2644 deriva anche in tal caso da uno speciale regime di opponibilità dettato dall'art. 1605 la cui disciplina è analoga a quella dell'art. 1599, atteso lo strettissimo nesso esistente tra liberazione o cessione e locazione. Va ricordato che questa volta la dottrina ritiene inapplicabile l'art. 2644 in caso di alienazione che precede la liberazione o cessione, a prescindere dalla priorità della trascrizione".

⁹⁷ GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, ne *Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2643-2645bis, tomo 1, Milano 1998, 459 s.: "Sebbene il 1° comma [dell'art. 2644] ponga in rapporto due atti egualmente trascritti per farne derivare la prevalenza di quello trascritto per primo è evidente che in tal modo non si detta norma diversa da quella di cui al 2° comma, là dove si fa riferimento all'efficacia propria della trascrizione in termini positivi. Dettando il 1° comma, infatti, il legislatore ha inteso sottolineare che l'atto trascritto successivamente «non ha effetto» riguardo a certi terzi che hanno trascritto il proprio acquisto

Lo schema attuale ripropone l'analogo meccanismo del codice del 1865, rispetto al quale la dottrina osservava che la trascrizione svolgesse il ruolo di mezzo di conservazione⁹⁸ dell'acquisto prodottosi tramite il contratto traslativo. Si rilevava, infatti - e si rileva, per le evidenti implicazioni di teoria generale -, che la trascrizione è necessaria affinché l'acquisto della proprietà o del diritto reale sia noto a tutti i terzi, donde la sua mancanza non inficia l'efficacia dell'acquisto tra le parti e nei confronti dei terzi che siano "in condizione inferiore all'acquirente"⁹⁹; per converso, il trasferimento è inefficace nei confronti di coloro che si trovino in condizione migliore, cioè abbiano acquistato e legalmente conservato, tramite la trascrizione, un diritto sull'immobile incompatibile con quello del successore a titolo particolare non trascrivente. Segue che, se i contratti traslativi non sono trascritti, non hanno effetto contro coloro che hanno acquistato e legalmente conservato dei diritti sull'immobile, in tempo anteriore o posteriore (rispetto al

precedentemente. Da ciò è facile inferire, attesa l'assolutezza della affermazione, che chi acquista per primo rischia di soccombere nei confronti del successivo acquirente se non cura tempestivamente la trascrizione, ciò che del resto, in termini positivi, è confermato dal 2° comma. Questa regola assai facile ed elementare è in realtà molto vaga e se sicuramente non può parlarsi di invalidità del primo acquisto, resta da stabilire quale sia il meccanismo che determina la prevalenza del secondo avente causa che trascrive per primo (...). Sul piano teorico si tratta di dar conto di una regola che, disapplicando, a prima vista clamorosamente, il principio *prior in tempore potior in iure*, si pone in (apparente) contrasto con il principio del consenso traslativo di cui all'art. 1376".

Rileva BIANCA C.M., *Il principio del consenso traslativo*, in *Diritto Privato*, I, *Il trasferimento in proprietà*, Padova 1995, 5 ss., che, dal punto di vista della politica del diritto, il principio del consenso traslativo "non soddisfa l'esigenza della certezza della circolazione giuridica in quanto non consente all'acquirente di avere la sicurezza del conseguimento del diritto".

⁹⁸ L'art. 1942 del vecchio codice parlava espressamente di effetti conservativi. Infatti, il primo comma così disponeva: «Le sentenze e gli atti enunciati nell'art. 1932, sino a che non siano trascritti, non hanno alcun effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato e legalmente conservato diritti sull'immobile».

⁹⁹ Cioè che non abbiano già trascritto titoli da cui risulti un diritto incompatibile con la posizione dell'avente causa non trascrivente. COVIELLO N., *Della trascrizione*, II (2a ed. riveduta ed ampliata da N. Coviello e L. Coviello), Napoli-Torino 1924, 415.

trasferimento non trascritto); se invece sono trascritti, impediscono trascrizioni o iscrizioni, da parte dei terzi, di diritti incompatibili con quello acquistato¹⁰⁰.

In tal guisa, la trascrizione, proprio in quanto mezzo di normale conservazione dell'acquisto, diventa criterio di preferenza in favore di quello che tra più acquirenti di uno stesso diritto su un immobile dal comune dante causa abbia trascritto per primo, sostituendosi, così, la priorità della trascrizione a quella del titolo¹⁰¹: si osserva, infatti, che se la trascrizione è mezzo di conservazione del diritto acquisito e quest'ultimo non viene conservato per l'omessa pubblicità, è logico che esso si abbia come non trasferito di fronte alle "persone rispetto alle quali la conservazione era necessaria"¹⁰². Nello stesso senso

¹⁰⁰ COVIELLO N., *Della trascrizione*, II (2a ed. riveduta ed ampliata da N. Coviello e L. Coviello), Napoli-Torino 1924, 415 s.

¹⁰¹ COVIELLO N., *Della trascrizione*, II (2a ed. riveduta ed ampliata da N. Coviello e L. Coviello), Napoli-Torino 1924, 416-425, ove ulteriormente si rileva che dalla "trasmissione consensuale della proprietà possono senza dubbio essere lesi i terzi, cioè quelli che non hanno preso parte al contratto traslativo: or come garentirli delle possibili lesioni? Il legislatore provide loro, solo quando si trovassero in ispeciali condizioni meritevoli di riguardo e di tutela, cioè avessero il possesso di buona fede delle cose mobili, e quando avessero legalmente conservato l'acquisto di cosa immobile già alienata dallo stesso proprietario (...). Però, mentre l'ignoranza del terzo garentito dalla legge, nell'ipotesi di cose mobili, è ignoranza concreta e di fatto che deve riscontrarsi in ogni singolo caso (buona fede subbiettiva); è ignoranza legalmente presunta, nell'ipotesi di cose immobili. Quindi la tradizione o la trascrizione non sono già modi d'acquisto rispetto ai terzi, ma son modi atti a rendere impossibile la garentia che la legge dà a' terzi ignoranti il trasferimento; perché in tal guisa o riesce impossibile al terzo adempiere a quella condizione di più che la legge vuole per tutelarlo, cioè il possesso nell'ipotesi di cose mobili, o viene meno la base della presunzione d'ignoranza, nell'ipotesi di acquisto di cose immobili" (pp. 418-419).

¹⁰² COVIELLO N., *Della trascrizione*, II (2a ed. riveduta ed ampliata da N. Coviello e L. Coviello), Napoli-Torino 1924, 423: "Quindi con l'unico concetto che la trascrizione è mezzo di conservazione si spiega tanto l'effetto favorevole al primo contraente che l'effetto dannoso a lui, e vantaggioso per conseguenza al posteriore".

GAZZONI, *La trascrizione immobiliare, ne Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2643-2645bis, tomo 1, Milano 1998, 460 s., osserva che il sistema elaborato dal legislatore attuale "non è unitario, ma anzi nettamente asimmetrico. Non può infatti negarsi che la condizione di chi trascrive per primo potendosi avvalere del principio *prior in tempore potior in iure* è diversa rispetto a quella di chi, acquistando per secondo, tale principio non può invocare e basa il proprio acquisto sulla priorità della trascrizione. Nel primo caso, infatti, la trascrizione *si aggiunge* ad un acquisto già operato sul piano sostanziale *ex art. 1376*; nel secondo caso, invece, essa si atteggia quale *condicio sine qua non* dell'effetto acquisitivo,

si è osservato che la prioritaria trascrizione è condizione positiva a cui la legge subordina la rilevanza del secondo negozio, a sua volta sottoposto alla condizione negativa della omessa trascrizione del primo acquisto¹⁰³.

Con riferimento proprio al primo atto di trasferimento, si è rilevato che colui che acquista dall'alienante per effetto del consenso traslativo, pur non avendo trascritto, è proprietario dell'immobile *erga omnes*¹⁰⁴. Se, successivamente e sempre in mancanza della trascrizione del primo acquisto, si verifica una seconda vendita dello stesso immobile, il secondo acquirente non ne acquista la proprietà, perché di essa l'alienante si è già spogliato per effetto della prima vendita, in applicazione del principio *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse haberet*. Ne consegue che, a trascrizione non avvenuta, il secondo acquirente non è proprietario dell'immobile e deve al primo acquirente quel rispetto cui sono tenuti tutti gli *omnes* di fronte al titolare di un diritto assoluto¹⁰⁵. Ma se il secondo acquirente procede per primo alla trascrizione, questa risolve quelli effetti giuridici che, invece, avrebbe contribuito a difendere e conservare in favore del primo acquirente se egli avesse tempestivamente trascritto: "così chi ha acquistato da colui che aveva il diritto di disporre nel momento dell'acquisto, perde il diritto acquistato, e chi ha acquistato dal carente del diritto viene, in definitiva, ad acquistare il diritto cui mirava e che per un certo

essendo il titolo di acquisto, sul piano sostanziale, inidoneo a determinare di per sé la prevalenza rispetto a quello di data più remota, prima che venga curata la trascrizione".

¹⁰³ CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova 1936, 95.

¹⁰⁴ BIANCA C.M., *Il principio del consenso traslativo*, in *Diritto Privato*, I, *Il trasferimento in proprietà*, Padova 1995, 11: "i terzi sono tenuti a rispettare il diritto del nuovo proprietario a prescindere dalla trascrizione o dalla consegna. Gli oneri della trascrizione e della consegna non incidono sull'«efficacia reale» del contratto ma risolvono a favore dell'acquirente il conflitto con determinati terzi".

¹⁰⁵ MORITTU, *Revisione della dottrina su alcuni principi fondamentali riguardanti la trascrizione dei contratti traslativi della proprietà immobiliare*, in *Studi economico-giuridici pubblicati per cura della Facoltà di Giurisprudenza* (R. Università di Cagliari), Milano 1936, 59.

tempo non poteva acquistare per la mancanza di un fattore di acquisto, che è per l'appunto, in questo caso, la trascrizione"¹⁰⁶.

La risoluzione del conflitto tra più successori dal medesimo autore è stata spiegata anche in chiave processualistica, nel senso che, davanti al giudice, la prima vendita non trascritta si considera come mai posta in essere per effetto della trascrizione prioritaria del secondo acquisto: si verifica, cioè, una inesistenza (della prima vendita) di carattere processuale che incide sulla decisione e, quindi, sul giudicato in via di formazione¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Così, espressamente, MORITTO, *Revisione della dottrina su alcuni principi fondamentali riguardanti la trascrizione dei contratti traslativi della proprietà immobiliare*, in *Studi economico-giuridici pubblicati per cura della Facoltà di Giurisprudenza* (R. Università di Cagliari), Milano 1936, 61 ss. L'Autore osserva che la "deviazione dai comuni principii non può essere più decisa: si devia dal principio *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, perché il secondo acquirente ha acquistato per opera di uno che non aveva più il potere di disporre della cosa alienata; si devia dal principio *res inter alios acta tertiis neque nocet, neque prodest*, perché l'atto del secondo acquirente pregiudica, togliendolo, facendolo cessare, il diritto del primo acquirente, che rispetto a lui è un terzo". Osserva sul punto CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova 1936, 95, che nel caso di una seconda vendita trascritta per prima, "non si può negare che ci troviamo di fronte ad uno che è *stato* proprietario, ma che *non* è più tale, per aver alienato già la cosa, e che *tuttavia* può compiere un nuovo negozio, pienamente rilevante, sulla stessa cosa (che è, senza dubbio, cosa altrui), a condizione che il nuovo acquirente trascriva il negozio di acquisto prima dell'acquirente anteriore (proprietario). In altre parole siamo in presenza d'un negozio di alienazione compiuto da un «non dominus» munito di rilevanza a danno del dominus (...)".

Nell'opinione del Morittu, *Revisione* cit. 61 s., la deviazione dai comuni principî si giustifica alla luce degli "interessi del commercio, del credito in generale che il legislatore ha voluto, in tal modo, tutelare prevalentemente, se non esclusivamente. Anzi, è per la necessità di tale tutela che la legge ha dovuto render valido ed efficace *erga omnes* l'atto di chi contrattò con un alienante *carente del diritto* di disporre e persino con la consapevolezza di tale carenza. Non si sarebbero potuti tutelare i diritti di tutti coloro che avrebbero in qualsiasi modo potuto avere relazioni col trascrivente in precedenza, se non si fosse riconosciuta validità ed efficacia all'acquisto anche nei riguardi dello stesso trascrivente, divenuto possibile autore di una serie indefinita di aventi causa. La concatenazione dei negozi e delle contrattazioni doveva pur allacciarsi a un primo anello, che servisse di sicuro punto di partenza nella serie delle stesse contrattazioni".

¹⁰⁷ FERRI L., *Trascrizione immobiliare*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di Scialoja e Branca, 2a ed., Bologna-Roma 1977, 22s.

Contra GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, ne *Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2643-2645bis, tomo 1, Milano 1998, 492: "Il primo acquirente (...) si troverebbe in una posizione di precarietà di fronte al secondo acquirente, il quale ben potrebbe non avvalersi del proprio diritto, se fonte di effetti svantaggiosi, facendo ricadere ogni onere sul

La doppia prospettiva imposta, da un lato, dal trasferimento consensuale e, dall'altro, dalla priorità della trascrizione, ha fatto ritenere che il primo acquirente (che non trascrive) diventi proprietario solo nei confronti dell'alienante, ma non davanti ai terzi; oppure, si è ritenuto che il congegno di cui all'art. 2644 c.c. (e di cui all'art. 2684 c.c. per i mobili registrati) comporti l'inefficacia del titolo non trascritto solo nei confronti dei terzi titolari di un diritto in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente all'atto di che trattasi, mentre di fronte ad altri terzi l'atto, anche se non trascritto, può essere, ex art. 1376 c.c., perfettamente opponibile ed efficace (efficacia positiva)¹⁰⁸.

Nel solco del dualismo tra gli artt. 1376 e 2644 c.c., si è riproposta la distinzione, di romanistica memoria, tra *titulus* (contratto) e *modus acquirendi* (trascrizione), riuscendosi così a spiegare facilmente come mai colui che trascrive per primo prevalga contro chi non abbia diligentemente trascritto il proprio acquisto¹⁰⁹. Ancora, si è sostenuto che la trascrizione avrebbe la funzione di irradiare verso tutti i terzi la realtà del diritto trasferito *inter partes* ex art. 1376 c.c.¹¹⁰, ma, si osserva in senso contrario che, così opinando, si finisce coll'assegnare alla trascrizione il ruolo di *modus acquirendi* non già tra le parti, ma

primo acquirente, salvo poi, in qualsivoglia momento, pretendere di avvantaggiarsi rispetto a costui per tutto ciò che di positivo dalla posizione processuale così individuata potrebbe derivargli. La verità è che questa dottrina sembra aver preso in considerazione soltanto i rapporti *interni* intercorrenti tra i due aventi causa dallo stesso autore e non già quelli *esterni* intercorrenti tra costoro e i terzi, in particolare per quanto riguarda quelle liti che pur non avendo ad oggetto in via diretta ed immediata la proprietà del bene presuppongono un accertamento *incidenter tantum* relativamente alla condizione di proprietario, accertamento che costituisce il presupposto della pronuncia". Cfr. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XIV, I, tomo 1, Milano 1957, 435.

¹⁰⁸ Opinioni riportate da FUNAIOLI, *La c.d. proprietà relativa*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1950, I, 287-288 e nota 1, cui si rinvia.

¹⁰⁹ Cfr. SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino 1993, 694 ss.

¹¹⁰ BARASSI, *Diritti reali e possesso*, I, Milano 1952, 435: "I codici che hanno accolto il principio della volontà hanno dunque dovuto in qualche modo provvedere alla tutela dei terzi per consentire, integrando, anche in loro confronto quella piena opponibilità del diritto reale ai terzi che sappiano irradiare dal perfetto diritto reale".

rispetto ai terzi, riproponendo quel binomio *titulus-modus* che non sembra così immediatamente conciliabile con il dettato testuale dell'art. 1376 del codice¹¹¹.

In altra prospettiva, che accentua il profilo della relatività e indipendenza reciproca dei rapporti giuridici patrimoniali in relazione al gioco dei singoli interessi individuali di volta in volta considerati dalle norme, si osserva che nel caso dell'art. 2644 c.c. il disponente “possa, con la prima alienazione non trascritta, spogliarsi della proprietà di fronte ad A, ma non a B, nel senso che B possa, acquistando da lui, diventar proprietario egualmente, e si abbia pertanto (...) una legittimazione non soltanto apparente dell'alienante verso quest'ultimo, e possa darsi senza contraddizione logica il concetto d'inefficacia relativa di un diritto reale, dal momento che il diritto di proprietà di A non vale contro l'acquisto parallelo di B, primo trascrivente”¹¹². La validità dei trasferimenti del medesimo bene fatti dall'alienante nei confronti di più aventi causa costituirebbe

¹¹¹ GAZZONI, *La trascrizione immobiliare, ne Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2643-2645bis, tomo 1, Milano 1998, 463 s.: “E' peraltro difficile accettare l'idea di un contratto che produce effetti per taluni (parti dell'atto e loro aventi causa) e non per altri (terzi controinteressati)”. L'Autore osserva inoltre che non necessariamente l'acquisto non trascritto è inefficace nei confronti dei terzi, in quanto lo diventa in seguito alla prioritaria trascrizione di una successiva alienazione, “prevalendo invece nei confronti di qualsivoglia atto incompatibile non trascritto, sulla base del principio *prior in tempore potior in iure*”.

¹¹² Così, riprendendo l'insegnamento del Cicu sulla relatività dei rapporti patrimoniali, FUNAIOLI, *La c.d. proprietà relativa*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1950, I, 291 s., il quale rileva che, “nel diritto privato, uno stesso rapporto abbia ad esser considerato valido nei confronti di uno o non di altri, ed io possa esser ritenuto proprietario in confronto di Caio ma non di Tizio, con efficacia anche nei riguardi dei terzi, salvo di chi vanti un contrastante diritto proprio sulla cosa. Posto perciò che la mancata trascrizione non produce invalidità dell'acquisto (già perfetto e valido col consenso), ma soltanto una limitata efficacia, in base all'art. 2644, ne deriva che prima della trascrizione, o nell'ipotesi, se non altro teorica, che nessuno trascriva, tutti gli acquirenti sono ugualmente titolari del diritto di proprietà, dal momento che ciascuno ha già acquistato per effetto del consenso e può, mediante la trascrizione, rendere il suo acquisto opponibile agli altri (conservarlo, come diceva anzi il vecchio codice, ossia assicurare l'invulnerabilità del diritto che già esiste): infatti l'acquisto trascritto vale di fronte a quello non trascritto, e non questo di fronte a quello; mentre la trascrizione in forza dell'articolo citato non è necessaria di fronte a qualunque terzo. Però, prima della trascrizione, non si verifica l'ipotesi dell'art. 2644, e quindi si applica quanto all'efficacia dei vari acquisti la regola generale, per cui avendo tutti validamente acquistato il diritto reale per effetto del consenso, il conflitto si risolve nel senso che l'acquisto del primo rende del tutto inefficaci di fronte a chiunque gli acquisti successivi, finché non segua una trascrizione di uno di questi”.

il fondamento dogmatico dell'art. 2644 c.c.: tutti gli aventi causa dal comune autore sono già tutti ugualmente proprietari e la priorità della trascrizione decide della prevalenza dell'uno sugli altri¹¹³.

In base a tale concetto di inefficacia relativa si conclude quindi nel senso che se il primo acquisto non trascritto è inopponibile agli altri compratori dallo stesso dante causa "che per primi abbiano trascritto, il cui titolo quindi prevale, allora vuol dire che dinanzi a costoro, non avendo efficacia il primo trapasso, l'alienante non aveva mai perduto il suo diritto ed era da considerarsi ancora proprietario, non semplice *ex dominus*, e perciò (...) legittimato non soltanto apparente a disporre; ossia di fronte a chi per primo trascrive, la legittimazione originaria dell'alienante non è mutata, e finché un acquirente non renda pubblico il titolo di conseguimento del suo diritto, può sempre l'alienante far acquistare la proprietà ad altri, solo che questi trascriva: il che appunto risulta dalla volontà della legge"¹¹⁴.

¹¹³ FUNAIOLI, *La c.d. proprietà relativa*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1950, I, 292: "Il conflitto dunque non è mai tra l'esistenza dei diritti dell'uno e dell'altro acquirente, che sono invece tutti perfettamente validi: un diritto non esclude che altro esista, vi sono tutti e due, né il diritto di uno si estingue pel sorgere del diritto altrui; ma vi è solo conflitto di efficacia, mentre l'acquisto del diritto avviene sempre al momento del consenso". Tra questi diritti concorrenti "la trascrizione non costituirà che il criterio di scelta o di prevalenza. La coesistenza di più proprietà (o comunque diritti reali identici) ad esclusione altrui sulla stessa cosa sembra insostenibile ed illogica, ma in realtà è resa perfettamente possibile quando si ammetta l'inefficacia relativa dei singoli diritti" (p. 293). Sul punto osserva SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXI, Milano 1971, 347 ss., che "non vi è nulla, neppure sotto un profilo strettamente logico, che contrasti con la dissociazione degli effetti nei confronti di soggetti diversi. Il rilievo che un negozio non può essere e non essere nello stesso tempo vale solo per la nullità, ma non ha senso per la inefficacia".

Contra GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, ne *Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2643-2645bis, tomo 1, Milano 1998, 470, secondo cui solo per i diritti personali di godimento e di credito è possibile ammettere "la coesistenza di più negozi con i quali si assume la stessa obbligazione o si trasferisce lo stesso diritto personale di godimento sullo stesso bene (art. 1380), perché in tal caso la facoltà di disposizione non si consuma".

¹¹⁴ FUNAIOLI, *La c.d. proprietà relativa*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1950, I, 298 s.: "D'altronde questa eccezionale legittimazione dell'alienante è implicita nel fatto stesso che il compratore, acquistando da lui, diventa proprietario a titolo derivativo, e non cessa finché alcuno degli altri acquirenti trascriva (...). Si ha, insomma, nell'alienante, una legittimazione

Altra soluzione, ritenendo impossibile concepire una pluralità di acquisti paralleli determinati dal permanere della legittimazione a disporre in capo al comune autore¹¹⁵, opina nel senso che il primo acquirente acquista la proprietà

residua, finché nessuno trascrive, poiché la legge permette che altri acquistando da lui e trascrivendo prevalga sugli acquirenti ulteriori”.

In senso contrario alla tesi della proprietà relativa del Funaioli, CARNELUTTI, *Occhio ai concetti!*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1950, I, 450-452, il quale rileva che il concetto di relatività è “incompatibile con quello di proprietà (...). Il *punctum pruriens* è se l’acquisto non trascritto sia soggetto alla condizione sospensiva (...) della sua trascrizione o alla condizione risolutiva della trascrizione di un acquisto altrui”. L’Autore conclude osservando che “il trasferimento della proprietà, del quale è statuita la trascrizione, è efficace ma soggetto alla condizione risolutiva di un altro acquisto. Se si adotta questa seconda soluzione, le molte difficoltà pazientemente osservate dal Funaioli sono facilmente risolte”. In senso ugualmente critico alla tesi del Funaioli, GAZZONI, *La trascrizione immobiliare, ne Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2643-2645bis, tomo 1, Milano 1998, 468, ove non si condivide l’idea per cui “si presuppone che il potere (o facoltà) di disposizione sia slegato dal diritto oggetto di alienazione, ciò che non è possibile”. Anche VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano 1995, 88, osserva che “la tesi dell’inefficacia relativa è in contrasto con un dato inoppugnabile. L’atto non trascritto ha trasferito un diritto che per la sua struttura è tale da instaurare, sotto certi profili, una relazione fra l’acquirente e i terzi. L’idea di inefficacia relativa dell’atto non spiega a sufficienza questo fenomeno ed è facile eccepire l’improbabilità di un effetto che si produce o non si produce «a seconda dei soggetti rispetto ai quali viene in considerazione» [cit. da SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXI, Milano 1971, 350]”. Analogamente, BIANCA C.M., *Il principio del consenso traslativo*, in *Diritto Privato*, I, *Il trasferimento in proprietà*, Padova 1995, 14 s., rileva che l’idea della inefficacia relativa è “senz’altro da escludersi quando essa sia intesa come inefficacia nei confronti della generalità dei terzi. In tal modo si ripropone l’ipotesi di un diritto di proprietà privo del carattere dell’assolutezza: ipotesi che (...) convertirebbe la proprietà in un altro diritto, di carattere relativo. Ciò è inammissibile in quanto il nostro codice prevede che al compratore – per effetto del contratto - passa il diritto di proprietà. La tesi dell’inefficacia relativa è inaccettabile anche se riferita ai secondi acquirenti primi trascriventi o possessori di buona fede. Prima che i secondi alienanti trascrivano il loro contratto o conseguano in buona fede il possesso della cosa, il compratore è proprietario *anche nei loro confronti*: essendo anch’essi tenuti – come tutti gli altri - a non distruggere la cosa, a non danneggiarla, a non modificarne la destinazione economica, a non gravarla di costruzioni, ecc. Se i secondi alienatari riescono a far prevalere il loro acquisto, la prima alienazione perde il suo effetto traslativo e lo perde nei confronti di tutti. L’argomento delle dottrine relativistiche basato sull’espressione letterale «nei riguardi del venditore», contenuta nei codici francesi e italiano del 1865, non è più utilizzabile con riguardo al codice italiano vigente, dove il trasferimento della proprietà per effetto del consenso è sancito con formula inequivoca”.

¹¹⁵ VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano 1995, 79 s., critica l’affermata scissione tra potere di disposizione e titolarità del diritto in virtù della quale sarebbero possibili più atti di alienazione concorrenti sul medesimo bene grazie al permanere della legittimazione a disporre in capo al comune autore fino al compimento della trascrizione contro di lui. Secondo il Vettori, “è proprio questa divaricazione fra titolarità,

erga omnes ai sensi dell'art. 1376 c.c., ma il suo trasferimento è sottoposto per legge alla condizione risolutiva della prioritaria trascrizione del secondo acquisto che altri faccia dal medesimo dante causa¹¹⁶. Il secondo acquirente, dunque, acquista inizialmente *a non domino*, perché il dante causa ha già consumato il suo potere di disposizione con la prima alienazione, ma, una volta trascritto per primo il secondo acquisto, viene meno il primo trasferimento e il secondo acquisto diventa, sin dall'origine, *a domino*¹¹⁷.

La seconda alienazione diventa così l'unico trasferimento compiuto dal dante causa, per cui "non si pone nemmeno un problema di doppia disposizione del bene" e si può affermare "che l'art. 2644 risolve un conflitto tra più aventi

potere di disporre e legittimazione che non convince del tutto. L'autonomia giuridica di questa situazione è alquanto dubbia e dubbia è anche la sua configurabilità come elemento della fattispecie. L'effetto dispositivo è dall'ordinamento condizionato al verificarsi di una fattispecie acquisitiva. Ciò che conta in essa è la corrispondenza degli elementi costitutivi del negozio all'astratta ipotesi legale, e il potere di disposizione non ha diretta rilevanza, ma è solo il riflesso «dell'atteggiamento dell'ordinamento in ordine alla fattispecie della modificazione del diritto» [così, riferendo l'idea di MENGONI, *Acquisto "a non domino"*, Milano 1949, 29]. Osserva ulteriormente l'Autore che non "convince l'idea che l'alienante prima della trascrizione possa, in quanto ancora «legittimato», «costituire a favore di altri un titolo ulteriore» [cit. da PUGLIATTI, *La trascrizione. L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, XIV, tomo 2, (testo curato e aggiornato da G. Giacobbe e M. E. La Torre), Milano 1989, 178], anche perché la successiva alienazione è un atto illegittimo (causa di responsabilità) che è difficile qualificare come un'idonea manifestazione di volontà".

¹¹⁶ Cfr. CARNELUTTI, *Occhio ai concetti!*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1950, I, 450-452.

¹¹⁷ Così, GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, ne *Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2643-2645bis, tomo 1, Milano 1998, 473 ss.: "In caso di avveramento della condizione risolutiva il comune autore, infatti, non acquista (o meglio riacquista) la titolarità del diritto ma piuttosto è come non l'avesse mai perduta. In altre parole il cessare degli effetti del primo atto di alienazione non determina una retrovendita in capo al comune autore ma elimina con efficacia retroattiva ex art. 1360 le modificazioni patrimoniali prodottesi nelle more dell'avveramento" (p. 475).

In senso contrario pare opinare VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano 1995, 82 ss., secondo cui "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".

causa dallo stesso autore solo se si utilizza questa terminologia in senso descrittivo e non già puntualmente tecnico”¹¹⁸.

In senso critico si è osservato che la configurazione della trascrizione prioritaria come *condicio iuris* risolutiva - che elimina retroattivamente gli effetti del titolo anteriore non trascritto - deriva dalla necessità di considerare il secondo trasferimento, prioritariamente reso pubblico, come acquisto *a domino*, ma ciò appare in contrasto con il dettato testuale dell’art. 1376¹¹⁹: sembra allora coerente, “anche con le esigenze della logica, che l’effetto, dato dall’acquisto, si produca appena nel momento in cui la fattispecie si completa con il sopravvenire dell’elemento mancante, che è la trascrizione, necessariamente successiva al titolo”¹²⁰. Si rileva, infatti, che la possibilità che il conflitto si risolva in favore del

¹¹⁸ Così, GAZZONI, *La trascrizione immobiliare, ne Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2643-2645bis, tomo 1, Milano 1998, 475: “In sostanza, quindi, la trascrizione non opera sul secondo acquisto sanandone un vizio, né si collega ad esso sul piano strutturale della fattispecie acquisitiva. Il titolo di acquisto del secondo avente causa è sempre e solo il contratto di alienazione posto in essere dal comune autore: un fatto semplice e non una fattispecie complessa quale deriverebbe invece dal collegamento inscindibilmente istaurato a livello strutturale tra trascrizione e secondo acquisto. La trascrizione del secondo acquisto opera come mero fatto che incide sulla efficacia degli effetti reali prodotti dal primo atto di alienazione, provocandone il venir meno. Conseguenza di tale evento, e non della trascrizione in sé e per sé considerata, è la piena efficacia *ab origine* del secondo atto di alienazione quale atto *a domino*”. Sul punto, cfr. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XIV, I, tomo 1, Milano 1957, 434 s.

¹¹⁹ In forza del quale “il già *dominus*, una volta spogliato del diritto, è un *non dominus*. Ne dà conferma, in materia di circolazione dei beni mobili, il comune orientamento secondo cui la norma dell’art. 1155 c.c., relativa alla successione nel tempo di più atti dispositivi incompatibili, altro non è che ‘una diretta applicazione del principio dell’art. 1153’, ossia dell’acquisto *a non domino*”. Così, citando a sua volta SACCO e CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VII (2a ed.), Milano 2000, 490, GABRIELLI, *Sul modo di operare della pubblicità a norma dell’art. 2644 c.c.*, in *Rivista del Notariato*, 2009, 2, 355 ss. L’Autore evidenzia “l’identità di scopi perseguita dal legislatore nel dettare gli artt. 1155 e 2644 c.c.: lo scopo, precisamente di assicurare la prevalenza di quello fra i titoli incompatibili di cui è anteriore la ‘data conoscibile’; conoscibile in forza di indici esterni, come sono il possesso e la trascrizione”.

¹²⁰ GABRIELLI, *Sul modo di operare della pubblicità a norma dell’art. 2644 c.c.*, in *Rivista del Notariato*, 2009, 2, 355 ss., il quale, sul problema della retroattività o irretroattività della condizione legale, riprende il contributo di RESCIGNO P., *Condizione (dir. vig.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, VII, Milano 1961, 762 ss., che non ritiene applicabile, in termini ricostruttivi generali, l’art. 1360 c.c. alla *condicio iuris*. Infatti, secondo il Rescigno, quanto “alla retroattività, appare

primo trascrivente (o possessore di buona fede nel caso dei beni mobili), non presuppone necessariamente il permanere del potere di disporre dell'alienante. La seconda vendita non trasferisce la proprietà del bene, di modo che al secondo acquirente che, in ipotesi, vantasse la proprietà del bene a prescindere dalla trascrizione (o dal possesso di buona fede), andrebbe eccepito che egli non è proprietario in quanto si è già verificato il trasferimento ad altri del diritto. Ciò vuol dire che al momento della seconda alienazione non vi è la legittimazione a disporre del bene: il secondo acquirente potrà eccezionalmente conseguire la proprietà del bene, non già per effetto dell'originaria legittimazione dell'alienante - che è invero inesistente - quanto per effetto di una fattispecie complessa che comprende il titolo contrattuale astrattamente idoneo e la trascrizione (o il possesso di buona fede). Questa fattispecie risolve l'effetto traslativo della prima alienazione¹²¹.

inesatta ogni affermazione che voglia riferirsi in termini generali a tutte le *condiciones iuris*, sostenendo o negando per tutte la retroattività. In alcune ipotesi (...) di negozio con efficacia per un terzo estraneo, la legge espressamente dichiara che l'effetto del contratto per il terzo retroagisce al momento della stipulazione. Così, l'art. 1399, con riguardo al contratto concluso dal *falsus procurator*, dichiara che «la ratifica ha effetto retroattivo» per il *dominus* (terzo rispetto al negozio concluso dal rappresentante senza potere), con salvezza dei diritti degli altri terzi. Nel contratto per persona da nominare, una volta avvenuta la *electio*, «la persona nominata acquista i diritti ed assume gli obblighi derivanti dal contratto con effetto dal momento in cui questo fu stipulato» (art. 1404). Nel contratto a favore di terzo, «il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione» (art. 1411 cpv.). Ma, fuori delle ipotesi in cui la retroattività dell'effetto è espressamente prevista, la conclusione dev'essere negativa, dato il carattere eccezionale della norma che sancisce la retroattività della condizione volontaria verificata e di talune condizioni legali. Dato il carattere eccezionale, la norma non si può estendere per analogia" (p. 775).

¹²¹ BIANCA C.M., *Il principio del consenso traslativo*, in *Diritto Privato*, I, *Il trasferimento in proprietà*, Padova 1995, 12, il quale evidenzia che prevale "un contratto sull'altro e che, in particolare, la caduta dell'effetto traslativo del primo contratto trova spiegazione nella *incompatibilità* di tale effetto con l'effetto acquisitivo del secondo. Analogamente, nelle alienazioni mobiliari il primo acquirente perde la proprietà a seguito dell'acquisto realizzato dal secondo acquirente mediante impossessamento in buona fede del bene". Secondo NATOLI, *Della trascrizione*, in *Commentario del codice civile*, VI, Torino 1971, 94 ss. (v. in VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano 1995, 90 e note 61 e 62) il primo trascrivente acquisterebbe a titolo originario in base a una fattispecie complessa, derivante dalla situazione di apparenza creata dalla pubblicità e, segnatamente, dal permanere

In tale prospettiva, si è sostenuto che la trascrizione, a fronte del suo normale ruolo dichiarativo del trasferimento, svolgerebbe un ruolo costitutivo “nei casi patologici in cui l’acquirente anteriore sia vinto dall’acquirente posteriore; le legge dunque avrebbe potuto ammettere questo carattere in via generale, evitando giri viziosi e gravi inconvenienti”¹²² nell’ambito delle fattispecie acquisitive dei diritti.

della trascrizione a favore del dante causa, dalla stipula della seconda alienazione e sua successiva trascrizione.

¹²² LUZZATTO R. *La compravendita* (ed. postuma a cura di G. Persico), Torino 1961, 22, nt. 1, il quale rileva che a “torto il nostro legislatore, già nel codice del 1865, accolse insieme tanto il principio della trasmissione della proprietà mediante il solo consenso, riproducendo l’art. 1138 del codice francese, quanto i principî sulla trascrizione della legge speciale (molto posteriore al codice francese) sulla trascrizione (...). Si tratta di principî che furono legislativamente ammessi in tempi diversi e che male coesistono. Di recente si è affermato che il principio del trasferimento consensuale della proprietà è *stato affiancato e integrato da un sistema di pubblicità*; che la proprietà è trasferita solo col consenso delle parti, mentre la trascrizione interviene a *segnalare*, cioè a rendere pubblico un trasferimento già verificatosi e che tutto ciò è logico (LUIGI FERRI, *Della trascrizione immobiliare*, nel *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna 1955, pp.4 e 5). Io direi invece che i due principî sono *male armonizzati* e che il nuovo legislatore avrebbe dovuto decidersi per il sistema della pubblicità, *come atto che rende perfetti i trasferimenti*. E’ un giro vizioso, è una stonatura del sistema considerare perfetta la trasmissione della proprietà, la trasmissione e la costituzione di altri diritti mediante il consenso e l’atto scritto per poi far cadere – *per ragioni di forma, si noti* - questi trasferimenti a vantaggio di un altro soggetto che, avendo acquistato posteriormente, abbia dato pubblicità per primo al suo acquisto. Meglio ritardare l’acquisto del diritto fino al compimento del prescritto atto di pubblicità, che ammetterlo prima di questo ed esporlo poi ad estinzione! Si noti: io non dico, come è stato detto da altri (CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova 1933, p. 85) che il sistema della trascrizione *annulli il principio* del trasferimento mediante il solo consenso: riconosco che, in alcuni casi, anzi spesso, il meccanismo della trascrizione vale a segnalare un acquisto già verificatosi lasciandolo integro, ma il male sta in questo: che la trascrizione *può estinguere un acquisto già perfetto* in base alla trasmissione o costituzione avvenuta mediante il consenso e l’atto scritto ed allora la trascrizione non ha l’effetto di *render pubblico* un acquisto precedente, ma di *porlo nel nulla*, come avviene quando l’acquisto di una persona, sebbene avvenuto anteriormente, sia stato vinto dalla trascrizione altrui (art. 2644). E dato ciò, sarebbe stato ben più logico e pratico *subordinare l’acquisto alla pubblicità*, considerar sempre questa pubblicità come *costitutiva*. Come la legge ha dato, in certe ipotesi (v. in specie: art. 1350) valore costitutivo alla forma scritta, così avrebbe ben potuto considerare come costitutiva la trascrizione nei pubblici registri ritenendo a ciò sufficiente l’atto di alienazione o di costituzione”.

Al riguardo si confrontino le diverse opinioni espresse dal Carnelutti, dapprima in *Teoria giuridica della circolazione*, Padova 1933, 85 ss., e, successivamente, in *Occhio ai concetti!*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1950, I, 450-452.

In realtà, la collocazione della trascrizione nel meccanismo di acquisto dei diritti e, in particolare, della proprietà¹²³, non può non risentire della portata che, nel diritto privato, si ritenga di attribuire alle figure del procedimento e della fattispecie, alle quali, quindi, è parso necessario dedicare il capitolo seguente.

¹²³ VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano 1995, 78: “la spiegazione delle modalità di realizzazione dell’effetto della trascrizione, al di là di un astratto compiacimento costruttivo, è utile nella misura in cui costituisce uno sforzo di rigorosa comprensione delle forme in cui si realizza, nel sistema, la circolazione dei beni”.

CAPITOLO II

PROCEDIMENTO E FATTISPECIE

SOMMARIO: 1) Introduzione. 2) Efficacia giuridica. 3) Fatto e fattispecie. 4) *Segue*: situazione giuridica e rilevanza giuridica. 5) Fattispecie a formazione successiva e procedimento.

1) Il tema del procedimento nel diritto privato è stato per lungo tempo trascurato dalla dottrina, che, attratta dal fenomeno della fattispecie¹²⁴, ha fatto registrare un ritardo nella sistemazione teorica del concetto rispetto ai più compiuti studi di diritto pubblico¹²⁵.

¹²⁴ DI PRISCO, *Procedimento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano 1986, 837.

In relazione alla dogmatica della fattispecie - su cui v., tra gli altri, SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, 332 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 1950, rist. Napoli 1956, 152 ss.; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939, 3 ss.; CATAUDELLA, *Fattispecie*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVI, Milano 1967, 926 ss. - ROMANO Salv., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano 1961, 3 s., rileva che essa, "non solo nei termini generali in cui è formulata, ma anche nel particolare atteggiamento che assume nei confronti della nozione di procedimento - quale risulta dalla dottrina corrente -, sembra precludere un'adeguata impostazione in termini di quella teoria generale cui l'argomento appartiene".

¹²⁵ Cfr. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1940; GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1950; GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano 1957. Per i profili di connessione interdisciplinare e gli spunti di teoria generale, cfr. DI PRISCO, *Procedimento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano 1986, 836 s., nt. 1, il quale osserva che le "tipizzazioni scientifiche sui fenomeni del procedimento amministrativo avrebbero per GIANNINI M.S. (*Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1950, 43 ss.) un valore orientativo e di massima; al contrario ALLORIO, *Diritto processuale tributario*⁴, Torino 1962, 515, si chiede se si debba rinunciare alla sistemazione unitaria del procedimento nei vari rami del diritto. Non può escludersi che i concetti di teoria generale del diritto abbiano una funzione essenzialmente conoscitiva e non normativa, mentre è necessario rilevare che spesso un contributo notevole alla teoria generale è dato dagli studi di diritto positivo (cfr. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano 1957, 15; GUARINO G., *Oggetto, funzione e metodo della teoria del diritto*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1953, n. 20 e 35); d'altra parte la teoria generale comporta lo studio del fenomeno giuridico non solo in estensione ma anche in profondità, come con argomentazioni molteplici si è riconosciuto (v. BOBBIO, *Filosofia del diritto e teoria generale del diritto*, in *Scritti in onore di F. Carnelutti*, I,

Si è annotato, in proposito, che uno studio del procedimento nel diritto privato non può non tenere conto di altri concetti, tutti controversi, quali “quelli di effetto, efficacia, risultato, in termini di creazione, modificazione, estinzione di ordinamenti; di una più precisa conoscenza della figura di potere, del rapporto di questa figura con quella del diritto, e di molto ancora: in altri termini uno studio del procedimento, in diritto privato (...) non è che lo studio di un atteggiamento di una determinata teoria generale in cui, com'è noto, nessuna nozione fondamentale è concepibile isolatamente da tutte le altre”¹²⁶.

Si osserva che le divergenze tra i vari concetti tendono a sfumare qualora si adotti una prospettiva dinamica, che in relazione sia ai poteri che ai diritti, sia ai rapporti che agli atti, consente di prefigurare una vicenda¹²⁷, ovvero una “sequenza di atti collegati fra loro da un ordine legale necessario”¹²⁸. Un'impostazione in tal senso di tutta la teoria generale rimanda senz'altro a un modello procedimentale che permette, ad esempio, di esaminare il contratto sotto la lente di “una progressione di attività: preliminare, conclusiva, esecutiva”;

Padova 1950, 43; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*³, Roma 1951; in generale cfr. FROSINI, *Teoria generale del diritto*, in *Nss. D.I.*, XIX, 1973, 5 ss.)”.

Per quanto riguarda la scuola privatistica, ROMANO Salv., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano 1961, 3 e 12 ss., osserva che essa “avrebbe rivolto il maggior interesse allo studio dogmatico della fattispecie e (...) allo studio «della coordinazione dei diversi elementi rilevanti nei confronti dello specifico effetto giuridico, che di volta in volta si prende in considerazione» [cit. da SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1940, 17]. La preoccupazione di risolvere tali complessi problemi avrebbe impedito di riferirsi alla nozione di procedimento, tranne che di rado e puramente *per incidens*, senza però soffermarsi ad analizzarne l'essenza e la struttura”.

¹²⁶ Così, citando il contributo di ROMANO Santi, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947, 172-3, ROMANO Salv., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano 1961, 4.

¹²⁷ ROMANO Salv., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano 1961, 4.

¹²⁸ DI PRISCO, *Procedimento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano 1986, 837, che, ai fini della sistemazione della nozione di procedimento nell'ambito della teoria generale, cita la definizione di CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, rist. con note di aggiornamento a cura di G. MIELE, Padova 1960, 502.

del pari, concetti quali quello di buona fede paiono acquistare effettiva pregnanza solo se analizzati nell'ambito "di una condotta giuridica (di rapporti o non)"¹²⁹.

Sembra essere stata proprio la scarsa diffusione di tale visuale, a fronte della più praticata prospettiva statica che somma più "elementi in vista di un effetto (fattispecie)", ad ostacolare lo sviluppo dell'idea di procedimento nel diritto privato¹³⁰. Prima di affrontarla, allora, gioverà soffermarsi sui concetti di efficacia giuridica, di fatto e di fattispecie, dai quali è partito lo studio di molteplici fenomeni della dinamica giuridica¹³¹, con particolare riferimento agli aspetti della perfezione e dell'efficacia dell'atto¹³².

2) La produzione di un effetto giuridico può verificarsi quando esista la qualificazione, da parte dell'ordinamento, di un determinato fatto e quando questo in concreto si verifichi. In tal modo, si suole contrapporre la fattispecie astratta, data dall'ipotesi normativa che un determinato fatto si verifichi, alla fattispecie concreta, intesa comunemente come la realizzazione effettiva

¹²⁹ ROMANO Salv., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano 1961, 4.

¹³⁰ Così, ROMANO Salv., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano 1961, 4 s., secondo il quale "un'applicazione del metodo procedimentale non può che seguire ad una impostazione di tutta la teoria generale nel senso del movimento. E' difficile che ad un'analisi condotta sotto questo criterio non presieda un concetto di procedimento, anche sommario e incompleto, che sia però in chiave con quella teoria. La stessa ripetuta applicazione del concetto, nella sua forma più immediata, non appaga nel senso che determina l'esigenza di precisarlo. Appare a questo punto necessario acquistare maggiore consapevolezza non tanto del dato della successione degli atti da un punto di partenza ad uno di arrivo, quanto dei principî che regolano il movimento stesso".

¹³¹ Della quale pare fornire la sintesi SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 1966, rist. Napoli 1997, 103 s., quando rileva che in "relazione all'evento, il fatto, che la norma prevede e rende causativo, assume il nome tecnico di fattispecie, e, secondo che un solo fatto basti per la produzione dell'evento o ne occorranò più, la fattispecie è detta semplice o complessa (...). Quando questi fatti, collegati dalla loro funzione unitaria, sono disposti in un determinato ordine cronologico e logico, ordine necessario per il regolare svolgimento della fattispecie, questa si presenta più specificamente come un procedimento".

¹³² DI PRISCO, *Procedimento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano 1986, 837.

dell'ipotesi contemplata dalla norma¹³³. Si osserva, in proposito, che sussiste una eterogeneità di fondo tra i due termini della causalità giuridica: il primo, il fatto giuridico, non si distingue, nella sua essenza, dagli altri fatti del mondo reale e materiale; il secondo, invece, l'effetto giuridico, esiste solo nel mondo del diritto¹³⁴, ha una natura che "non è materialmente determinabile come può essere l'effetto di una qualunque causa fisica"¹³⁵. Infatti, la rilevanza che

¹³³ DI PRISCO, *Procedimento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano 1986, 837. CATAUDELLA, *Fattispecie*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVI, Milano 1967, 926, rileva che il "termine «fattispecie» deriva dal latino medioevale *facti species*; locuzione che, letteralmente, suona come «figura» o «apparenza» del fatto e che valeva a designare un fatto immaginato per servire da paradigma. Quando, peraltro, è stato introdotto nella nostra letteratura giuridica, è stato assunto nello stesso significato che in Germania si attribuisce al *Tatbestand*. La dottrina penalistica germanica adoperò per prima tale termine al fine di rendere il concetto sino ad allora espresso con la locuzione *corpus delicti*, la quale, peraltro, nella sua lunga evoluzione (che prende le mosse dal processo inquisitorio medioevale dove designava le circostanze obiettive che costituivano prova del reato), aveva perso quasi del tutto il significato processuale, per indicare il complesso di circostanze che determinano la comminatoria di una pena prevista dalle leggi penali".

¹³⁴ E ciò comporta la "difficoltà di spiegare come un fatto naturale possa, sia pure in forza di una previsione normativa, porre in essere effetti giuridici", così SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, 334.

Anche CATAUDELLA, *Fattispecie*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVI, Milano 1967, 927 ss., evidenzia che "mentre il nesso di causalità naturale s'instaura tra termini appartenenti entrambi alla realtà fisica, e pertanto omogenei, il nesso di cui si discute si costituirebbe tra due realtà eterogenee (fisica l'una e spirituale l'altra): il fatto e gli effetti giuridici. Ancora, l'effetto giuridico viene necessariamente in essere non appena si sono realizzati i presupposti che lo condizionano, e il suo verificarsi è retto dal principio di simultaneità, nel senso che non è possibile riscontrare una successione temporale rispetto al fatto giuridico". Diversamente, il nesso delineabile dalla leggi naturali "è caratterizzato dall'esistenza di una successione temporale. Infine, mentre ogni mutamento, nel mondo della natura, si verifica con continuità e gradualità e determina una modificazione della realtà preesistente, gli effetti giuridici si verificano senza gradualità e si presentano come assoluta novità".

¹³⁵ FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano 1965, 433. Il rilievo si giustifica prima di tutto da un punto di vista storico, in quanto non "mancano nelle fonti romane espressioni in cui si trova accennata l'idea di una causazione o generazione di effetti giuridici (...). D'altro canto è comunemente riconosciuto che la teoria dell'effetto giuridico, nella forma tecnica in cui oggi figura nel corpo delle dottrine generali del diritto, non risale oltre il secolo scorso (...). Stando alla linea storica accertata, il germe della teoria si trova nei primi tentativi compiuti dalla dottrina nella seconda metà del XVIII secolo per la definizione e classificazione degli atti giuridici, e più ancora negli studi che i Pandettisti dedicavano nella parte generale delle loro trattazioni alle trasformazioni (costituzione, modificazione, estinzione)

l'ordinamento attribuisce a un fatto naturale o a un atto umano non ne altera la natura, mentre l'effetto che ne deriva non è concepibile al di fuori del diritto:

dei diritti soggettivi e delle obbligazioni. Era facile osservare che all'origine di queste trasformazioni stanno determinati fatti, i cosiddetti fatti giuridici (*juristische Tatsachen*) – siano essi fatti naturali oppure, come più spesso avviene, atti dell'uomo e in particolare dichiarazioni di volontà (tra le quali la più importante e studiata sarà il negozio giuridico come tipica manifestazione dell'autonomia dei privati) –. Non meno facile era osservare che a questi fatti (...) si accompagnano costantemente determinate situazioni giuridiche, doveri poteri diritti. Ne risultava spontanea l'idea che queste situazioni giuridiche fossero effetti o conseguenze di quei fatti e che tra fatti ed effetti dovesse esistere uno specifico rapporto di causalità. Così gradualmente si costituisce la nomenclatura oggi a tutti familiare: fatto giuridico, effetto giuridico, rapporto di causalità giuridica". Per tal via, "si delinea quello che nella seconda metà del secolo scorso apparirà come il problema di fondo della teoria dell'effetto con tutte le questioni connesse. Che cosa è propriamente l'effetto giuridico? Qual è il suo tipo peculiare di esistenza? Su quale piano e in qual modo opera la causalità giuridica? E qual è la relazione esatta tra causalità giuridica e causalità fisica?" (p. 434). "Storicamente le risposte date al problema si riducono a tre gruppi principali. La concezione più propriamente causale (...) mette in rilievo che le norme giuridiche hanno, non meno delle leggi fisiche, la struttura di proposizioni ipotetiche o condizionali e collegano quindi ad un evento condizionante, la causa, un evento condizionato, l'effetto. Tuttavia anche da questi autori il rapporto tra causalità giuridica e causalità fisica è concepito soltanto come un parallelismo o un'analogia che lascia integra la differenza tra i relativi tipi di leggi". Successivamente, osserva il Falzea, "la concezione causale" è stata avversata, rilevandosi che, poiché il diritto appartiene "al mondo dello spirito e non a quello della materia, ogni identità o parallelismo tra causalità giuridica e causalità fisica si deve escludere. E quindi nel rapporto tra i fatti giuridici e i diritti soggettivi corrispondenti non di causalità deve parlarsi, ma piuttosto di un nesso psicologico di motivazione, nel senso che la situazione di fatto viene a costituire psicologicamente il motivo del vincolo giuridico stabilito dal legislatore". Ancora, ricorda il Falzea che una "minore nettezza di contorni ha, di fronte alle due concezioni precedenti, un terzo gruppo di dottrine la cui caratteristica comune sta principalmente nel rifiuto tanto della spiegazione causale quanto della spiegazione psicologica del rapporto tra il fatto e l'effetto giuridico. Da un lato si avverte l'impossibilità di ridurre l'effetto giuridico ad effetto fisico; d'altro lato si insiste sulla impossibilità di attribuire all'effetto giuridico un'esistenza soltanto psichica e quindi soggettiva: si tratta di garantire tanto il carattere immateriale quanto l'oggettività dei vincoli e delle relazioni che l'ordine giuridico costituisce. A questo duplice obiettivo tende anzitutto la teoria logica, sostenuta da vari autori, dell'effetto giuridico e della cosiddetta causalità giuridica. La quale causalità è da intendere dunque come pura condizionalità logica: essa serve a definire su puro piano logico ciò che costituisce la ragione o il fondamento (*Grund*) di una determinata conseguenza (*Folge*). La teoria logica rimane oscillante tra un'analisi logico-formale (di cui tra l'altro non tutto è accettabile, come vedremo, per la metodologia del giurista) e una tesi, diciamo così, ontologica che nega l'esistenza reale, tanto fisica quanto psichica, dell'effetto giuridico e ne afferma la mera esistenza ideale. Ben più deciso, nel senso dell'esistenza ideale dell'effetto, è il deontologismo (formalistico) del Kelsen (...). Qui basti ricordare che il Kelsen nega l'esistenza reale dell'effetto muovendo dalla concezione della norma come dover-essere e contrapponendo il dover-essere (*Sollen*) all'essere (*Sein*) e alla realtà del mondo empirico" (434 s.).

obbligazione, proprietà ecc. non hanno senso se non all'interno di questo mondo, perciò discorrere di efficacia giuridica – o, se si preferisce, del nesso tra fatto ed effetto - significa, in definitiva, sovrapporre il problema dell'effetto giuridico¹³⁶ a quello della giuridicità stessa¹³⁷.

In tale ottica, si è da tempo evidenziato che non è possibile istituire un parallelismo assoluto tra causalità fisica e causalità giuridica¹³⁸, in quanto una legge fisica mette in relazione “l'essere di un fenomeno e l'essere di un altro fenomeno”, mentre una “legge giuridica mette (...) in rapporto l'essere di un fenomeno non più con l'essere ma col mero dover-essere (*Sollen, Sein-Sollen*) di

¹³⁶ Che è, appunto, “creazione del diritto”, come ricorda SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, 349 s. L'Autore rileva che la posizione della norma resta immutata “nella diversa realtà dei fenomeni con cui essa nell'una ipotesi e nell'altra viene a contatto. Che è nel caso degli effetti, ove si tratta di relazioni o qualità, una realtà di ordine spirituale: rispetto a cui nessuna difficoltà si oppone a concepire una creazione di entità giuridiche nuove da parte dell'ordinamento (...). Mentre nell'ipotesi della fattispecie si è in presenza di fatti, per lo più appartenenti alla realtà naturale e dotati già in quella sede di propria efficienza causale: circostanza che rende più difficile ravvisare anche qui – e quando si passa sul piano del diritto – una creazione della norma”.

¹³⁷ FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano 1965, 435.

FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941, 11 ss., rileva che i “vari elementi in cui si può scomporre quel vasto tessuto di norme che è un ordinamento giuridico, sono tutti schemi concettuali, ma esprimono in sostanza figure di interessi che si connettono fra di loro nel modo più vario, dando luogo a gerarchie ed a sistemi” (p. 11). Infatti, di “fronte ad ogni fatto sociale l'ordinamento giuridico deve prendere posizione. In quanto prende posizione, statuendo in conformità dei suoi apprezzamenti di valore l'effetto correlativo, esso non fa altro che dichiarare la esigenza che si produca, mediante l'attività dei consociati, un determinato evento o risultato pratico. Questo evento avrà sempre, comunque sia descritto, una certa determinazione atta ad individuarlo, e quindi una fisionomia definita: la quale potrà essere schematizzata concettualmente in un *nomen iuris*. Ma è ovvio che un evento qualsiasi, anche se attuabile senza difficoltà, non è mai tale da potersi realizzare in tutte le circostanze (...)” (p.15). Ne deriva che “in previsione delle circostanze impeditive, l'ordinamento giuridico, se non vuole rinunciare a prendere posizione di fronte al fatto, deve modificare gli effetti disposti per ottenere quel rendimento di valore che nelle circostanze date si presenta possibile” (p. 16).

¹³⁸ “Così, eliminato ogni preconcetto naturalistico, si viene ad attribuire la più ampia portata alla categoria del fatto giuridico, che viene ormai ad identificarsi, correttamente, con ogni evento giuridicamente efficace: si tratti di un fatto naturale o soltanto psichico ed addirittura dell'effetto giuridico di una diversa fattispecie”. In tal senso SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, 335.

un altro fenomeno. Da un contratto regolarmente concluso segue giuridicamente il dovere di pagamento; ma non segue di necessità il pagamento effettivo, che in concreto può bene mancare”¹³⁹. Alla conseguenza reale nel primo caso, si contrappone quella ideale nel secondo, che può anche non concretizzarsi. Prova ne sia che anche i successivi mezzi predisposti dall’ordinamento a tutela, nell’esempio fatto, del creditore che non ha ricevuto il pagamento, tendono a realizzare, anche coattivamente, il suo diritto leso ma non è detto che ciò accada necessariamente. Si configura, cioè, una struttura logica che rimanda continuamente dall’essere al dover-essere, in cui, dato un certo “fenomeno A (il contratto), l’ordine giuridico esige (esigenza: necessità ideale, non reale!) che nel tempo successivo avvenga il fenomeno B (il pagamento o in genere l’adempimento)”¹⁴⁰.

Da tali rilievi il passo è breve verso uno spostamento di prospettiva che collochi l’effetto giuridico (cioè il dover-essere) sul piano dei valori¹⁴¹, ferma la

¹³⁹ Così, riferendo l’Insegnamento di KELSEN, *Kausalität und Zurechnung*, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, XLVI, 1960, 332, FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano 1965, 437.

¹⁴⁰ FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano 1965, 437 s.: “la cosiddetta causalità giuridica, qualunque cosa sia, non è riducibile *sic et simpliciter* alla stretta causalità fisica; che l’effetto ideale stabilito dalle norme giuridiche non è l’effetto reale stabilito dalle leggi fisiche; che insomma la distinzione tra effetto fisico ed effetto giuridico è fondamentale e non va trascurata” (p. 438).

¹⁴¹ FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano 1965, 438-440: “L’espressione dover-essere (*Sollen, Ought*) ci porta immediatamente all’idea di valore. Ogni norma di condotta, giuridica o etica, definisce un valore dell’agire umano”. Aggiunge l’Autore che “la differenza tra effetto giuridico ed effetto fisico deve riportarsi alla differenza, allo stato ancora approssimativa, tra piano dei fatti e piano dei valori. In altri termini, se l’effetto fisico esprime una necessità di fatto, l’effetto giuridico esprime una necessità assiologia, la necessità di un valore: appunto un’esigenza, un dover-essere”. Sempre FALZEA, *La condizione e gli elementi dell’atto giuridico*, Milano 1941, 19 ss., rileva che l’effetto giuridico “è il momento essenziale e culminante di ogni processo normativo. La sua struttura deve essere in ultima analisi esaurientemente descritta perché sia possibile la sua realizzazione come fatto dell’esperienza concreta. Così, per esempio, l’obbligazione che è conseguenza giuridica del contratto, si realizza quale situazione di fatto nell’attività esecutiva della prestazione; ed è pertanto necessario che tutte le modalità essenziali di questa attività siano strutturalmente definite, perché l’adempimento dell’obbligo possa aver luogo. E’ intuitivo che un pagamento, in

consapevolezza, nelle due ipotesi appena considerate (causalità fisica da un lato e causalità giuridica dall'altro), del tratto comune rappresentato dal nesso tra un antecedente e un conseguente, tra un elemento condizionante e uno condizionato¹⁴².

Tanto premesso, la dottrina precisa che se è vero che il valore giuridico preclude ogni condizionamento fisico, ciò non equivale ad escludere forme di condizionamento che, pur non essendo strettamente fisiche, siano reali e non puramente ideali, rinviando, con ciò, ad un'idea di causalità come forma di influsso "comunque spiegato da una forza su altre forze, (...) spiegamento reale di energie anche non fisiche, quindi ogni processo reale di condizionamento su piano biologico, psichico, sociale"¹⁴³.

cui rimangano indeterminati il soggetto o l'oggetto è giuridicamente e materialmente impossibile. La conseguenza giuridica si concreta in un avvenimento, e questo si svolge in rapporto ad una serie di persone e di cose. L'avvenimento come fenomeno situato nella serie cronologica, si inizia nel punto stesso in cui trova inizio la realizzazione dell'effetto giuridico".

¹⁴² FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941, 5 ss.; FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano 1965, 440.

¹⁴³ FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano 1965, 443 ss. "Una casualità potrebbe avere senso fuori del piano fisico, senza tuttavia esaurirsi o risolversi in una mera condizionalità ideale. Ritorna ora in campo il problema della causalità giuridica per un lato che sembra assai sostanziale e importante. La struttura condizionale o ipotetica delle norme giuridiche esprime un condizionamento soltanto ideale o un condizionamento che a suo modo è reale, pur non essendo fisico? La difficoltà del problema non è tanto quella di trovare fuori del piano fisico un condizionamento reale, ma di mostrare come questo condizionamento possa essere un condizionamento di valori, di valori reali e non meramente ideali". L'Autore osserva in prosieguo che se "si accentua il dualismo tra valore e realtà, ogni valore, incluso il valore giuridico, diventa meramente ideale; mentre se la dualità è riconosciuta ma non si esaspera in dualismo, l'assunto del carattere reale dei valori giuridici è tutt'altro che insostenibile" (p. 447). Ancora, si osserva che "le soluzioni possibili della causalità giuridica o, che è lo stesso, le varie teorie dell'effetto giuridico sono in ultima analisi le varie possibili concezioni del diritto" (p. 449), distinguibili nella *concezione ideale sostanziale*, in quella *ideale formale*, in quella *reale soggettiva* e, infine, in quella *reale oggettiva* (pp.450 ss.). Secondo quest'ultima teoria, il "diritto è un valore reale oggettivo: è una realtà che l'uomo trova nella sua vita, e definisce nel suo linguaggio e nella sua cultura, come base di valori positivamente validi al di là di ogni volontà arbitraria e di ogni mera soggettività. Se si conviene di chiamare interesse questo valore oggettivo reale, secondo la felice intuizione di Jhering che opponeva interesse a volontà (...) è lecito dire che il fondo del diritto è l'interesse (...). Un ordinamento giuridico positivo non è che un sistema di interessi derivante da una vita comune e reso oggettivamente accertabile da una comune esperienza e cultura (...). Alla base di ogni norma (...) deve scorgersi un

Orbene, da tale concezione, secondo cui il diritto è un valore reale oggettivo - inteso come insieme di interessi, cioè di valori reali oggettivi che derivano da una comune esperienza di vita -, consegue che, secondo la dottrina in esame, il rapporto che la norma giuridica pone tra il fatto e l'effetto è un nesso di condizionamento assiologico reale, in cui "il fatto è la situazione condizionante (...), mentre l'effetto è l'interesse giuridico condizionato"¹⁴⁴.

Per tal via si introduce, da un lato, il principio di convenienza dell'effetto al fatto, che consente di determinare, tra i più effetti possibili secondo la lettera di un testo ambiguo, quello migliore, cioè quello "più conveniente alla soluzione pratica del problema"¹⁴⁵; dall'altro lato, si distingue l'efficacia dalla rilevanza

problema di vita e di interessi di vita, che non può essere né inteso né risolto dal giurista senza un riferimento alla realtà sociale e alle sue esigenze. In altri termini, il significato delle norme si estende alla sostanza degli interessi sociali di cui la comunità giuridica, Stato o altro che sia, persegue la tutela. E certo, se la forma adottata per oggettivare le norme nella comune esperienza e cultura, in particolare la forma simbolica del linguaggio legislativo, non è tanto perfetta da garantire la coerenza e la completezza del sistema giuridico, non si vede altro modo per ottenere una sufficiente completezza e coerenza se non quello di riferirsi alla sostanza degli interessi sociali in gioco (...). Un ordinamento positivo è un insieme di interessi che senza dubbio nasce dalla vita comune ma che si manifesta – e deve manifestarsi per essere positivamente valido - nella comune esperienza e cultura" (p. 454).

¹⁴⁴ FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano 1965, 455, il quale, come si è visto, aderisce alla concezione reale oggettiva del diritto. Cfr. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 1966, rist. Napoli 1997, 111, secondo cui dalla "norma giuridica dipende l'attitudine dei vari fatti, nella stessa considerati, a produrre effetti giuridici, ma in nessun caso è essa stessa causa immediata di tali effetti, poiché, per la sua struttura, essa non può che collegare determinati effetti a un'ipotesi di fatto".

Secondo il Falzea (*Efficacia cit.*), "mentre il fatto in quanto astratto tipo di situazione del mondo configura un ben determinato problema generale di vita e prospetta una definita costellazione di interessi individuali o collettivi in vario rapporto reciproco, l'effetto deve rappresentare una soluzione adeguata del problema e un armonico temperamento degli interessi in gioco. Con un tale modo di concepire la relazione tra fatto ed effetto si ottiene una idea-chiave ricca di sviluppi metodologici (...). Questa forma canonica fondamentale (...) si trova espressa nell'interrogativo spesso ricorrente tra i giuristi pratici: *quid iuris*, se...? Dove appunto la particella ipotetica «se...» introduce la fattispecie, il fatto giuridico in quanto fatto condizionante, e il *quid iuris* che si tratta di determinare è l'effetto giuridico cercato" (p. 456).

¹⁴⁵ FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano 1965, 456, il quale rileva che uno "sviluppo ulteriore e più complesso del principio di convenienza è quello che possiamo contraddistinguere come principio di adattabilità dell'effetto (...). In virtù di questo adattamento dell'effetto risulta una vera e propria integrazione della lettera dei testi nello

giuridica, in base alla considerazione che la prima guarda al valore complessivo rappresentato dall'unità del sistema, mentre la seconda si relaziona ai valori parziali contenuti nelle norme specifiche¹⁴⁶. Ogni norma, cioè, ha la sua rilevanza per la produzione di certi effetti "e tuttavia presa da sola non è capace di determinare univocamente l'efficacia. La sua quasi-condizionalità non è una condizionalità univocamente determinante e lascia aperte alternative, ad eliminare le quali occorre reintegrare la norma specifica nel sistema normativo, il valore giuridico parziale nell'insieme dei valori giuridici"¹⁴⁷. In tal senso, appare

spirito del sistema (...). In fattispecie di notevole complessità (...) è ben raro il caso di un concorso assolutamente regolare di tutti gli elementi richiesti (...). Si tratta in concreto di vedere che cosa importa per il valore complessivo del risultato la deviazione occorsa in un dato elemento, in qual senso questa deviazione alteri i termini del problema originario e richieda una nuova soluzione giuridica. Questo sarà un esame da compiere caso per caso, fattispecie per fattispecie (...). Il principio di adattabilità dice appunto che ogni norma di legge contiene oltre il suo rigido modello formale un criterio sostanziale più elastico di orientamento dell'efficacia e che nei limiti volta per volta più o meno ampi in cui è consentito lo scarto del criterio sostanziale dal modello formale l'effetto deve potersi adattare alle variazioni della fattispecie. Il regime delle anomalie dei negozi e in genere degli atti giuridici può ritenersi una immediata applicazione del principio di adattabilità, così come il regime dell'interpretazione e l'esigenza di conservazione a cui esso si ispira. Non sarebbe difficile vedere che in fondo ogni procedimento analogico si riduce allo stesso principio, solo che il punto di applicazione si sposti dalla singola norma a un complesso di norme e via via a parti sempre più ampie del sistema" (p. 457).

¹⁴⁶ FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941, 27, evidenzia "la logica autonomia della rilevanza giuridica, rispetto alle altre qualità derivanti dalla presenza, nella situazione di fatto, degli elementi diversi da quelli essenziali: soprattutto rispetto all'efficacia, perché, richiedendosi a volte, oltre agli elementi costitutivi, altri fatti esterni che determinano esclusivamente quando e se la situazione effettuale di un atto deve giungere ad esistenza, può avvenire che la rilevanza non sia accompagnata dalla contemporanea efficacia della fattispecie. Si dà luogo allora alla figura dell'atto giuridico *meramente rilevante*. La rilevanza giuridica quindi null'altro designa che l'idoneità di un atto a provocare mutamenti nella sfera delle effettualità giuridiche, e si esprime perciò come *efficacia potenziale*: distinguendosi così dalla efficacia attuale, pur se avviene di solito che i due momenti coincidano". Si vedano gli analoghi rilievi dell'Autore nella voce *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano 1965, 462 s.

¹⁴⁷ FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano 1965, 463. "Il processo di integrazione delle norme nel sistema per la determinazione dell'efficacia ha diversi esiti possibili. Limitiamoci a considerare i casi principali configurabili in astratto.

a) Coincidenza. In quanto la fattispecie parziale si suppone essere la parte centrale più rilevante dell'intera fattispecie, bisognerà aspettarsi di massima che dal sistema non sorgano impedimenti e che il resto della fattispecie agisca in senso conforme e favorevole al valore proposto dalla norma specifica. Come caso normale si avrà pertanto una coincidenza senza

piuttosto esemplificativo il rinvio all'(in)efficacia relativa, in cui un diritto soggettivo si ritiene perfetto ed efficace nei confronti di dati soggetti ma non di altri, oppure ai casi in cui si producono effetti parziali o minori, in attesa che sopravvengano gli effetti più tipici e importanti¹⁴⁸.

In questo modo, si perviene all'affermazione per cui ogni norma sottende un rapporto di condizionalità, più che di causalità, tra un antecedente di fatto (elemento condizionante) e un valore giuridico che è l'effetto (elemento condizionato), inteso come l'interesse della comunità giuridica a che si verifichi una determinata conseguenza¹⁴⁹. In altri termini, si intende l'effetto come il

residui o con residui giuridicamente trascurabili tra il quasi-effetto e l'effetto, tra il valore parziale rilevante stabilito *in sede materiae* della analisi dei testi e il valore totale emergente da una considerazione sintetica e sistematica.

b) Impedimento. Al polo opposto si trova un caso che è certamente anomalo ma effettivo e non infrequente. Può avvenire, cioè, che dal resto della fattispecie emergano circostanze impeditive atte a paralizzare del tutto l'efficacia della norma specifica. Il fenomeno delle circostanze impeditive è ben noto ai processualisti per i problemi dell'onere della prova".

¹⁴⁸ FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano 1965, 463, il quale, nel configurare i vari sistemi di integrazione possibili, oltre alle ipotesi di coincidenza e impedimento, individua il caso (...) dell'adattamento, che "si produce quando il valore normalmente rilevante né rimane del tutto integro né cade del tutto, ma, secondo il principio di adattabilità (...), si atteggia e si specifica nei modi opportuni per entrare in concorso col resto della fattispecie nella determinazione dell'effetto. In taluni casi l'adattamento dà luogo ad una riduzione dell'efficacia e quindi ad una limitazione del contenuto dell'effetto". In proposito l'Autore cita proprio il caso della efficacia relativa e rileva che casi come questo evidenziano "la differenza tra la fattispecie totale efficace e la fattispecie parziale rilevante, e quindi lo scarto tra le due nozioni dogmatiche di efficacia e di rilevanza".

¹⁴⁹ FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano 1965, 470 ss. "Il nostro punto di partenza (...) non è né il dovere né il potere, ma il valore o, diciamo anche, l'interesse, per usare un termine più diffuso tra i giuristi (...). L'interesse che in un determinato ambito (campo di evidenza) storico-sociale è assunto come misura o criterio di valutazione di tutti gli altri interessi, privati o pubblici, diventa l'interesse fondamentale, l'interesse della comunità giuridica, e costituisce il sistema giuridico. Lo schema originario della norma si fissa così nelle frasi seguenti: è interesse della comunità giuridica ...*interest rei publicae* ..., e simili. Si intende che in ogni norma determinata questo interesse fondamentale si svolge in una direzione determinata e sarà volta per volta l'interesse della comunità giuridica alla libertà delle persone, all'uguaglianza dei cittadini, al rispetto della vita umana e della proprietà, all'adempimento dei contratti, alle sanzioni civili o penali, e così via dicendo. Per ciascuna norma giuridica esiste un corrispondente valore giuridico in cui l'interesse della comunità viene a specificarsi". Rileva ancora l'Autore che "quando un antecedente di fatto condiziona un valore giuridico, noi diciamo che il fatto è, appunto, l'antecedente o la causa del valore giuridico: o, più

valore giuridico che l'ordinamento attribuisce al fatto, all'interno dello schema della norma: ad esempio, in caso di negozio obbligatorio, "l'effetto sarà il valore giuridico dell'adempimento, cioè l'interesse della comunità giuridica a che la prestazione dedotta nel negozio sia adempiuta"¹⁵⁰.

brevemente, parliamo di fatto giuridico. Parallelamente, parliamo del valore giuridico come di un effetto o di una conseguenza del fatto. Otteniamo così una definizione dogmatica preliminare della nozione di effetto. Effetto giuridico è ogni valore giuridico condizionato, ogni valore giuridico assunto dal diritto positivo sotto la condizione che si sia prodotta una precedente situazione di fatto" (p. 472).

Lo stesso Autore, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941, 40, evidenzia che "la rilevanza giuridica (...) può essere riconosciuta ad un atto il cui ciclo formativo non sia integralmente compiuto, per la attuale mancanza di ulteriori elementi secondari: nel qual caso, al momento della rilevanza non si accompagna quello della efficacia, essendo quest'ultima subordinata alla realizzazione dell'intera fattispecie". Un atto può quindi essere rilevante ma non efficace, tuttavia ciò non implica "l'assoluta autonomia dell'uno dei momenti nei confronti dell'altro, perché mentre la efficacia presuppone necessariamente la rilevanza, quest'ultima per sua stessa natura deve condurre alla efficacia".

Contra SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, 339 ss. il quale non pare condividere l'approccio che collega la rilevanza giuridica della fattispecie alla produzione degli effetti. Egli rileva, infatti, che "ciascun fenomeno va definito secondo la sua essenza: e la relazione (...) in cui si pone con altra figura, lungi dall'esaurire la sua nozione, può al più fornire qualche utile spunto per la sua conoscenza. Ne consegue allora (...) che, ravvisando con l'opinione dominante nella fattispecie la mera causa degli effetti giuridici, ci si limita, ponendosi del tutto fuori strada per la conoscenza del fenomeno, a segnalare la sua posizione nell'ambito della realtà giuridica rispetto ai c.d. effetti (il verificarsi o estinguersi di una situazione giuridica) (...). Ciò che tra l'altro spiega agevolmente come la dottrina non riesca, ponendosi per quella via, a fissare in modo definitivo la natura del fatto giuridico e dunque già a giustificare come un fatto estraneo al mondo del diritto possa ad un certo punto produrre conseguenze giuridiche" (p. 340). Ne consegue il risultato di spostare "il criterio di identificazione della fattispecie dal momento dell'efficacia a quello della rilevanza giuridica. Ravvisandosi così nella fattispecie stessa, non già la causa degli effetti giuridici, ma il fatto cui l'ordinamento attribuisce rilevanza nel senso di porre questa o quella conseguenza di diritto. E correlativamente nella rilevanza il valore giuridico del fatto: non beninteso solo nel suo connotato generico, che assicura la distinzione dal fatto naturale, ma altresì nei suoi tratti specifici che consentono la più approssimata identificazione di ciascun fenomeno rispetto ad ogni altro (...)"(p. 351).

Anche MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova 1995, 26, pare soffermarsi sulla "opportunità di riflettere sui concetti di rilevanza ed efficacia giuridica e, soprattutto, di rimeditare e ridiscutere della necessità o meno di una loro stretta connessione in relazione al giudizio di giuridicità (...)".

¹⁵⁰ FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano 1965, 472 ss., il quale rileva ulteriormente che "l'effetto della norma non è né il semplice valore né il semplice fatto, ma il valore attribuito al fatto (...). Nei più diversi effetti l'attributo di valore è generico ed

3) Nella medesima prospettiva della produzione degli effetti giuridici¹⁵¹ si colloca il concetto di fattispecie¹⁵², prevalentemente utilizzato come sinonimo di

è sempre lo stesso: esso rappresenta in ogni caso l'interesse fondamentale della comunità giuridica, il punto di confluenza unitario di tutti i valori del sistema. Invece i fatti a cui il valore è attribuito sono fatti specifici, fatti diversi secondo i diversi effetti (adempimento spontaneo, esecuzione civile, esecuzione penale, e via dicendo). In una rappresentazione logico-formale dell'effetto giuridico, il valore generico deve figurare logicamente come una costante, i fatti specifici non potranno essere espressi logicamente se non come variabili (...)" (p. 473).

¹⁵¹ CATAUDELLA, *Fattispecie*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVI, Milano 1967, 927 ss., il quale, come FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano 1965, 437 s., critica la concezione che tende a ravvisare affinità tra causalità fisica e causalità giuridica. Il Cataudella evidenzia che "il riferimento analogico alla causalità naturale propone una spiegazione mediata – e pertanto già a prima vista inidonea - del nesso tra fattispecie ed effetti" tanto più considerando che il "concetto di causalità naturale (...) è entrato in crisi, specie a seguito degli sviluppi delle scienze fisiche, i quali hanno indotto a dubitare che la necessarietà costituisca nota essenziale delle leggi naturali: a queste infatti si tende ora piuttosto ad attribuire un carattere probabilistico. Su tale ultimo punto, e per completezza, si rinvia a Cass., SS. UU., n. 576/2008, ove si rileva, come è noto, che la causalità rimane regolata dagli artt. 40 e 41 c.p., con la differenza che, tra processo penale e civile, cambia la regola probatoria, "in quanto nel primo vige la regola della prova 'oltre il ragionevole dubbio' (...), mentre nel secondo vige la regola della preponderanza dell'evidenza o 'del più probabile che non', stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti, come rilevato da attenta dottrina che ha esaminato l'identità di tali *standard* delle prove in tutti gli ordinamenti occidentali, con la predetta differenza tra processo civile e penale (...). Detto *standard* di 'certezza probabilistica' in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (cd. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere inconfidente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (cd. probabilità logica o baconiana). Nello schema generale della probabilità come relazione logica va determinata l'attendibilità dell'ipotesi sulla base dei relativi elementi di conferma".

¹⁵² RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939, 3 ss., definisce la fattispecie come "il complesso degli elementi necessari per la produzione di un effetto o di un insieme di effetti", ricordando la comune distinzione tra fattispecie astratta (o legislativa), concreta e reale. La prima "è quella prevista in via ipotetica dalla norma, ed è una delle due parti costitutive della norma"; la seconda corrisponde a quella astratta ma è "pensata nel suo storico divenire" e "si distingue dalla fattispecie legislativa perché non è concepita come parte costitutiva della norma". Tuttavia essa "torna ad accostarsi alla fattispecie legislativa, perché anch'essa è semplicemente pensata, ed anch'essa è, in un certo senso, un'astrazione: non un'astrazione creata dalla legge, come la fattispecie legislativa, ma un'astrazione che l'interprete ricava da tutte le possibili fattispecie reali". La terza, infine, cioè la "fattispecie reale (...), o meglio le fattispecie reali, sono quelle della vita, individuate nel tempo e nello spazio (...). Come nessun fatto è uguale ad un altro, così nessuna fattispecie reale è uguale ad un'altra e ad una fattispecie astratta. Ma, attraverso un processo di semplificazione (...), che porta a non

fatto giuridico¹⁵³. Quest'ultimo, come già accennato, viene definito come l'antecedente da cui scaturisce l'effetto giuridico attraverso il collegamento che, tra tali termini, viene stabilito dalla norma giuridica¹⁵⁴.

tener conto degli elementi minori ed a servirsi solo degli elementi salienti, ciascuna fattispecie reale viene sussunta nello schema astratto di una determinata fattispecie legislativa. Sulla medesima base, si distinguono un effetto giuridico astratto, che è quello ipoteticamente previsto dalla norma, e che ne costituisce l'altra parte componente; un effetto giuridico concreto, pensato in funzione della fattispecie concreta, e che rappresenta il divenire attuale dell'effetto astratto, producendosi allorché sia presente una fattispecie concreta sussumibile nella fattispecie astratta; ed un effetto reale, individuato nel tempo e nello spazio (...). Dicendo che l'effetto reale è individuato nel tempo e nello spazio, non si pregiudica la natura dell'effetto giuridico: l'effetto giuridico è una entità che l'ordinamento giuridico crea, non rinviene nella realtà ad esso preesistente; quindi è una entità percepibile non sensibilmente, ma solo psichicamente (...). Col dire che l'effetto giuridico reale è individuato nello spazio, si intende solo significare che esso sorge in dipendenza di una determinata fattispecie reale, quale a sua volta è individuata nello spazio" (p.5).

¹⁵³ FALZEA, *Fatto giuridico*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVI, Milano 1967, 941 s. Lo stesso Autore (*La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941, 5) definisce il fatto giuridico come quel "fenomeno che nel mondo giuridico rivela una *energia efficiente (quindi ogni atteggiamento della realtà che determina conseguenze) nel mondo del diritto*".

Nella voce *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano 1965, 472, il Falzea rileva che: "a) la nozione estremamente ampia e generale di fatto comprende tutto ciò che comunque esiste e si trova nel tempo: in un tempo qualunque, passato o presente o futuro - fatto è ogni fenomeno temporale; b) poiché nel mondo reale i fenomeni del tempo non sono dissociabili dai corrispondenti fenomeni dello spazio, se conveniamo di chiamare oggetto ogni fenomeno dello spazio, è chiaro che i fatti sono sempre connessi ad oggetti; c) non necessariamente ma eventualmente, i fatti sono atti e gli oggetti sono (corpi fisici di) soggetti. E come i fatti sono legati agli oggetti, così, parallelamente, gli atti sono sempre da ricondurre ai soggetti, quanto meno ai soggetti che li hanno eseguiti o dovranno eseguirli".

DI PRISCO, *Procedimento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano 1986, 841, osserva che i rilievi che si svolgono "in tema di fattispecie vengono riferiti anche al concetto di fatto giuridico, ravvisabile pur esso sotto il profilo astratto e sotto il profilo concreto. Fatto giuridico sarebbe appunto ogni evento o, meglio, ogni avvenimento che dà luogo ad effetti giuridici. Gli autori che accolgono questa nozione di fatto sono anche favorevoli al concetto di fattispecie ma spesso non riescono ad evitare una identificazione implicita od esplicita tra le due nozioni (...). L'uso indifferenziato delle nozioni di fatto e fattispecie porta alla distinzione tra fattispecie semplice, costituita cioè da un solo fatto giuridico, e fattispecie complessa, formata dall'insieme di più fatti giuridici".

¹⁵⁴ FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano 1965, 472 ss.

RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939, 33, osserva, infatti, che "solo dalla norma promana la giuridicità, che non si aggiunge ad un effetto materiale, quasi a dare una particolare colorazione ad elementi di fatto preesistenti, ma crea dal nulla la nuova entità effetto giuridico. Ciò significa che la fattispecie concreta è la causa che mette in moto l'ordinamento giuridico; ma solo la norma, così eccitata, è causa dell'effetto concreto. Il nesso causale tra la fattispecie concreta e l'effetto concreto è interrotto dalla norma; onde per la

Si guarda, invero, non tanto al fatto in sé considerato quanto “alla situazione giuridica preesistente che si sviluppa in una nuova: l’effetto non è qualcosa di separato dalla fattispecie che lo produce ma solo lo svolgimento per il sopravvenire di un fatto”, di una situazione prevista da un’altra norma¹⁵⁵. Infatti, dalla premessa per cui gli effetti giuridici corrispondono ad un giudizio di valore da parte dell’ordinamento¹⁵⁶, si attribuisce alle norme giuridiche il ruolo di strumento attraverso il quale il sistema determina il proprio atteggiamento rispetto alle concrete situazioni di fatto e, quindi, alla realtà sociale¹⁵⁷.

In altri termini, la “necessità di fornire ai soggetti dell’ordinamento precisi indici sull’atteggiamento ch’esso assumerà in relazione alle future situazioni di fatto, importa la formulazione di valutazioni non attuali bensì potenziali; la necessità di considerare tutti i casi ipotizzabili e l’esigenza di un atteggiamento

produzione dell’effetto la fattispecie realizza solo una condizione: cioè fa sì che sia messa in moto la norma”.

¹⁵⁵ DI PRISCO, *Procedimento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano 1986, 837.

¹⁵⁶ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, XV, tomo 2, Torino 1952, 3 (cit. in CATAUDELLA, *Fattispecie*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVI, Milano 1967, 933 nt. 64).

¹⁵⁷ RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939, 40, osserva infatti, in relazione al negozio e alla sua rilevanza giuridica, che tale “rilevanza configura solo una fase successiva ad una fase di valutazione (da parte dell’ordinamento), che abbia sortito esito positivo. Questa prima fase si attua, di fronte a taluni negozi (tipici), per categorie astratte (...); di fronte ad altri negozi (atipici), si attua per fattispecie concrete (...). Considerando questa prima fase – fase di valutazione -, si rende chiaro che l’ordinamento è libero di concedere o no rilevanza così alla manifestazione di un intento come ad un fatto in senso stretto”.

Con specifico riferimento alla valutazione da parte dell’ordinamento degli atti di autonomia privata, SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 1950, rist. Napoli 1956, 150, osserva che “l’autonomia negoziale (...) opera nel mondo del diritto così come nell’ambito della realtà sociale; per conseguenza se le parti danno, in virtù di tale autonomia, un assetto socialmente impegnativo ai propri interessi, non deve sorprendere poi che realizzino, a seguito del suo riconoscimento giuridico, un regolamento parimenti vincolante dei propri interessi, ma rispetto al diritto, produttivo cioè di conseguenze giuridiche. Il diritto non conferisce insomma ai privati alcun potere nuovo, ma solo riconosce ad essi quella attitudine a regolare i propri rapporti che loro già compete alla stregua della coscienza sociale e viene ora ad acquistare rilievo giuridico”. In tal guisa il negozio si caratterizza per “una specifica rilevanza dinamica, che vale a differenziarla dalle altre fattispecie giuridiche” (151). Sul punto, cfr. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 1966, rist. Napoli 1997, 111, il quale precisa che nel negozio “la volontà privata è operativa per l’autonomia concessale dalla norma, e (...) si verificano effetti stabiliti direttamente da quest’ultima”.

uniforme riguardo ad ipotesi simili importano la formulazione della valutazione in termini astratti. Resta, però, che l'ordinamento, attraverso il mezzo tecnico rappresentato dalla norma, ha inteso prendere posizione non nei confronti di una fattispecie astratta bensì rispetto alla serie indeterminata dei fatti che hanno in comune le caratteristiche precisate nello schema tipico, sicché può ben dirsi che nella valutazione astrattamente espressa nella norma è potenzialmente implicata la valutazione di tutte le concrete fattispecie, che rientrino nello schema tipico"¹⁵⁸.

Attraverso tali argomentazioni parte della dottrina prospetta conclusioni con sfumature diverse rispetto a quelle che individuano nel fatto l'antecedente condizionante dell'effetto giuridico, nel rilievo che distingue la natura astratta della norma da quella concreta degli effetti. Infatti, solo rispetto agli effetti concreti si pone il problema della ragione del loro prodursi e del ruolo che in tale dinamica giuridica svolge la norma, non potendosi intendere per tali le conseguenze giuridiche astrattamente previste in relazione al fatto ipotetico"¹⁵⁹.

¹⁵⁸ CATAUDELLA, *Fattispecie*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVI, Milano 1967, 933 e 935.

DI PRISCO, *Procedimento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano 1986, 840, nt. 9: "In realtà si può affermare che tutti gli elementi sono ugualmente indispensabili per il verificarsi degli effetti (per tutti cfr. ALLARA, *le vicende del rapporto giuridico e le loro cause*, Torino 1939, 112 s.) e che, quando si accolga una nozione ampia di fattispecie, sia necessario passare dal riferimento all'unico effetto alla menzione alternativa dell'insieme degli effetti (...)"

¹⁵⁹ In quanto parte della proposizione normativa. Così CATAUDELLA, *Fattispecie*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVI, Milano 1967, 931 s., il quale, nel prospettare l'ulteriore sviluppo della tesi in esame, osserva che se si parte dal presupposto che la norma è astratta e l'effetto concreto, è evidente che si pone l'esigenza "di attribuire al fatto la funzione, mediatrice, di concretare la norma, sì da rendere strutturalmente omogenei i due termini del nesso genetico (...). Allorquando, infatti, facendo leva sulla distinzione tra rilevanza ed efficacia, si sostiene che: «la giuridicità della fattispecie non dipende come, capovolgendo le cose, si suole ragionare, dalla sua efficacia ma è frutto della rilevanza che la norma in tal senso le attribuisce» [cit. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, 348], e, nel dichiarato intento di valorizzare al massimo la funzione della norma nella produzione degli effetti, si afferma l'idoneità della prima: «a creare... sia la fattispecie che gli effetti» [cit. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, 348], si riesce a superare l'obiezione che, contro la configurazione di un nesso causale tra fattispecie ed effetti,

Ne consegue che, secondo l'opinione in questione, la fattispecie, "se si considera nel quadro del procedimento di produzione degli effetti, non è causa né concausa né condizione di essi: e non è neppure condizione per il concretizzarsi della norma; costituisce piuttosto uno dei termini (...) dell'atto di valutazione: vale a dire l'oggetto della valutazione" che l'ordinamento di volta in volta effettua¹⁶⁰.

Tale "valutazione" non implica necessariamente un giudizio di riprovazione o approvazione ma solo la considerazione delle circostanze ad opera dell'ordinamento, al fine di decidere quale atteggiamento assumere in relazione ad esse¹⁶¹. Ne consegue che se è vero che l'attività umana (e non solo) è sempre necessaria per la produzione di effetti, non è vero il contrario. Difatti è possibile che l'ordinamento, proprio per la valutazione operata, rifiuti di ricollegare determinati effetti a un fatto¹⁶². Si fa il caso della nullità del negozio, ipotesi che è

si suole trarre dall'eterogeneità dei due termini: dato che il fatto non viene riguardato come mero fenomeno materiale ma come fenomeno giuridico. Non si segnano però sostanziali progressi nella direzione (...) indicata. Se, in vero, quando si parla di una relazione di consequenzialità posta dalla norma tra un evento ed un suo effetto, non s'intende fare riferimento al nesso tra fattispecie astratta ed effetti astratti, risultante dalla proposizione normativa, dato che questo nesso non vale a designare un fenomeno dinamico, bensì al nesso tra fattispecie concreta ed effetti concreti, rimane ferma l'inidoneità della norma, per la sua formulazione astratta, a fondare il nesso in questione, e si ripropone l'esigenza di un suo concretamento attraverso la mediazione del fatto".

¹⁶⁰ CATAUDELLA, *Fattispecie*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVI, Milano 1967, 933 ss., ove si precisa che gli "effetti, se hanno la loro fonte esclusiva nell'ordinamento giuridico, che ne dispone il determinarsi, trovano la loro ragione (...) nella valutazione concreta del fatto da parte dell'ordinamento, giacché da tale valutazione dipende l'atteggiamento che l'ordinamento assume nei riguardi del fatto" (p. 934).

¹⁶¹ Con la conseguenza che la valutazione da parte dell'ordinamento potrà anche essere negativa, concretandosi "in una reazione giuridica, cioè nell'apprestamento dei mezzi giuridici, idonei, nei limiti del possibile, a restaurare la antecedente situazione giuridica. Ne offre esempio la stessa manifestazione di un intento, che può essere nulla, e quindi ignorata dall'ordinamento, come volontà diretta ad uno scopo, ma costituisce pur sempre un fatto sensibilmente percepibile e storicamente determinato, che come tale può ingenerare effetti giuridici (c.d. effetti indiretti dei negozi nulli) (...), ai quali (...) appartengono anche effetti di reazione, intesi a ripristinare la originaria situazione, e non dissimili dagli effetti che possono accompagnare qualsiasi altro fatto in senso stretto". Così RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939, 41.

¹⁶² CATAUDELLA, *Fattispecie*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVI, Milano 1967, 935 ss.

valutata dall'ordinamento nel senso del rifiuto di collegare all'atto il trattamento previsto per gli atti validi. Secondo la dottrina in esame proprio tale "valutazione" consentirebbe di distinguere il negozio nullo da quello inesistente¹⁶³, in quanto il

Ovviamente, può ben darsi che l'ordinamento ricollegli a un fatto anche un effetto "non corrispondente o addirittura contraddicente ad un più specifico atteggiamento dell'intento empirico delle parti. Esistono peraltro (...) effetti, in cui quella corrispondenza si attua, e che appaiono, per così dire, come la traduzione in forma giuridica di un generico o specifico intento delle parti. Ma è soprattutto di fronte a questi effetti che occorre osservare come l'ordinamento non avalla, per così dire, un effetto giuridico predisposto dalle parti, ma trasforma in veste giuridica un intento empirico (...): onde il nesso di causalità fra questo intento e l'effetto giuridico è interrotto dalla norma, che dell'effetto giuridico si pone come la causa immediata, mentre l'intento delle parti è causa solo (...) della messa in moto della norma". Così RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939, 41.

¹⁶³ La categoria dell'inesistenza, delineata dai canonisti medievali in materia matrimoniale ed elaborata, sempre in tema di matrimonio, dalla dottrina francese, muove dalla configurazione del negozio come fattispecie che si adegui ad un modello legale. Sotto quest'aspetto, la dottrina ha osservato che solo un negozio esistente può essere valido o invalido (SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 1966, rist. Napoli 1997, 242; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli 1948, 319 ss.; TONDO, *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VIII, Torino 1962, 997) avendo però cura di riferire "l'inesistenza giuridica a qualcosa che di fatto pur esiste" (CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli 1948, 320) ma in cui vi sia una incompletezza di elementi negoziali tali da impedire l'identificazione del fatto con un determinato negozio (SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 1966, rist. Napoli 1997, 243, secondo il quale il testamento orale sarebbe da considerarsi inesistente perché in tale fattispecie la mancanza della forma solenne impedirebbe di riscontrare i requisiti minimi per definirla testamento). In senso diverso, ma con implicazioni analoghe, la tesi dell'inesistenza è stata incentrata sulla diversità tra realtà sociale e giuridica, sottolineando che "mentre i concetti di nullità e annullabilità attengono alla disciplina legale, l'identificazione, l'esistenza dell'atto attiene a una tipologia sociale" (così, riferendo l'idea di SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli 1950, 79, ASCARELLI, *Sul concetto di titolo di credito*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, Milano 1954, 373 nt. 6). Anche secondo CATAUDELLA, *Fattispecie*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVI, Milano 1967, 936, il negozio è "inesistente, ben s'intende, non nella realtà sociale (ché allora, non sorgerebbero problemi di sorta) bensì agli occhi dell'ordinamento, in quanto privo delle note che lo rendano idoneo a costituire oggetto di valutazione da parte del medesimo". In senso critico alla figura della inesistenza, CARNELUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Riv. dir. proc.* 1955, 208 ss. L'Autore rivolge un'aspra critica all'Ascarelli, osservando che se è vero che il lavoro dello Scognamiglio "ha avuto il merito, dal punto di vista del metodo, di aver studiato il negozio prima di tutto sul terreno della realtà sociale", da ciò non può trarsi "l'esatto e prezioso rilievo" –così scrive l'Ascarelli– della "distinzione tra concetto (riferito alla realtà sociale) e disciplina del negozio giuridico", affermazione, questa, sulla quale Carnelutti ritiene "che neanche il bravo Scognamiglio sia disposto a consentire". Il Carnelutti ritiene che "al diritto la «tipologia sociale» non interessa fino a che il tipo sociale non è assunto in una norma giuridica, del quale va a costituire la *fattispecie*, ossia fino a che la «tipologia sociale» non diventa «tipologia giuridica»" (p. 209).

primo potrebbe produrre quei limitati effetti - come, ad esempio, la conversione - che sono certamente preclusi al secondo¹⁶⁴.

Secondo l'Autore non può condividersi nemmeno l'affermazione per la quale la legge non prevede l'inesistenza perché non la può prevedere, proprio perché, invece, questa categoria "non è e non può essere diversa dalla nullità" (p. 210) per concludere, dopo aver ammesso di aver seguito in un primo tempo la differenza tra inesistenza e nullità, che "tutt'al più si tratta di una divergenza tra fatto e fattispecie, macroscopica o microscopica" (p. 211). Per la negazione dell'autonoma configurazione dell'inesistenza v. anche FERRARI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958, 514 ss. Più in generale, cfr. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino 1943; FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli 1983; MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova 1995.

¹⁶⁴ RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939, 85, il quale rileva che "un negozio nullo, a differenza di un negozio inesistente, può produrre effetti giuridici (c.d. effetti indiretti dei negozi nulli) ma non come negozio giuridico, sibbene come fatto in senso stretto". Secondo il Rubino (p. 84) "alla distinzione fra elementi rilevanti anche per la specificazione ed elementi rilevanti solo per la produzione dell'effetto può riportarsi la distinzione fra inesistenza e nullità del negozio. Inesistente è la fattispecie negoziale, in cui manca una manifestazione di volontà come fenomeno sensibilmente percepibile (...): cioè la fattispecie in cui manca (...) l'unico elemento rilevante anche per la specificazione dell'effetto. Nulla è la fattispecie negoziale, che, pur presentando una manifestazione di volontà come fenomeno sensibilmente percepibile, non esiste *come tale* – cioè come negozio giuridico, come intento diretto ad uno scopo- di fronte all'ordinamento giuridico, cioè non produce effetti di sorta (come negozio giuridico), a causa della mancanza di altri elementi (della fattispecie stessa)".

BIANCA C.M., *Diritto Civile. 3. Il Contratto*, Milano 1984, 577, precisa che: "il senso della distinzione è che un'operazione socialmente non valutabile come contratto non giustifica alcun serio affidamento delle parti né alcun apprezzabile affidamento dei terzi. Non vi è luogo, allora, per la rilevanza di quegli interessi in ragione dei quali taluni effetti giuridici sono eccezionalmente collegati al contratto nullo". In tale ottica, può segnalarsi il contributo di FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli 1983, per i riflessi che sull'affidamento (su cui v. *supra* Capitolo I) può avere il giudizio teso alla declaratoria di nullità. Quest'ultimo, infatti, risponderebbe all'esigenza "di rimuovere il pregiudizio prodotto dal «negozio nullo»", pregiudizio che "non nasce dalla circostanza che l'atto esiste come negozio" ma dal fatto "che esso crea affidamenti circa la propria idoneità a produrre effetti" (p. 153).

MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova 1995, 39 ss., pare distinguere l'inesistenza dalla nullità sulla base di un ragionamento che separi il concetto di rilevanza giuridica da quelli di validità ed efficacia dell'atto. In tale prospettiva, si può ritenere che il negozio nullo costituisca "di per sé fattispecie", cui "attribuire piena rilevanza giuridica indipendentemente non solo da qualsivoglia legame con gli effetti che a tale fattispecie potrebbero essere dall'ordinamento connessi ma, anche, dalla considerazione del negozio unitamente ad altri elementi – conferma, esecuzione, etc. – contenuti in specifici schemi normativi: si afferma, in sostanza, la rilevanza dell'atto di autonomia nullo in sé e per sé considerato, sia pure in una prospettiva normativa diversa da quella che costituisce la fattispecie negozio valido" (p. 39). Ne deriva che "l'esclusione della rilevanza del negozio nullo

In tale ottica, sembra scolorare anche la distinzione tra fattispecie semplice e complessa, in favore della prospettata valutazione che l'ordinamento ritiene di dover effettuare in relazione ai vari elementi che di volta in volta vengono in considerazione¹⁶⁵. Si è rilevato, così, che “in sede di applicazione pratica della

alla stregua del parametro della fattispecie valida non comporta (...) la sua estraneità al sistema. Infatti, il negozio viziato da nullità così come non va parificato all'inesistente giuridico a seguito di un complessivo giudizio di disvalore conseguente alla sua inidoneità a produrre gli effetti tipici previsti per il negozio valido, parimenti non va ritenuto rilevante giuridicamente solo se ed in quanto sia possibile oggetto di recupero come atto di autonomia privata per il sopraggiungere di elementi – di natura negoziale e non – cui si attribuisca efficacia sanante. In quest'ottica si è, invece, prevalentemente studiato il negozio nullo escludendolo o viceversa inserendolo nel sistema sulla base della sua idoneità ad essere atto di autoregolamento degli interessi delle parti. Non a caso le pluralità di figure indicate come ipotesi di presunta efficacia del negozio o del contratto nullo sono state etichettate dalla maggioranza della dottrina e della giurisprudenza come casi eccezionali in cui il rigore del sistema dettato in tema di nullità viene frantumato in omaggio a principi generali quali la conservazione del negozio, o peggio ritenuti tali anche in assenza di un dato normativo (si pensi alla ritenuta irretroattività della pronuncia di nullità per i rapporti di durata) (...). Il recupero della negoziazione nulla ha infine suggerito in talune ipotesi, come ad es. quella disciplinata dall'art. 2126 c.c., anche la possibilità di postulare cicli formativi irregolari in cui il dato reale dell'esecuzione, sostituendosi all'elemento mancante o viziato della fattispecie consensuale nulla, sarebbe in grado di creare fattispecie negoziali a struttura reale parallele e perfettamente valide. Come si vede, dunque, gli sforzi ricostruttivi della valenza per l'ordinamento della negoziazione nulla sono perlopiù orientati al recupero della sua efficacia e della conseguente negozialità del rapporto in quelle fattispecie in cui esso compare quale coelemento: ciò avviene (...) al caro prezzo del ricorso ad artificiose costruzioni giuridiche che minano la sostanziale coerenza del sistema della nullità” (pp.40-41). “Manca, invece, un'indagine volta alla ricerca del ruolo, nell'ordine giuridico, del negozio viziato da nullità proprio in quanto fattispecie inidonea a produrre effetti di autoregolamento degli interessi delle parti ma pur sempre idonea a porsi a fondamento di effetti diversi, ruolo che, se individuato, permetterebbe di riconoscere all'atto viziato una propria identità giuridica ed una propria funzione peculiare che consentirebbe di collocarlo nel sistema con una valenza non più solo negativa” (p. 41). Per tal via, l'Autore non solo sembra avvalorare la distinzione tra negozio inesistente e nullo – in quanto vi sono “disposizioni che, inserendo la negoziazione nulla quale elemento strutturale di diverse fattispecie normative, dimostrano che essa non è per il diritto «fatto inesistente» ” (p. 60) – ma riconosce al negozio nullo il “ruolo positivo di autonoma fattispecie caratterizzata da connotati propri nonché da una peculiare funzione distinta da quella esplicita dalla negoziazione valida” (p. 60).

¹⁶⁵ CATAUDELLA, *Fattispecie*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVI, Milano 1967, 935 e 940 s.

DI PRISCO, *Procedimento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano 1986, 839, nt. 7, osserva che da “un punto di vista concreto il concetto di fatto «semplice» non ha fondamento logico, né dal punto di vista della previsione normativa è possibile ravvisare una fattispecie che si esaurisca in una circostanza singola. Per il MAIORCA (*Fatto giuridico-fattispecie*, in *Nss. D.I.*, VII, Torino 1961, 125) la struttura delle fattispecie normative non può mai includere in sé un solo «dato» nel quale si identifichi la sua efficacia causale. Sotto tale profilo si abbandona la

nozione di fattispecie la dottrina compie rapidi progressi, eliminando ogni pregiudizio naturalistico ed identificando correttamente il fatto con ogni evento giuridicamente efficace, si tratti di un fatto naturale o soltanto psichico ed addirittura dell'effetto giuridico di una diversa fattispecie. In tal senso è breve il passo verso l'idea della relatività della nozione di fattispecie, la quale si commisura agli effetti giuridici che di caso in caso vengono in considerazione"¹⁶⁶.

4) Il riferito schema della "valutazione" da parte dell'ordinamento concorre a delineare anche le figure di situazione giuridica e di rilevanza giuridica.

Con la prima si designa "ogni situazione attribuita a determinati soggetti mediante un effetto giuridico", che a sua volta si riconduce al giudizio operato dall'ordinamento "in funzione del sistema totale degli interessi tutelati"¹⁶⁷. Da

distinzione tra fattispecie semplice e fattispecie complessa e si considera quest'ultima costituita da pluralità di elementi eterogenei. La nozione di fattispecie semplice è quindi una nozione teorica, in pratica difficilmente realizzabile (...).

¹⁶⁶ Così, DI PRISCO, *Procedimento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano 1986, 838.

Cfr. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova 1995, 114 s., il quale, in relazione al contratto nullo, osserva che esso viene preso in considerazione dall'ordinamento "come parte essenziale di fattispecie complesse", risultandone un quadro per cui può ritenersi sussistente un "concetto normativo del contratto nullo che si atteggi come fattispecie autonoma rispetto a quella del contratto valido idonea, sussistendo la proclamata autonomia e diversità, a divenire, sul piano della dinamica effettuale, fonte di conseguenze diverse da quelle che la legge prevede per gli atti validamente formati" (p. 115).

¹⁶⁷ FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano 1965, 477 ss., il quale rileva che tra "fatto giuridico ed effetto giuridico, quindi tra situazione di fatto e situazione di diritto, esiste poi questa essenziale differenza, che, mentre il fatto giuridico può guardare a qualsiasi aspetto praticamente importante del mondo, l'effetto giuridico deve guardare anzitutto alle forze giuridicamente disponibili, a quelle forze che sole possono realizzare e portare ad «effetto» gli interessi della comunità giuridica. Le quali forze sono unicamente le energie e le attività dei soggetti membri della comunità. Perciò le situazioni giuridiche strettamente intese si riferiscono non solo a determinati soggetti ma anche, più precisamente, a determinate attività dei soggetti. Tra le due idee, di situazione giuridica e di effetto giuridico, esiste dunque uno stretto nesso: basta che l'effetto giuridico si concentri in certi soggetti che compiono atti o ricevono atti di altri soggetti, perché si abbia un situazione giuridica(...). In ogni effetto giuridico una situazione del mondo viene considerata e valutata in funzione di quell'interesse fondamentale che è l'interesse della comunità giuridica. Presupposto della valutazione è che in un certo tempo sia giunta a compimento una fattispecie giuridicamente definita" (p. 478).

questa premessa possono scaturire due esiti diversi, a seconda che l'ordinamento esprima un giudizio di necessità ovvero di possibilità. Nel primo caso ricorrerà la figura del dovere (anche di contenuto negativo), quando, cioè "l'ordine giuridico è già in grado di stabilire, nel tempo dato in cui la fattispecie si compie, che nel tempo successivo l'interesse della comunità giuridica sarà soddisfatto solo se la situazione avrà luogo"¹⁶⁸.

Nel secondo caso, si avrà la figura del potere, inteso come la possibilità, consentita dall'ordinamento per la valutazione operata in base all'interesse perseguito dalla comunità giuridica, di compiere l'atto che non si ha il dovere di omettere¹⁶⁹.

¹⁶⁸ FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano 1965, 478 ss., ove si precisa che "in ogni norma giuridica l'effetto giuridico contiene *in nuce* una valutazione di necessità. In funzione di un effetto determinato non tutte le situazioni, è ovvio, saranno giudicate necessarie. Ma ve n'è almeno una la cui necessità è posta con la posizione dell'effetto stesso, e questa è precisamente la situazione il cui verificarsi soddisfa e il cui mancato verificarsi lascia insoddisfatto quel particolare interesse della comunità giuridica che l'effetto definisce. Il modo più semplice di chiarire il punto è, al solito, il ricorso a un esempio (...). Se in un dato tempo si stipula un contratto di mutuo, è interesse della comunità giuridica che nel tempo successivo (stabilito dalla legge o dalle parti) avvenga il pagamento della somma mutuata. Ebbene, la situazione temporale in cui si compie il pagamento della somma (nel tempo stabilito) è la situazione che verificandosi soddisfa e non verificandosi lascia insoddisfatto l'interesse della comunità giuridica. Appunto per ciò questa situazione è giudicata necessaria dal diritto". Secondo l'Autore la "categoria del dovere sorge dalla esperienza del valore necessario di una situazione e perciò dell'azione capace di realizzarla. Se la situazione ha valore necessario, l'attività del soggetto capace di realizzarla prende la figura dell'atto dovuto. E si tratta di dovere giuridico perché il sistema di valori, in funzione del quale l'atto è dovuto, è il sistema degli interessi giuridicamente protetti. La valutazione giuridica può anche accertare che dopo una determinata fattispecie è necessario che la situazione non si realizzi perché l'interesse della comunità giuridica sia soddisfatto (necessità della conservazione). In questo caso si ha ancora un dovere ma di carattere negativo e l'attività diretta a realizzare la situazione prende la figura dell'atto illecito che è, notoriamente, il contrapposto dell'atto dovuto" (p. 479).

¹⁶⁹ FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano 1965, 479 ss. "Nel quadro delle situazioni giuridiche, al dovere fa riscontro il potere: l'uno rappresenta la necessità assiologica, l'altro la possibilità assiologica". Secondo l'Autore "la possibilità è la non necessità del contrario, cosicché ogni giudizio di possibilità si risolve in un giudizio di non-necessità". Ne consegue che "come la necessità assiologica dell'azione è il dovere, così la possibilità assiologica dell'azione è il potere. Estendendo quindi al potere e al dovere i rapporti logici tra necessità e possibilità, si trova che il potere consiste nella assenza del dovere contrario (mentre dal lato opposto il dovere consiste nell'assenza del potere contrario). E' lecito affermare in generale che

Sulla base delle medesime argomentazioni, la rilevanza giuridica rinvia ad una valutazione da parte dell'ordinamento¹⁷⁰ in riferimento a un nucleo centrale di interessi, a loro volta condensati nella fattispecie parziale. La distinzione, infatti, tra efficacia giuridica e rilevanza giuridica deriva da quella tra fattispecie totale e fattispecie parziale¹⁷¹, intendendo quest'ultima come ciò che "non è in grado di esprimere pienamente l'interesse tutelato dal diritto e non può produrre i suoi effetti tipici e fondamentali. Essa tuttavia, se è incapace di portare con sé l'interesse dell'intero sistema giuridico, indica già un nucleo centrale di interessi

ha il potere di compiere un atto il soggetto che non ha il dovere di ometterlo, cioè di compiere l'atto contrario. Ne risulta una definizione di potere estremamente ampia, che include in sé la più debole e remota possibilità giuridica che sia dato concepire. Il potere si rafforza in doppio senso, se la norma da un lato lo «sgancia» da ogni stretto dovere del soggetto, e d'altro lato lo «aggancia» a doveri di altri soggetti. Nel primo caso il potere diventa libertà o almeno discrezionalità. Nel secondo caso si costituisce una relazione giuridica intersoggettiva" (p. 480). Tra "le relazioni giuridiche intersoggettive, particolarmente noti (...) sono i rapporti di diritto privato per il loro caratteristico schema bilaterale, in cui al potere di un soggetto si oppone il dovere di altro soggetto. La dottrina tradizionale dei rapporti giuridici è però soltanto una parte della intera teoria delle relazioni giuridiche intersoggettive, la struttura delle quali spesso, specialmente in campo pubblicistico, trascende il consueto schema del rapporto bilaterale. Di molta importanza per questa intera teoria delle relazioni giuridiche è lo studio di un doppio tipo di collegamento tra poteri e doveri. Si ha un potere di utilizzazione, quando il compimento del dovere altrui precede e condiziona il proprio potere, il cui esercizio quindi utilizza l'altrui attività dovuta. Così il creditore riceve il pagamento del debitore e ne gode il risultato. Invece si ha un potere di iniziativa (o di impulso) se l'esercizio del proprio potere, solitamente nella forma di una dichiarazione di volontà, precede e condiziona il dovere altrui, determinandone il contenuto o il tempo o il luogo o altri aspetti specifici. Di solito nella struttura complessa delle situazioni giuridiche intersoggettive le due figure sono connesse e intrecciate. Per esempio il creditore ha poteri di impulso, in ogni caso per sollecitare il debitore moroso all'adempimento e per promuovere l'azione giudiziaria contro il debitore inadempiente, eventualmente anche per determinare tempo e modalità delle prestazioni (come avviene attraverso gli ordini del creditore di lavoro al lavoratore, le direttive del regista all'attore, ecc.)" (pp.480-481).

¹⁷⁰ Cfr. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova 1995, 100 ss., il quale, in relazione all'art. 1338 c.c., evidenzia la rilevanza giuridica "di una negoziazione nulla" che è "idonea ad ingenerare una situazione di affidamento meritevole di tutela giuridica": si configurano, in tal caso, elementi di una fattispecie che ruotano intorno al contratto invalido "e lo presuppongono riconoscendo ad esso, ma solo in quanto fatto, una posizione di rilevanza" (p. 106).

¹⁷¹ Cfr. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939, 49 ss., il quale rileva che "tra i singoli elementi della fattispecie negoziale (in senso ampio) alcuni possono o debbono realizzarsi successivamente alla manifestazione di volontà, pure essendo sempre necessari per la nascita del rapporto fondamentale (...)".

che, qualora nel processo di reintegrazione giunga a completarsi o non incontri altri e prevalenti interessi, è tale da meritare od esigere la tutela del diritto. In ciò sta il fondamento della rilevanza giuridica della fattispecie parziale e la ragione degli effetti minori e atipici che essa produce”¹⁷². Nel caso della rilevanza

¹⁷² FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano 1965, 481 s., ove, tra le varie ipotesi di fattispecie “rilevanti”, si individuano casi di “sospensione dell’efficacia per fatti che concernono il momento oggettivo dell’effetto (...): a) se nell’atto il bene sia indicato in modo generico o alternativo sicché si renda necessario un successivo atto di specificazione o di individuazione (così nella vendita di genere o nella vendita alternativa); b) se la indicazione del bene sia rimessa all’arbitrio del terzo (vendita in cui la fissazione del prezzo sia demandata ad uno o più arbitri; legato di cosa che dovrà essere scelta dall’onerato o da un terzo); c) se il bene indicato nel contratto non sia ancora esistente (negozi giuridici su cosa futura). In tutti questi casi la sospensione dell’efficacia è dovuta all’attuale inesistenza di circostanze che, non necessarie per la costituzione della fattispecie nel suo nucleo centrale, sono invece indispensabili – in quanto relative alla sua medesima struttura - per il sorgere dell’effetto giuridico. Per questo loro carattere di inderogabile necessità i fatti dai quali dipendono il soggetto o l’oggetto della situazione giuridica si distinguono dalla condizione, la cui nota fondamentale è quella dell’accidentalità. La seconda ipotesi è rappresentata dal fenomeno illustre della condizione sospensiva – sia nella sottospecie della *condicio voluntatis*, sia in quella della *condicio iuris* - fenomeno il cui largo impiego nelle varie regioni del diritto vale a rendere ancor più ricco e vasto il campo di applicazione della rilevanza giuridica”.

Sulla condizione, osserva sempre FALZEA, *La condizione e gli elementi dell’atto giuridico*, Milano 1941, 169 ss. che: “sorge la necessità di individuare un ulteriore requisito che sia sufficiente ad isolare, in modo adesso definitivo, la figura giuridica della condizione: tale requisito (...) consiste nell’*incertezza* dell’evento. Per quanto si sia tentato di svalutarne la importanza nella definizione dell’istituto condizionale (...), il requisito della incertezza permane decisivo, e solo può discutersi sui caratteri che esso deve possedere per conferire natura condizionale all’evento: se cioè debba trattarsi di incertezza obbiettiva assoluta (...), o di incertezza obbiettiva relativa (...), od infine di incertezza soggettiva (...). Riguardo a tal punto noi riteniamo che, ove si consideri come le norme sulla situazione di pendenza abbiano il fine di tutelare gli interessi dei soggetti nel periodo in cui ancora non si conosce se il rapporto giungerà ad esistenza, e come questa tutela sia predisposta non solo nei rapporti interni tra i contraenti, ma anche rispetto ai terzi, è logico ritenere che, pur non essendo sufficiente una incertezza che sia limitata ad uno o a tutti i soggetti dell’aspettativa, tuttavia sarebbe eccessiva e logicamente inconcepibile una incertezza oggettiva in senso assoluto. E’ sufficiente quindi che l’evento sia incerto rispetto alla conoscibilità umana (...)”. Osserva ulteriormente l’Autore che il “congegno condizionale opera (...) estendendo l’ambito della fattispecie, perché nella struttura di quest’ultima subentra, con funzione complementare, l’evento condizionante: la fattispecie è quindi idonea a produrre l’effetto assegnato dalla norma solo nel momento in cui essa si sia integralmente realizzata anche rispetto alla sua zona marginale, nel momento cioè, in cui si realizza la condizione”. Ancora, in termini di sospensione dell’efficacia, l’Autore osserva che tale sospensione, “che è comune a tutti gli atti nella cui composizione strutturale è considerato un elemento futuro, si attegga in modo diverso a seconda che si tratti di condizione o di termine. Ed il carattere discreto deve riporsi propriamente nella incertezza dell’evento, che si riflette di

giuridica, cioè, non risulta immediatamente applicabile la regola secondo cui l'effetto tipico si produce automaticamente nel momento in cui vengono ad

necessità sulla situazione che precede il subentrare di quest'ultimo, dando un carattere ed un valore patrimoniale diverso alle aspettative dei soggetti, e richiamando quindi una disciplina giuridica differente. Il carattere della incertezza contraddistingue sia la condizione volontaria che la condizione legale" (p. 173).

Osserva ulteriormente il Falzea (p. 177 ss.) che la "natura accidentale dell'evento indica che il meccanismo della condizione si introduce dall'esterno sul piano della fattispecie, e che esso opera inserendosi tra l'atto e le sue conseguenze giuridiche: comincia quindi a funzionare nel momento in cui il primo è giunto ad esistenza, e cessa nel momento in cui le seconde si siano prodotte o quando si accerti che esse non potranno più prodursi. In conseguenza dell'applicazione del congegno condizionale non risulta quindi alterata né la natura dell'atto, né la natura dell'effetto. Realizzatosi l'evento, di tale congegno rimangono soltanto tracce marginali, che non trasformano la composizione o il contenuto delle conseguenze giuridiche riconosciute all'atto, le quali risultano dotate di caratteri identici a quelli che esse avrebbero presentato qualora l'atto non avesse avuto natura condizionale. Quando poi l'evento non si avvera, il congegno della condizione opera escludendo in modo definitivo il prodursi delle conseguenze giuridiche del negozio, e quest'ultimo diviene affatto *inutile*. Ma, sia nell'uno che nell'altro caso, la condizione opera non direttamente sulla struttura dell'atto o sulla struttura dell'effetto, sibbene sui rapporti che collegano l'atto all'effetto, sostituendosi col proprio congegno al rapporto normale della causalità immediata. Il carattere della posizione nel futuro chiarisce ulteriormente come funziona la condizione sia riguardo alla fattispecie causale, sia riguardo alla situazione effettuale. Inserendosi tra la prima e la seconda l'evento, nella sua qualità di semplice fatto, si aggiunge, con carattere marginale, alla fattispecie, rendendola più complessa, e quindi inidonea, prima che l'evento non si realizzi, a spiegare le conseguenze giuridiche assegnatele. Solo in questo senso ben definito può dirsi che la condizione incide sulla struttura dell'atto, il quale risulta modificato unicamente nella sua zona marginale. Poiché l'elemento accessorio che si aggiunge alla fattispecie è futuro, si dà luogo (...) ad una particolare ipotesi di *formazione successiva*. Rispetto alla conseguenza giuridica il congegno condizionale opera ritardandone il subentrare, cioè separando nel tempo l'atto dal suo effetto. Sorge quindi una situazione giuridica di pendenza, che si riflette sui destinatari delle conseguenze giuridiche, i quali risultano conseguentemente investiti in una posizione di aspettativa. La incertezza concerne infine la situazione effettuale e la situazione di pendenza, perché da una parte mette in forse il subentrare della prima, e di riflesso conferisce una fisionomia particolare alla seconda: la quale sarà caratterizzata non più semplicemente dal ritardo, ma anche dalla incertezza nel prodursi degli effetti giuridici. Cosicché anche l'aspettativa dei soggetti avrà un particolare carattere in quanto non si attingerà, come nel caso di semplice ritardo, quale aspettativa di una situazione giuridica certa, ma invece quale aspettativa di una situazione giuridica incerta. Il funzionamento del congegno condizionale (...) si impernia sull'evento posto come condizione. Introdotto in via accidentale nel quadro della fattispecie tale evento si colloca tra l'atto e le sue conseguenze giuridiche, reagendo sull'uno e sulle altre. Sul primo perché si aggiunge dall'esterno, con funzione complementare, al corpo degli elementi essenziali, facendo così apparire incompleta, fino al momento in cui esso non si sia avverato, la più vasta fattispecie dalla cui integrazione deve scaturire l'effetto; sulle seconde perché ne sospende e ne mette in forse, per la sua collocazione nel futuro e per la sua natura incerta, la realizzazione" (p. 178).

esistenza gli elementi essenziali¹⁷³. La non immediata produzione dell'effetto tipico¹⁷⁴ può dipendere da due fattori, il primo dei quali rinvia a ragioni interne all'interesse già affermatosi e contenuto nel nucleo centrale del fatto: permangono, infatti, margini di oscillazione nella definitiva individuazione

¹⁷³ FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano 1965, 482, il quale, nell'evidenziare che le note della rilevanza giuridica sarebbero rappresentate dalla indeterminatezza o dalla potenzialità dell'effetto giuridico, precisa che tutte "le situazioni giuridiche, anche quelle che senza contrasto si fanno rientrare tra gli effetti giuridici, non sono e non possono essere né del tutto determinate né del tutto attuali. Tra le situazioni accentuatamente generiche basterà ricordare il diritto di proprietà, il diritto di usufrutto, il rapporto di mandato il rapporto di lavoro. Poiché la realizzazione dell'effetto è sempre posta in un tempo successivo rispetto a quello in cui l'effetto sorge, è poi implicito in ogni situazione giuridica un momento di potenzialità, che si accentua sensibilmente allorché la situazione si proietta in un largo arco di tempo: così, ad esempio, nei diritti della personalità, chiamati ad accompagnare tutta la esistenza del soggetto. In questi casi ed in quelli similari, tuttavia, esiste un sufficiente grado di determinatezza e di attualità dell'effetto: l'ulteriore determinazione e attuazione costituiscono meri svolgimenti interni della situazione giuridica e non esistono perciò nuovi interventi del diritto. Quando il proprietario o l'usufruttuario fissano con un atto di destinazione il modo di godimento della cosa, ovvero quando il mandante o il datore di lavoro impartiscono istruzioni all'altro soggetto del rapporto, operano pur sempre nell'ambito della situazione giuridica originaria e quegli atti costituiscono esercizio di facoltà in essa comprese. Allo stesso modo il diritto alla vita protegge sempre, oggi come ieri e come domani, l'esistenza fisica dell'uomo. Ma ben altra indeterminatezza si ha quando manchino o siano ancora da individuare il soggetto o l'oggetto del rapporto e ben altra potenzialità quando l'effetto giuridico sia subordinato a una condizione sospensiva. Finché non avviene la individuazione, l'effetto giuridico non può sorgere e non sorge neppure fino a quando non si verifica la condizione. L'efficacia, l'efficacia tipica e fondamentale del fatto, resta in questi casi sospesa mancando alla situazione giuridica quel minimo di finitezza e di attualità che la ponga in termini di realizzazione. Ma il fatto si è già verificato, in qualche modo è già entrato nel diritto profilando interessi che vanno salvaguardati. Designa appunto questa giuridicità peculiare del fatto, perfezionatosi in tutti gli elementi essenziali ma non ancora produttivo dei suoi effetti tipici e fondamentali, la rilevanza giuridica".

¹⁷⁴ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 1950, rist. Napoli 1956, 282 ss., il quale distingue l'effetto che coincide "con l'esistenza del negozio, il quale, poiché vale ad identificare tale figura, può chiamarsi negoziale (in senso stretto), dagli effetti che corrispondono alle disposizioni delle parti, i quali, poiché consentono di realizzare sul piano del diritto la funzione pratica del negozio, possono chiamarsi finali" (p. 282). Nel momento in cui si realizza il negozio, quindi, si produce di per sé una modificazione del mondo del diritto, a prescindere dagli effetti cd. negoziali che, in quel momento, possono anche mancare (p. 285). L'Autore rileva, infatti, che "al riconoscimento giuridico del negozio corrisponde la sua impegnatività" per il diritto, che è "l'aspetto più saliente della sua efficacia" (p. 286). Si coglie, così, l'attitudine del negozio a "realizzare gli effetti finali", in quanto esso è riconosciuto dall'ordinamento "come atto di autonomia (...) idoneo a produrre tali effetti" (p. 289): ne deriva che il negozio è definibile come l'atto "di autonomia privata che costituisce il mezzo per la produzione di conseguenze giuridiche idonee a soddisfare alla sua funzione" (p. 332).

dell'oggetto ovvero del soggetto cui fa capo l'interesse. Da ciò deriva che, poiché i criteri di eliminazione delle oscillazioni sono fissati *ex ante*, non è pregiudicata l'esistenza dell'interesse ma solo la sua compiuta realizzazione in quella situazione giuridica che si verificherà poi, una volta individuati il soggetto o l'oggetto¹⁷⁵.

Il secondo fattore rimanda a ragioni che evidenziano la pressione di interessi esterni a quelli contenuti nel fatto in sé considerato, come accade nel fenomeno della condizione sospensiva¹⁷⁶, in cui la necessità di conservare gli interessi esterni, espressi dall'elemento accidentale, induce a paralizzare l'efficacia tipica dell'atto fino a quando non risulti esclusa l'interferenza tra i primi e quelli interni espressi "dagli elementi essenziali del fatto"¹⁷⁷.

¹⁷⁵ FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano 1965, 482.

¹⁷⁶ Sotto la cui pendenza possono prodursi "effetti preliminari in senso tecnico (cioè effetti che sorgono prima della nascita dell'effetto definitivo)". Così RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939, 109.

¹⁷⁷ FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano 1965, 483-484; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941, 180 ss.

Secondo l'Autore, *Efficacia cit.*, 483-484, "rilevanza ed efficacia, se si distinguono per il loro diverso contenuto, sono (...) 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". Non così pare opinare SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, 340, che si mostra critico verso l'idea di "esaurire l'essenza della fattispecie ponendo in evidenza soltanto gli effetti che le sono attribuiti. Concezione alla quale, a volersi liberare da ogni preconcetto, sembrerebbe pure agevole replicare che così semmai si può cogliere (...) l'aspetto funzionale del fenomeno e non la sua propria essenza (...)". L'Autore rileva che "la proposizione che un fatto costituisca la causa di un certo effetto non può assumere altro significato che delineare la relazione che corre tra due eventi nella stessa sfera del reale. E non può certo (...) consentire una congrua definizione del fatto efficiente: così come non potrebbe ritenersi soddisfacente (...) la qualificazione di una situazione, soltanto quale effetto di un altro fenomeno".

Osserva ulteriormente il Falzea (*Efficacia cit.*, 483-484), nella prospettiva dell'efficacia, che nessun "significato potrebbe riconoscersi alla rilevanza dell'interesse e del fatto che lo costituisce ed esprime se si disconoscesse che essa rappresenta la premessa la momento necessario dell'efficacia, perché è in quest'ultimo e in esso soltanto che l'interesse può trovare realizzazione (...)". Da tali rilievi consegue che "la fattispecie rilevante in entrambi i piani metodologico e dogmatico è una parte della fattispecie completa, è un nucleo centrale che condensa un *nomen iuris*, cioè un tipo determinato di interesse e valore giuridico. Ma la fattispecie rilevante può avere soltanto la funzione di evidenziare una direzione generica

5) A sua volta connessa ai concetti di rilevanza ed efficacia è l'idea della fattispecie a formazione successiva, che si ha quando l'ordinamento attribuisce autonoma rilevanza giuridica alle singole fasi attraverso cui si forma l'atto¹⁷⁸,

dell'efficacia, una quasi-efficacia che chiaramente non è l'efficacia vera e propria –in tal caso essa è niente altro che un momento del «metodo» con cui il giurista, attraverso l'analisi degli interessi, perviene alla determinazione progressiva dell'effetto; e può avere anche, ma non è necessario che abbia – che l'abbia o non l'abbia dipende esclusivamente dal diritto positivo- la funzione di produrre già una efficacia preliminare, atipica, diretta a preparare e a conservare quella che è o sarà a suo tempo l'efficacia tipica e fondamentale della fattispecie completa. La distinzione risulta netta se si considera che per il diritto positivo, e quindi su piano strettamente dogmatico, il «quasi-effetto» non è un «effetto» a rigore di termini, mentre «l'effetto preliminare», che è l'indice positivo della rilevanza giuridica su piano dogmatico, è un effetto, sia pure preparatorio cautelativo conservativo dell'effetto pieno, che solo la fattispecie completa è capace di generare. E, appunto per ciò, all'effetto preliminare corrisponde una situazione di aspettativa, che è una situazione giuridica –pur se in senso non pieno e di grado minore -. Anche dogmaticamente, dunque, la rilevanza giuridica, benché si accompagni alla situazione effettuale dell'aspettativa, non si identifica e non va confusa con essa. Rilevanza giuridica ed efficacia giuridica restano nozioni distinte sotto il profilo dogmatico non meno che sotto il profilo metodologico”.

Cfr. DI PRISCO, *Procedimento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano 1986, 838 s., il quale osserva che la dottrina ha spesso mostrato la tendenza ad includere “nella cornice della fattispecie tutti gli elementi che siano, «secondo qualche norma», rilevanti per la produzione di una identica situazione effettuale; elaborazione dei principi dell'interezza della fattispecie e della sua formazione successiva, secondo i quali gli effetti giuridici si produrranno solo quando tutti gli elementi della figura si siano realizzati” (p. 838); osserva, inoltre, che la dottrina suole contrapporre “il nucleo costitutivo dell'atto –a sua volta articolato in più elementi essenziali- ai requisiti in senso tecnico che attengono alla sua validità ed alle condizioni di efficacia, che concernono il solo verificarsi degli effetti” (p. 839). Ancora, l'Autore rammenta l'opinione del FORTI («Atto» e «procedimento» amministrativo. *Note critiche*, in *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranelletti*, I, Padova 1931, 452) “per il quale il carattere precipuo dell'atto giuridico è la autonomia, che si manifesta nella produzione di un effetto giuridico pieno che è soltanto quello finale, mentre gli effetti cosiddetti prodromici e parziali danno vita soltanto ad una mera «situazione giuridica». Questa sta all'effetto finale come la parte sta al tutto e la sua rilevanza è appunto in funzione della possibilità dell'effetto futuro: se questo non si produce, quel comportamento diventa inutile” (840, nt. 11).

¹⁷⁸ FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941, 181: “quando cioè in tali momenti sia dato riscontrare una particolare fattispecie, alla quale sia riconosciuta dal diritto una particolare rilevanza ed una particolare efficacia”. Cfr. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri. La compravendita di cosa futura*, Napoli 1962, 150 ss.

Il Falzea, *La condizione* cit., premette (pp. 179-181) che il criterio alla base della distinzione tra atti a formazione successiva o istantanea “non può ritenersi pacifico, poiché molteplici ed eterogenee sono le ipotesi in cui un atto presenta un *iter* formativo più o meno prolungato nel tempo, e non tutte però sono suscettibili di riduzione ad un medesimo concetto. Da qui la necessità di chiarire in via preliminare in quale significato tecnico la formazione istantanea si distingue dalla formazione successiva: e si vedrà allora come negozi, che, ad una

considerazione empirica presentano una durata rilevante, vadano tuttavia inquadrati nella categoria degli atti a formazione istantanea. Risponde assai spesso alle necessità economiche ed etiche dei rapporti che si intrecciano nella moderna vita sociale, che il diritto non si limiti a considerare un determinato atto solo quando si sia concluso il processo della sua storica formazione, ma estenda la sua disciplina anche agli stadi intermedi che l'atto attraversa nel suo svolgersi, disponendo regole giuridiche destinate ad applicarsi durante il corso del ciclo formativo (...). Lo sviluppo attualmente raggiunto della tecnica giuridica, fornendo al legislatore i mezzi per disciplinare situazioni che prima sfuggivano ad ogni giuridico controllo, consente di adottare le misure necessarie per provvedere alle dette necessità. Bisogna guardarsi anzitutto dall'assumere il concetto di formazione successiva in un senso troppo indeterminato: si potrebbe pensare, ad esempio, che il fenomeno ricorra ogni qual volta sia possibile distinguere, entro il corpo di una medesima attività, diversi periodi successivi nel tempo (...). Ma poiché una qualsiasi attività, per quanto di minima durata, è sempre suscettibile in astratto di una distinzione in periodi, il concetto così ottenuto risulterebbe troppo generale e quindi tecnicamente inutilizzabile. Già questa elementare riflessione basta ad escludere dal nostro campo di indagine talune ipotesi nelle quali potrebbe parlarsi, e di fatto si è parlato in dottrina, di una formazione successiva della fattispecie. Un ciclo formativo –in questo senso ancora empirico- è emerso con particolare evidenza nelle dichiarazioni recettizie, in cui si sono distinti, nella complessa fase della notificazione, i vari momenti della spedizione, recezione, cognizione etc. Ma che qui non si abbia il fenomeno giuridico della formazione successiva (...) convince l'osservazione che nessuno di questi momenti possiede, almeno in linea di massima, un'autonoma rilevanza giuridica, e che essi vengono in considerazione per il diritto solo quando sussista nella sua interezza l'atto ipotizzato dalla norma. La divisione in periodi temporalmente distinti dell'intero processo attraverso cui l'atto si svolge, può essere concettualmente giustificata da esigenze analitiche e sistematiche. Ma in questi casi tale divisione non ha nessun rilievo per il diritto, che si limita esclusivamente a considerare la risultante del processo, realizzata dall'insieme dei vari periodi e momenti. Nella dottrina si è manifestata talvolta la tendenza a considerare quell'*iter* psicologico che si conclude nella dichiarazione, come un fenomeno di formazione successiva. Si è parlato a tal proposito di un dogma degli stadi del volere (...). Ogni atto dunque, in quanto passa per una certa elaborazione psicologica, prima di raggiungere la sua oggettività, implicherebbe una successione di momenti unificati da un ciclo formativo, in cui ciascuna fase ha come necessario presupposto la realizzazione di quella anteriore. Questa tendenza dottrinale non può essere seguita, non solo perché contro di essa varrebbe l'obiezione che al momento interno della volontà il diritto positivo non dà alcuna consistenza autonoma, ma anche e soprattutto per una generale considerazione di ordine metodologico. Infatti ritenendo valida la concezione dominante, secondo cui un fenomeno interno per sé preso non può mai formare oggetto di disciplina giuridica, risulta con immediata evidenza l'impossibilità di attribuire agli stadi puramente interni del volere il carattere di momenti autonomi nella struttura giuridica della fattispecie" (p. 181).

Osserva DI PRISCO, *Procedimento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano 1986, 839, nt.7, che il "concetto di formazione successiva della fattispecie si può inquadrare nella prospettiva del ciclo della fenomenologia giuridica, il quale comprende una fase iniziale, la fattispecie (atto umano o fatto naturale), e una fase finale, la conseguenza; al centro è il soggetto come punto di collegamento tra le due fasi (...)".

anche se destinate ad essere assorbite nello schema più ampio dell'atto definitivo¹⁷⁹. Non si verifica, invece, detta ipotesi quando l'atto interessi il diritto solo in presenza di tutti gli elementi che lo compongono, ancorché questi si siano "storicamente" succeduti in un processo di formazione¹⁸⁰.

La fattispecie a formazione successiva, secondo la dottrina in esame, si caratterizzerebbe per due aspetti fondamentali: in primo luogo, ogni momento della formazione successiva deve venire in rilievo come veicolo di un effetto proprio e peculiare; in secondo luogo deve sussistere una relazione definibile che colleghi le "varie zone di efficacia (...) a ciascuna fase del ciclo"¹⁸¹. In tal guisa gli effetti derivanti dalle singole fasi del processo preparano all'effetto finale¹⁸² che,

¹⁷⁹ Cfr. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939, 63 ss., il quale osserva che l'ordinamento "è certamente libero (...) nella scelta degli effetti giuridici da annettere alla fattispecie. Ma l'ordinamento si serve di punti di riferimento per scegliere gli effetti (...) attraverso una serie di progressive specificazioni". Ne deriva che "gli elementi concreti della fattispecie (...) divengono il punto di riferimento per sapere quale sia l'effetto in tutte le sue modalità. Ma non tutti gli elementi della fattispecie hanno questa virtù. Alcuni (...) si limitano ad essere necessari perché si produca un effetto, che sia conosciuto in funzione di altri elementi. Questi ultimi elementi, per converso, con la loro presenza, indicano già di quale effetto si tratti; ma la produzione di tale effetto non ha luogo se non si realizzano anche tutti gli elementi del primo gruppo. In questo senso diciamo che alcuni elementi sono rilevanti solo per la produzione dell'effetto, mentre altri elementi sono rilevanti anche per la specificazione (del contenuto) dell'effetto. Può darsi, ad es., che, in un dato stadio di formazione di una fattispecie complessa a formazione successiva, si sappia ormai quale effetto potrà prodursi, ma l'effetto non sia ancora sorto" (pp. 64-65).

¹⁸⁰ FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941, 182, secondo il quale rientrerebbe nella figura della fattispecie a formazione successiva la proposta in un contratto tra persone lontane mentre non vi rientrerebbe la serie di atti di passaggio "su un fondo vicino come momenti per la costituzione di una servitù: la quale non discende dai singoli atti in se stessi considerati, ma invece dal fatto dalla loro ripetizione per un periodo determinato di tempo (...). In questa ipotesi avviene che il negozio pur formandosi attraverso un processo genetico che perdura nel tempo, non rientra nella categoria degli atti a formazione successiva, sibbene in quella degli atti a formazione istantanea".

¹⁸¹ "Affinché l'unità del fenomeno non sia distrutta dalla molteplicità degli effetti", così FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941, 182.

¹⁸² RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939, 93, osserva che con riguardo alla formazione successiva della fattispecie, "gli elementi rilevanti solo per la produzione dell'effetto rimangono divisi in tre gruppi: elementi che debbono realizzarsi prima della manifestazione di volontà; elementi che debbono realizzarsi contemporaneamente ad essa; ed elementi che debbono o possono realizzarsi successivamente ad essa".

quando si verifica, li assorbe in sé¹⁸³. Ne deriva che l'insieme degli atti rappresenta una unità concettuale e giuridica in quanto fonte unitaria di effetti¹⁸⁴: tale aspetto, sempre secondo la dottrina in esame, distinguerebbe la fattispecie a formazione successiva dal procedimento.

Quest'ultimo si caratterizzerebbe bensì per una serie temporale di atti, ma in esso mancherebbe "la considerazione unitaria della pluralità nel riflesso della

¹⁸³ "Il che permette di riconoscere e caratterizzare come sistema unitario il complesso delle conseguenze giuridiche che si maturano nel corso del ciclo formativo. Tali conseguenze hanno la caratteristica comune di confluire tutte nell'unico effetto finale rimanendone assorbite. La loro esistenza è dunque delimitata entro il periodo che intercorre tra la realizzazione della singola fase ed il compimento dell'intero processo. E' opportuno sottolineare che gli aspetti complementari sopra descritti sono non solo sufficienti a definire il fenomeno della formazione successiva, ma anche necessari, perché non sussistendo l'autonomia o venendo meno il collegamento perderebbero rilevanza, rispettivamente, le singole parti oppure la organica totalità del ciclo formativo". Così FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941, 182 s.

L'Autore (p. 183 ss.) rileva ulteriormente che il "concetto di ciclo formativo (...) implica la esistenza di particolari norme giuridiche, ognuna delle quali configura l'atto in una determinata fase del suo sviluppo, disponendo peculiari conseguenze giuridiche diverse, se pur funzionalmente collegate, dall'effetto finale. Tali norme hanno certamente carattere ausiliario rispetto a quella che considera l'atto nella sua interezza, ma per ciò stesso si atteggiano, di fronte alla norma principale, non già come semplici frazioni di una disposizione più complessa – in modo parallelo a ciò che avviene per le singole parti dell'atto nei confronti dell'intera fattispecie- sibbene come norme autonome, in sé compiute sia riguardo al loro contenuto di previsione, sia riguardo al loro contenuto di volontà (...). La formazione successiva (...) non può essere concepita come il graduale concretarsi dell'unica norma che configura e disciplina l'atto nella sua interezza. Questa tesi, secondo la quale la norma entrerebbe in applicazione con singole parti del suo contenuto man mano che viene a realizzarsi nei suoi diversi elementi la situazione di fatto in essa prevista, si dimostra inesatta non appena si consideri il fenomeno della formazione successiva nelle sue concrete manifestazioni(...). Il principio generalissimo al quale si riconduce la teoria della formazione successiva è quello già da noi designato come «legge della interezza della fattispecie». Tale principio indica, a differenza delle regole della presenza e della simultaneità: a) dal punto di vista della norma, che una disposizione legale solo allora entra in applicazione, quando la correlativa situazione di fatto si sia compiutamente realizzata in tutti i suoi elementi costitutivi; b) dal punto di vista del fatto, che una circostanza del mondo dell'essere acquista giuridica rilevanza solo quando –e non prima- essa realizzi integralmente il contenuto di previsione della norma che quella rilevanza concede" (p. 185).

¹⁸⁴ RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939, 101 s., rileva che "tutti gli elementi della fattispecie, e quindi tutte le successive fasi di formazione di essa, sono perfettamente equivalenti in ordine alla pura e semplice produzione dell'effetto definitivo, che è ancora inesistente fin quando manchi un solo elemento della fattispecie. Pertanto, una diversa rilevanza giuridica dei vari stadi di formazione della fattispecie potrà essere riferita solo agli effetti preliminari".

efficacia. La situazione giuridica finale invero non scaturisce dall'insieme degli atti, come avviene nel caso della formazione successiva, ma è prodotta soltanto dall'ultimo atto della serie. La formazione successiva è una coordinazione di due o più atti, o di atti ed eventi, i quali concorrono insieme alla integrazione di una fattispecie più complessa, di cui vengono a costituire i *componenti*. Il procedimento è invece una coordinazione di due o più atti che concorrono alla determinazione dell'atto finale, ma che rimanendo estranei al nucleo degli elementi strutturali di quest'ultimo, si atteggiavano come semplici *determinanti*, nel senso che ciascuno di essi è volto a rendere legittimo, nei limiti assegnati alla propria zona di influenza, l'atto con cui la serie si chiude. La formazione successiva si concreta in una sequenza di atti, o di atti ed eventi, i quali vengono gradualmente ad integrare una fattispecie unitaria più complessa, nel cui seno rimangono assorbiti come parti rispetto al tutto; il procedimento invece si concreta in una sequenza di atti destinati a rimanere sempre strutturalmente distinti"¹⁸⁵.

In senso contrario, si è osservato che sembra "indimostrato il principio che nega l'unità fondamentale del fenomeno e tanto meno l'incompatibilità logica delle due figure"¹⁸⁶, rinvenendosi, da parte di altri, la differenza tra le due figure

¹⁸⁵ FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941, 191 s.: "Dal profilo normativo la predetta distinzione si configura nel seguente modo: per la formazione successiva –come si è già osservato- l'ordinamento giuridico appresta una norma che considera la fattispecie complessa nella sua interezza, ed accanto le varie norme ausiliarie che prevedono le fattispecie singole, nelle quali si concretano i vari momenti del ciclo; per il procedimento non sussistono invece che le norme riguardanti le fasi della sequenza nella loro giuridica coordinazione (...). Procedimento e formazione successiva sono dunque strutture di collegamento temporale logicamente opposte. La concettuale incompatibilità di queste strutture può essere adeguatamente caratterizzata nel senso che la connessione degli atti nella formazione successiva è richiesta per l'efficacia, mentre nel procedimento è necessaria soltanto per la validità, col limite eventuale della preclusione" (p. 192).

¹⁸⁶ ROMANO Salv., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano 1961, 14.

L'Autore (p.13 s.), riferendosi proprio all'opera del Falzea (*La condizione cit.*), osserva che "secondo un autore (...) che tratta del negozio condizionato, sussisterebbe una

nel fatto che il procedimento rappresenterebbe un'ipotesi più specifica e qualificata di quella generale della fattispecie a formazione successiva. In quest'ultima vi sarebbe una successione temporale di fatti ed atti, che il diritto prevederebbe come eventuali - quindi non necessitati -, senza incidere sulla volontà degli agenti per assicurare tale successione. All'inverso, il procedimento presupporrebbe una successione necessitata di fatti ed atti, di modo che essi

incompatibilità logica tra negozio e il procedimento, in conseguenza della generale incompatibilità tra il concetto di formazione successiva delle fattispecie e quello di procedimento. Più precisamente (...), la formazione successiva sarebbe una coordinazione di due o più atti, o di atti ed eventi, i quali concorrono insieme alla integrazione di una fattispecie più complessa di cui vengono a costituire i *componenti*. Il procedimento invece sarebbe una coordinazione di due o più atti che concorrono alla determinazione dell'atto finale, ma che, rimanendo estranei al nucleo degli elementi strutturali di quest'ultimo, si atteggiavano come semplici *determinanti*, nel senso che ciascuno di essi è volto a rendere legittimo, nei limiti assegnati alla propria zona di influenza, l'atto con cui la serie si chiude (...). Gli atti ed eventi della fattispecie si integrerebbero come parti rispetto al tutto; gli atti del procedimento rimarrebbero strutturalmente distinti. Il negozio condizionato apparterebbe alla fattispecie a formazione successiva mentre appare più difficile esemplificare casi di procedimento dato che l'A. rinvia a controverse nozioni in materia, senza precisarle. Comunque, questa tesi è stata criticata nel senso che non corrisponderebbe a realtà il criterio discrezionale adottato per il procedimento, e si esemplifica, come argomento, l'identità della ipotesi del contratto (caso che sarebbe di formazione successiva della fattispecie) e della legge (caso indubbio di procedimento): per il procedimento legislativo non si potrebbe aver riguardo solo all'ultimo atto della serie e sostenere che solo da questo scaturisca la situazione giuridica finale (...)"'. Con riferimento al procedimento di formazione del contratto e della legge, osserva in prosieguo il Romano (p. 45) che "il fenomeno della formazione di un contratto è legato allo svolgersi dell'azione e quindi al procedimento e ciò negli stessi termini adoperati per esprimere il procedimento legislativo (...). Anzitutto, e come per la legge, occorre tener presente, ad ogni effetto, l'azione attraverso la quale un progetto si presenta, si discute, si approva in termini che richiamano concetti che per il diritto privato si presentano identici, in linea generale, a quelli pubblicistici e, per i particolari, assai più complessi. Secondariamente, le norme sull'interpretazione della legge, prima ancora di una codificazione di regole statuali, appaiono codificazioni sul piano logico e quindi del tutto aderente alla realtà dell'ordinamento privato. In altri termini quando la legge si richiama alla lettera, all'intenzione, all'analisi di questa secondo valutazioni storiche, sistematiche, all'*occasio* o alla *ratio*, allo scopo, ai contrasti tra la lettera e lo spirito e così via, è il caso di concludere nel senso che la legge richiede l'analisi del procedimento. Sotto questo aspetto il richiamo del codice alla buona fede è richiamo ad un sistema privato che è normativo, di procedimento, e che è alla stessa base delle norme statuali sull'interpretazione della legge".

Anche DI PRISCO, *Procedimento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano 1986, 857 osserva che non si può "aprioristicamente respingere l'opinione per la quale il procedimento è fattispecie, perché prospetta un'entità produttiva di un effetto conclusivo e finale, che è necessario trovi un antecedente logico-giuridico".

“procedano l’uno dall’altro, l’uno verso l’altro, il precedente provocando o, comunque, eccitando il compimento del successivo, fino alla meta finale”¹⁸⁷. Con

¹⁸⁷ Riprende così il contributo di GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano 1957, 42 ss., ROMANO Salv., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano 1961, 14 s.: “Al concetto di formazione successiva della fattispecie (...) nulla rileva il carattere libero o vincolato, eventuale o giuridicamente necessitato del divenire di più atti successivi; l’avverarsi è lasciato generalmente alla molla dell’interesse privato. Mancherebbe, in altri termini, una situazione di giuridica necessità per cui, ad es. un oblatto debba rispondere ad una proposta contrattuale. Invece nel tipico procedimento (anche se non in tutti) dopo l’atto iniziale che può essere necessitato anch’esso, ma che più frequentemente è libero, la successiva attività si svolge per un obbligo di procedere: così, si esemplifica, una domanda giudiziale dà luogo, nel concorso di tali condizioni, all’obbligo del giudice di pronunciarsi, e la proposta di legge comporta l’obbligo della Camera di procedere, fino alla pubblicazione. Altre volte l’impulso procedimentale è sufficientemente assicurato da una figura meno intensa dell’obbligo al cui inadempimento segue l’illiceità; tale figura sarebbe l’onere, per cui l’inadempimento configurerebbe solo una situazione svantaggiosa (ad es. prescrizioni, decadenze) (...)”. Rileva sul punto il Romano (p. 15 s.) che, a parte il fatto che l’onere è figura controversa, il “ragionamento surriportato non sembra ineccepibile, e si presta ad essere così riassunto: nella fattispecie a formazione successiva possono esserci gli impulsi dell’obbligo (ad es. una proposta ferma al contratto preliminare, da questo al contratto definitivo con l’eventuale aggiunta di atti di scelta, interpretativi, di determinazione del prezzo etc.) o dell’onere (ad es. prescrizioni, decadenze) e quant’altro è peculiare al procedimento. Però tutto questo avrebbe una rilevanza relativa in quanto prevale la molla del privato interesse in un campo normalmente disponibile. Tanto vale concludere che in diritto privato il procedimento non esiste. E, infatti, non sembra certo lontana da questa conclusione, la tesi in esame: il suo sostenitore afferma (...) che l’autonomia privata (l’A. accenna ad un vago concetto di questa come autoregolazione dei privati interessi) è incompatibile con la figura del procedimento: «Se l’atto concorsuale resta giuridicamente proprio dei privati soggetti che hanno contribuito a formarlo (*negozio bi- o plurilaterale*) deve risultare chiara l’impossibilità che ad una fattispecie cosiffatta possa coordinarsi la concatenazione procedimentale». Finché resterà salva la posizione fondamentale dell’autonomia privata (sempre secondo la tesi in esame), la strumentazione del procedimento in un atto bi- o plurilaterale non sarà mai utilizzabile «per la contraddizione che nol consente». Invece il procedimento troverà il suo campo là dove gli atti trascendono gli interessi propri delle persone agenti e cioè presso le persone giuridiche (...). Ripetiamo i rilievi iniziali: il procedimento è problema da risolvere con idee chiare di teoria generale e tra queste idee non c’è solo quella di autonomia, ma anche di autonomia privata libera e funzionale, di funzione etc. (...)”. Nel prosieguo della sua indagine, il Romano (p. 112) torna sulla figura dell’onere come prospettata dal Galeotti (*Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano 1957, 51 nt. 58), osservando che “ancora maggiori perplessità suscita il ricorso all’onere anche limitatamente alle evoluzioni delle situazioni giuridiche contrassegnate da limiti di tempo attinenti alla durata del regime di efficacia o alle condizioni di esercizio di un potere (prescrizione e decadenza). Sembra comunque difficile, senza con questo negare rilevanza alla figura, tradurla in termini dinamici di impulso procedimentale (...): resta sempre il potere il cui esercizio, tra le altre regole, ha quelle delle limitazioni poste dalle condizioni di riconoscimento (...). Sotto questo aspetto (...) è onere

sfumature diverse, in relazione ad una sequenza organizzata di atti e, in particolare, di negozi, si sostiene che “essa configura una fattispecie a formazione successiva che si qualifica, in senso ampio, *procedimento* e consiste in più atti giuridici successivi diretti alla medesima finalità, dei quali ogni atto che segue presuppone necessariamente il precedente, e prepara e preannuncia il susseguente”¹⁸⁸.

l’intero adeguamento dell’attività dei privati al sistema dell’autonomia privata condizionante riconoscimento e tutela. Si profila quindi un’entità di posizione più vasta per cui il concetto di onere appare meglio formulato nei termini generali (...) che non in quelli particolarmente riferiti al procedimento”.

Sul punto, cfr. DI PRISCO, *Procedimento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano 1986, 861: “Sull’autonomia dell’onere quale figura giuridica nella cornice del procedimento di diritto privato non vi possono essere dubbi: quando si parla di onere delle parti di tenere un comportamento determinato nello sviluppo del procedimento, si pone l’accento sull’impulso verso quel comportamento che trae origine dalla valutazione di necessità operata dalla norma rispetto al fatto dell’attuazione di quel comportamento. La funzione primaria dell’onere resta in ogni caso quella di tutelare l’interesse del soggetto titolare della situazione passiva nonché di risolvere un conflitto di interessi facenti capo a soggetti diversi. La norma predispone, perciò, per le ipotesi di osservanza o mancata osservanza del comportamento, conseguenze alle quali non può disconoscersi il carattere di sanzione”.

¹⁸⁸ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1960, 307, così testualmente citato da ROMANO Salv., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano 1961, 17 s., il quale riprende ancora il contributo del Betti rammentando che “le forme più complesse di procedimento si incontrano nel campo del diritto pubblico (procedimento giurisdizionale e amministrativo) ma che non mancano esempi nel campo del diritto privato: si pensi alla relazione intercedente tra autorizzazione dell’autorità (art. 374, 375 c.c.) o dell’interessato (art. 1387) e negozio autorizzato o a quello tra delegazione e acollo esecutivo di essa (art. 1268 c.c.) o tra procura e negozio concluso in rappresentanza. Per contro non configura una sequenza organizzata la relazione tra la dichiarazione cambiaria iniziale e le successive girate, dotate ciascuna di efficacia propria o indipendente (...). Vero è che accanto a questo discorso si pone quello dei negozi semplici e complessi e che torna ad intorbidarsi il rapporto col procedimento, il quale aspetto appare considerato più a fondo nella dottrina pubblicistica (...). Si accenna ai negozi complessi come negozi che risultano dalla fusione organica e inscindibile di più atti senza efficacia a sé stante. Si distingue anzitutto una complessità oggettiva (più dichiarazioni dirette a regolare la medesima materia e richiamantisi, almeno implicitamente, l’una all’altra, ad opera di uno stesso soggetto): così ad es. una disposizione testamentaria o una proposta contrattuale che constino di una pluralità di clausole «magari cronologicamente distanti l’uno dall’altra (testamento e codicillo, proposta iniziale e fattura, clausola compromissoria aggiunta al convenuto testo del contratto)» (...). Successivamente si parla di una complessità soggettiva che darebbe luogo a più gravi problemi: si tratta di negozi che constano di dichiarazioni o comportamenti omogenei, concernenti il medesimo oggetto e che sono opera di due o più soggetti diversi. L’ipotesi concerne ogni

In tale prospettiva, si evidenzia che la nozione di fattispecie “è in sé eminentemente statica, mentre può propriamente qualificarsi tale solo quando produca effetti definitivi”¹⁸⁹, laddove l’idea del procedimento rimanda all’esercizio dell’autonomia privata, in relazione al ciclo negoziale che va “dalla formazione degli atti (inizio dell’esercizio) fino al risultato finale ed *effettivo* (conclusione dell’esercizio)”¹⁹⁰. Nella sistematica del codice la disciplina

negozio cui partecipano più soggetti. E si rileva che quando le molteplici dichiarazioni o comportamenti, reciprocamente complementari, sono cronologicamente distanti tra loro, «si configura, daccapo, una fattispecie a formazione successiva» (...): sembra doversi intendere, con questo riferimento, che si configura anche qui un procedimento sotto l’aspetto di un nesso di continuità o legame di sequenza (...).”

¹⁸⁹ DI PRISCO, *Procedimento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano 1986, 840 s.: “D’altra parte, se gli elementi di fatto di cui consta la fattispecie sono coordinati in relazione al risultato che si vuole raggiungere, non può disconoscersi che un elemento si presenta come principale e gli altri come complementari, lo seguano o lo precedano in ordine cronologico. In tale senso si attenua lo schema prevalente della fattispecie che assurge a vero e proprio «complesso di fatti»” (p. 841).

¹⁹⁰ ROMANO Salv., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano 1961, 7. Anche DI PRISCO, *Procedimento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano 1986, 842, osserva che la produzione di effetti giuridici rimanda la verificarsi di più fatti (o atti) ed in tale linea di pensiero si affaccia lo schema del procedimento. Rileva infatti che la “cornice ampia nella quale si riconduce il fenomeno è quella della combinazione dei fatti giuridici. La dottrina privatistica si è limitata a descrivere le diverse ipotesi di combinazione di fatti od atti giuridici richiamando il modulo della fattispecie complessa, costituita da più atti anche di natura diversa, oltre che in generale i fenomeni giuridici complessi. Tali fenomeni sono diversi a seconda che i fatti debbano venir posti in essere contemporaneamente o successivamente in un dato ordine ed integrano perciò, nel primo caso, la fattispecie complessa a formazione concomitante, nel secondo, la fattispecie complessa a formazione necessariamente successiva. Quest’ultima figura ha assunto un rilievo incisivo nella dinamica giuridica, perché in riferimento ad essa sono stati affrontati i problemi degli effetti preliminari, della perfezione distinta dell’efficacia e delle deviazioni dal principio di simultaneità (...).” (p. 843).

Osserva il Romano, *Introduzione* cit. (p. 7), che “un ampio concetto di procedimento debba formularsi in termini generali, avendo riguardo ad ogni svolgimento (azione) di potere”. In via esemplificativa, l’Autore pone “in luce la combinazione «*del contratto definitivo, col contratto preliminare o del contratto interpretativo col contratto interpretato*» [cit. da CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3a, Roma 1951, 356]; analogamente il contratto di vendita di cosa altrui (art. 1478 c.c.) si combina col diverso contratto di acquisto che il venditore faccia per perfezionare il primo. In quest’ultimo esempio l’uno e l’altro contratto rientrano nell’esercizio del potere dispositivo dell’alienante unitariamente concepito e convergente verso il risultato. Occorre dunque trovare nel ciclo di un esercizio, e indipendentemente da ogni complessità del percorso o da interferenze di diversi procedimenti «combinati», il campo in cui si pone e nel tempo stesso si delimita la materia del procedimento”. Il Romano osserva ancora

dell'azione giuridica appare ampiamente considerata, come si desume da “norme particolari di diretto riferimento procedimentale: ad es. gli artt. 1206 ss. cod. civ. sulla mora del creditore; 1286, sulla procedura di scelta nelle obbligazioni alternative; 1326 sulla conclusione dei contratti”, cui si aggiungono prescrizioni di volta in volta dettate in relazione ad atti da compiersi in una sequenza predeterminata¹⁹¹. Si osserva, infatti, che un atto giuridico, una volta

(pp. 18-24) che il “potere si esplica appunto nel procedimento, legato alla condotta giuridica di un rapporto che è giuridico proprio in quanto se ne «regola» l'accadimento, il «farsi»; mentre il rapporto si definisce «di fatto» quando il suo accadimento è estraneo alla regola, che si limita a valutare le conseguenze, cioè il «post» (fatti naturali, illeciti) (...). Richiamiamo ancora, a proposito dell'autonomia privata, (...) rilievi sul fondamento costituzionale dell'intera sfera della medesima (...) e l'affermazione che i risultati dell'esercizio dei relativi poteri si concretano in termini di diritto obiettivo (...). Ora il rapporto tra questo ordinamento e quello superiore – statale- che lo riconosce, lo coordina col proprio, lo tutela, non sembra che possa risolversi in valutazioni di fatto nel senso della c.d. fattispecie: si tratta di diritti obiettivi coordinati nel senso di una pluralità di ordinamenti posti sul piano interno dell'ordinamento giuridico unitariamente considerato. Alla coordinazione delle fonti fa riscontro quella dei risultati”. Secondo l'Autore, è importante “sostituire alla unilaterale visione della fattispecie, non un elemento ma un sistema di elementi. E in prima linea, quello di una azione giuridica –e quindi di un procedimento giuridico- dalla quale scaturisca la stessa giuridicità del mutamento da una situazione giuridica iniziale ad una finale. In questo quadro una «valutazione» di conformità di esercizio di poteri e di risultati alle condizioni di riconoscimento predisposte dall'ordinamento superiore è cosa diversa e molto più complessa del riferimento alla fattispecie (...); per contro questa acquista un senso più aderente all'impiego corrente del termine nelle ipotesi di un conflitto che pone ad un giudice il compito di attuare l'ordinamento in relazione ad un «caso» (...)”.

¹⁹¹ ROMANO Salv., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano 1961, 27. DI PRISCO, *Procedimento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano 1986, 845, rileva che “il profilo del procedimento è svolto dalla dottrina che si occupa della formazione della volontà nelle persone giuridiche. Si rileva a tale proposito che nell'individuo fisico la formazione della volontà è presa in esame solo ove da segni esteriori se ne possa presupporre, nell'ambito dell'attività negoziale, uno svolgimento anormale (ad esempio, per i vizi della volontà), in quanto la valutazione normativa include più che l'azione, cioè il procedimento a mezzo del quale gli autori del negozio hanno fissato la regola, soprattutto tale regola. Nelle persone giuridiche, invece, il processo di formazione della volontà è regolato da precisi precetti formali, è un procedimento del tutto esteriore, controllabile nelle singole fasi, perché la legge vuole garantire la regolare e ponderata formazione della volontà dell'ente. Si ritiene altresì il procedimento applicabile all'agire di persone fisiche nell'esercizio di attività funzionali, anche all'infuori dell'ipotesi di collegamenti tra persone del tipo di tutore-pupillo (...). L'elaborazione dottrinale volta a definire con esattezza il concetto di procedimento nel suo contenuto e nei suoi limiti, si rivela travagliata, articolata altresì in argomentazioni molteplici. Si è espresso

perfezionatosi –nei suoi elementi costitutivi- e divenuto definitivo per il tramite di attività successive al suo perfezionamento ed “infine eseguibile in virtù delle ulteriori modalità (documentali, pubblicitarie, ecc.), acquista efficacia, cioè diventa produttivo di effetti giuridici, classificabili diversamente secondo i destinatari, l'estensione spaziale o quella della durata”¹⁹².

Viene sostenuto che nel procedimento in senso tecnico confluiscono attività di più soggetti, cui si imputano i diversi atti della “serie dotati di individualità giuridica propria ma ricongiunti in una superiore unità, perché incidono sul nascere, sullo svolgimento e sulla fine di un rapporto più ampio”¹⁹³: il

talvolta il dubbio se si tratti di un vero e proprio istituto giuridico o se l'accezione vada assunta in un significato puramente empirico (...)."

¹⁹² DI PRISCO, *Procedimento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano 1986, 847: “Le diverse formulazioni dottrinali pongono l'accento sulla serie di atti e di comportamenti che, pur dotati di autonomia, sono collegati in vista di un effetto giuridico finale; ad un atto iniziale seguono atti intermedi ed un atto terminale: quest'ultimo è definito atto principale, gli altri sono preparatori e interinali. Secondo che la serie degli atti sia o meno obbligatoriamente definita da una norma giuridica, nel numero e nell'ordine di successione dei suoi elementi, risalta una duplice contrapposizione, variamente espressa dai diversi autori che parlano di procedimento necessario e non necessario, obbligatorio o volontario, formale e non formale (...). L'Autore osserva ulteriormente che “vive discussioni vertono (...) sugli effetti prodotti dagli atti accessori nei confronti dell'atto principale: tali atti sono spesso indicati come requisiti o definiti *condiciones iuris*, «presupposti», «situazioni giuridiche» o «stati di pendenza»; si aggiunge, inoltre, che sono configurabili come elementi del procedimento, quando siano non soltanto presupposti di validità o di efficacia dell'atto finale ma anche necessari per la sua perfezione (...)” (p. 848).

Cfr. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939, 142, secondo cui gli effetti giuridici preliminari “esplicano la funzione mediata di assicurare la futura produzione degli effetti definitivi, nel senso che l'ordinamento giuridico si serve di essi a tale scopo”. Tale funzione, distinta da quella immediata - rappresentata dal contenuto dell'effetto (pp. 147 e 152) -, assicura “da un lato la futura realizzazione degli elementi ancora mancanti, dall'altro lato la persistenza degli elementi già realizzati - di quelli, almeno, la cui persistenza è necessaria fino al completarsi della fattispecie (...). Correlativamente, poiché ogni effetto giuridico si riferisce ad un interesse che intende tutelare - pur ottenendone il soddisfacimento solo attraverso il procedimento più o meno complesso (...) -, è dato osservare che l'interesse tutelato con gli effetti preliminari è diverso dall'interesse che sarà tutelato con gli effetti definitivi, e consiste nell'interesse (attuale) alla futura insorgenza degli effetti definitivi (...)” (p. 151).

¹⁹³ DI PRISCO, *Procedimento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano 1986, 852. Ne consegue che all'ipotesi di procedimento è essenziale “che i singoli atti siano posti in essere ora dall'uno ora dall'altro dei soggetti del rapporto e che vi siano interessi contrapposti che devono

essere salvaguardati durante lo svolgimento delle attività. Queste due esigenze pongono in luce il contenuto omogeneo del procedimento che può risultare composto solo di atti, ossia di comportamenti umani volontari e non meri fatti, perché il procedere, il movimento giuridicamente preordinato è configurabile solo riguardo agli atti". Ancora, l'Autore osserva che il "procedimento è costituito (...) da susseguirsi di comportamenti definitivi e postula la produzione di effetti definitivi prima del suo completamento: i singoli atti non sono una frazione della fattispecie finale né in essa risultano assorbiti (...). Lo schema della sequenza organizzata, accolto anche se con eccessiva ampiezza dalla dottrina, può essere richiamato per il procedimento che si risolve pertanto nel collegamento funzionale di atti volti alla produzione di un «effetto giuridico integrale»: ogni atto strutturalmente autonomo agisce in un momento precedente con un effetto a sé, sia pure collegato a quello che scaturisce dall'atto susseguente. Non è possibile distinguere l'effetto giuridico del procedimento dagli effetti giuridici dei singoli atti collegati: questi hanno effetti giuridici propri che non sono interinali e conservativi rispetto all'intero procedimento. La efficacia del procedimento è connessa al completarsi della successione dei momenti nei quali si esplicano i diversi atti; perciò è giusto dire che il procedimento è sempre struttura sostanziale che scaturisce da una catena di atti. In tal senso l'analisi poggia sulla consequenzialità che gli atti successivi hanno in confronto al primo e pone in luce più che la loro giustapposizione statica il loro coordinarsi e susseguirsi. Da tale punto di vista si possono inquadrare adeguatamente le ipotesi di successioni di atti ben note alla dottrina privatistica (ad esempio: autorizzazione e atto autorizzato, atto da confermare e conferma), che si formano in vista della modificazione giuridica collegata alla serie e non ad uno di essi che sia da definire atto centrale o finale (...). In effetti, nell'ipotesi di autorizzazione (giudiziale o amministrativa) collegata all'atto autorizzato del privato, il mancato innesto dell'autorizzazione sul procedimento induce un vizio di struttura con conseguente nullità del risultato finale. Si pensi inoltre all'ampia cornice di ipotesi in cui un soggetto dà il suo consenso all'altrui negozio o all'altrui disposizione. La legge richiede per la valida formazione di un atto il consenso preventivo di un soggetto che è terzo rispetto al rapporto regolato, pur avendo ad esso un certo interesse: in tali casi l'autorizzazione non può essere configurata come elemento di una fattispecie complessa, perché il consenso preventivo del privato è un autonomo atto giuridico, che non concorre con il negozio dell'autorizzato alla produzione dell'identico effetto ma agisce in un momento precedente con un effetto autonomo sia pur collegato funzionalmente a quell'atto. In tale prospettiva il procedimento, più che esprimere il complesso degli stadi di sviluppo di un singolo atto o risolversi in una qualificazione dell'atto che risalta nel momento terminale della serie, consiste di atti distanziati nel tempo (...). In tali casi il procedimento è da considerare struttura necessaria, in quanto la serie degli atti, nel numero e nell'ordine, è prescritta dalla legge con la conseguenza che eventuali infrazioni si ripercuoteranno sulla validità od efficacia dell'atto cosiddetto principale (o di quello che ne tiene le veci). Esso si distingue poi dagli istituti consimili, nei quali sono raccolti vari atti giuridici connessi da vincoli di molteplice natura, quali il contratto, l'atto complesso e l'atto collegiale, che pure possono risultare costituiti in base a un procedimento. In tali istituti nota costante ed uniforme è l'omogeneità degli elementi che concorrono a costituirli: nel contratto non vi saranno che dichiarazioni di volontà, ed anche nell'atto complesso e nell'atto collegiale i vari elementi avranno eguale natura giuridica, sia che l'effetto giuridico complessivo si concreti in una dichiarazione di volontà, di rappresentazione o di sentimento (...). Nel procedimento invece tale caratteristica non è nota costante, mentre risalta la connessione tra atti accessori o preparatori e un atto principale. I criteri variamente formulati in dottrina per definire tele stato di cose, pur indiscutibilmente esatti, non sono esaurienti, perché pongono l'accento solo

procedimento individua, quindi, atti che, ancorché autonomi, devono svolgersi in un ordine prefissato e secondo forme stabilite per la produzione di un medesimo effetto giuridico, in guisa che è quest'ultimo a caratterizzare il procedimento, nel senso che l'effetto scaturisce dall'insieme degli atti e non solo dall'ultimo "della serie che è inteso come la sintesi del procedimento"¹⁹⁴.

Si giunge, così, ad affermare che l'azione giuridica privata e il suo procedimento mirano alla produzione di un effetto che passa attraverso il filtro dell'ordinamento, cui "è riservata la valutazione dell'efficacia, cioè della forza

sull'ordine necessario che deve legare fra loro i vari elementi, sulla serie di atti dei quali l'uno è la premessa logico-giuridica degli altri. Si pensi alle ipotesi di negozi collegati necessariamente (...) che pongono in essere una sequenza di atti ordinata a un fine unitario (...). In tale ipotesi risalta l'omogeneità degli elementi costitutivi; ma il criterio distintivo più completo nei suoi enunciati si può esprimere configurando la pluralità di comportamenti tra loro collegati e distribuiti in guisa che l'effetto giuridico ultimo al quale servono, positivo o negativo che sia, non è mai il prodotto di tali comportamenti concorrenti, ma di uno solo di essi. Ne risulta una prima ragione di distinguere il procedimento dall'atto complesso e dall'atto contrattuale, perché sia per l'uno che per l'altro è presupposta un'equivalenza giuridica dei molteplici comportamenti e identico presupposto vale per la deliberazione collegiale che, oltre a ciò, assume la figura giuridica di atto unico risultante dalla fusione dei vari voleri (...). L'importanza dei rilievi esposti non rimane, d'altro lato, confinata nell'ambito dell'astratta teoria: l'appartenenza di un atto giuridico ad un procedimento necessario o ad un atto complesso può importare notevoli conseguenze anche nella pratica. Ad esempio, quando si sia verificato nel corso di un procedimento un caso di invalidità, è da ritenere che la serie degli atti debba iniziare dall'ultimo atto valido, perché l'invalidità dell'atto finale non si ripercuote all'indietro né comporta l'invalidità degli atti precedenti: il procedimento rimane aperto e gli atti-presupposto divengono «atti inutili». Negli atti complessi e contrattuali, invece, l'annullamento di un atto trascina nel suo dissolvimento anche le precedenti manifestazioni (...).

¹⁹⁴ "Quando si accetta tale conclusione, si ravvisa la caratteristica peculiare del procedimento nella circostanza per la quale ciascun atto è elemento costitutivo dell'effetto finale". Così DI PRISCO, *Procedimento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano 1986, 858, il quale rileva ulteriormente che l'atto finale "non può essere staccato dai precedenti, ciascuno dei quali è presupposto del successivo, non dell'ultimo, e se ne differenzia perché il procedimento risulta da una serie di atti attraverso i quali l'effetto finale si forma elemento per elemento. Sotto tale profilo lo studio del procedimento concerne non l'atto nel suo *iter* formativo ma la realizzazione dell'effetto. L'unità sistematica del procedimento quale categoria logico-positiva, si pone in riferimento all'unità dell'effetto giuridico: se l'effetto è qualificazione dell'attività dei soggetti o modalità di comportamenti, non può essere scisso dall'antecedente del fatto e considerato in una prospettiva meramente strumentale, perché inserendosi nella realtà giuridica partecipa della struttura del fenomeno".

degli atti privati di produrre il loro effetto”¹⁹⁵. Si osserva, infatti, che la ricchezza di contenuti del procedimento si manifesta nella possibile presenza di norme poste sia dalla legge che dall’autonomia delle parti: risalta non solo la scansione temporale degli atti, ma la successione di facoltà, poteri e doveri collegati necessariamente l’uno in funzione dell’altro in vista dell’effetto finale¹⁹⁶.

¹⁹⁵ ROMANO Salv., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano 1961, 215, rileva che una “definizione di completezza del sistema privato trova il suo fondamento nella stessa completezza delle regole fondamentali del procedimento, ma anche il suo limite nell’accordo che presiede alla formazione di quelle regole, alla loro osservanza e all’autocomposizione di ogni divergenza. La rottura dell’accordo conduce al ricorso all’ordinamento superiore e fa sorgere il problema dell’efficacia derivante dalla legge agli atti compiuti nell’osservanza delle condizioni previste (...). Naturalmente alla regola seguono le particolarità: così all’ordinamento privato competono, eccezionalmente e per espressa disposizione di legge, poteri di efficacia (arbitrati ad es.) e alla legge, normalmente, produzioni di effetti che si dicono, appunto, *ex lege*, e che riflettono elementi imprescindibili nelle strutture degli istituti, e ciò fino a determinare legittimazioni di risultati (ad es. legittimazioni possessorie)”.

Nel corso del suo studio, il Romano individua argomenti che consentono di illustrare il procedimento nelle sue partizioni generali. Tra gli altri, si fa l’esempio (p. 124), dell’acquisto dei diritti, a titolo originario o derivativo e, in quest’ultimo caso, traslativo o costitutivo (per distacco delle facoltà da un diritto preesistente), distinguendo “ancora successioni «inter vivos» e «mortis causa» (...); (...) le prime sono a titolo particolare mentre le seconde sono a titolo universale e particolare etc. (...). Gli esempi sono poco variati: una donazione che comporta trasferimento «della» proprietà, o la costituzione di un usufrutto, l’eredità e il legato. Talvolta però si avverte la necessità di esser cauti nell’identificazione acquisto-successione, per es. quando si accenna che successione è termine di concetto più ampio di quello di acquisto in quanto comprensivo di intieri rapporti e quindi anche di obblighi come nella successione *mortis causa*. Può chiedersi, a questo punto, se sia configurabile come successione quella del mandatario ad es. in un mandato ad alienare. Non sembra che la dottrina ricorra senza ragione a concetti diversi, come quello di sostituzione (...). Ed analogamente può chiedersi se sia successione quella dell’acquisto del mandante (mandato ad acquistare), degli effettivi acquirenti nelle situazioni di simulazione e di fiducia. Sorge poi il dubbio che possa discutersi se risponda al concetto tecnico di successione quella *mortis causa* a titolo universale, almeno senza ulteriori specificazioni (...).Sembra ovvio il rilievo che in tutti gli esempi adottati operano precise nozioni di potere la cui azione si svolge con meccanismo procedimentale determinato. Così se si traccia il quadro partendo dalla proprietà intesa come situazione –*status rei*- obiettiva delle cose, si comprendono in pieno gli aspetti di una successione traslativa e costitutiva. Se si parte invece da una situazione giuridica soggettiva di potere o altro, all’inizio o ad un punto qualsiasi di un procedimento negoziale e nell’incontro di procedimenti diversi (...) si percepisce un diverso aspetto: quello di una sostituzione in atti, rapporti, risultati” (p. 125).

¹⁹⁶ “Ciò accade perché la legge, quando utilizza il procedimento, disciplina non soltanto un certo atto destinato a svolgere certi effetti tipici, bensì anche atti che lo precedono e lo preparano, rendendo in tal senso controllabile tutto l’*iter* di atti attraverso i quali si perviene

Ciò attraverso le norme che disciplinano il procedimento e assicurano l'equo contemperamento degli interessi contrapposti; in tale ottica si è perspicuamente osservato che lo studio del procedimento è studio "sulla buona fede attivamente intesa, che è valutazione di quel che si fa o si dichiara sulla base di quel che si sa o non si sa"¹⁹⁷. Riemergono così le clausole generali dell'ordinamento di buona fede, lealtà e correttezza¹⁹⁸, attraverso le quali la nozione di procedimento si cala nella dinamica giuridica e, per quanto qui interessa, nelle vicende acquisitive della proprietà, che si agitano tra gli artt. 1376 e 2644 c.c. sullo sfondo della tutela dell'affidamento.

alla emanazione di un determinato effetto finale (...)" . Così DI PRISCO, *Procedimento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano 1986, 860 s., il quale aggiunge che "La struttura del procedimento, se viene posta a raffronto con quella risultante dallo svolgimento della fattispecie, risulta più ampia, in quanto include gli atti che si possono definire preparatori; non si può a tal proposito dimenticare che nel settore del diritto privato si va attenuando la visuale prevalente per la quale le norme si limitano a regolare gli atti con cui il privato dispone del proprio patrimonio, prescindendo dalle eventuali attività preparatorie che li hanno preceduti (...). La rilevanza del momento preparatorio dell'attività si chiarisce solo quando si riconosca che contribuisce allo svolgersi del procedimento la valutazione del dovere, che spesso si accompagna a quella di potere. All'elemento della necessità giuridica deve assegnarsi un ruolo determinante nello sviluppo del procedimento, tanto da qualificarlo. Le caratteristiche formali della fattispecie procedimentale non bastano a distinguerla dalle altre fattispecie: la distinzione è da fondare sulle peculiarità del modo con cui ciascuno degli atti introduce in termini giuridici quello successivo. L'elemento della doverosità in ogni caso sussiste ed in tal senso la fattispecie risulta individuata in base ad un dato idoneo a conglobare l'intera serie degli atti" (p. 861). "L'elemento del dovere è presente anche nelle figure di procedimento cosiddetto necessario (...) nelle quali la serie degli atti è idonea a integrare lo schema predisposto dalla legge proprio perché esiste l'obbligo di un altro soggetto al compimento dell'atto collegato a quello iniziale del procedimento" (p. 862).

¹⁹⁷ ROMANO Salv., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano 1961, 28.

¹⁹⁸ DI PRISCO, *Procedimento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano 1986, 861.

CAPITOLO III

LA TRASCRIZIONE NEL PROCEDIMENTO DI ACQUISTO DELLA PROPRIETA'

SOMMARIO: 1) Il trasferimento della proprietà come procedimento. 2) La dottrina che critica il dogma del consensualismo. 3) La proprietà tra consensualismo, assolutezza e opponibilità. 4) Le esigenze della circolazione giuridica e dell'affidamento. 5) *Segue*: rafforzamento dell'idea di procedimento di trasferimento della proprietà. 6) Spunti conclusivi.

1) La dottrina che ha approfondito il concetto di procedimento nel diritto privato ricomprende espressamente la trascrizione e il trasferimento della proprietà in tale figura. Si osserva, infatti, che la trascrizione configura una fase di un procedimento necessario¹⁹⁹, in cui la sequenza dei comportamenti integra lo schema inderogabilmente posto dalla legge, concatenandosi l'obbligo "di un altro soggetto al compimento dell'atto collegato a quello iniziale del procedimento"²⁰⁰. Si osserva, inoltre, che "la successione, in una vendita, concerne lo *status rei*, nel

¹⁹⁹ ROMANO Salv., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano 1961, 77: "il procedimento appare obbligato senza possibilità di azioni divergenti dal regime legale: ciò vale ad es. (...) per la trascrizione".

²⁰⁰ DI PRISCO, *Procedimento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano 1986, 862 e nt. 68. Riferendosi all'opera del Romano, *Introduzione cit.*, il Di Prisco rileva che quando si accenna al procedimento necessario sembra escludersi "il rilievo della figura del dovere, richiamando soltanto la inderogabilità del regime legale; esempio: per la celebrazione del matrimonio, per il procedimento di formazione dell'atto pubblico, per la trascrizione, per la parte formale dei testamenti (...). In realtà anche il procedimento necessario si qualifica per la esistenza di norme che disciplinano «le fasi della sequenza nella loro giuridica coordinazione» (FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941, 191) e contemplano effetti giuridici distinti, perché ogni effetto giuridico si riferisce ad un interesse che intende tutelare, ponendosi come «modalità di comportamento» (FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano 1965, 473 ss.) o come «qualificazione» dell'attività dei soggetti attraverso la mediazione del dovere (CAMMARATA, *Il significato e la funzione del «fatto» nell'esperienza giuridica*, in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano 1963, 267)".

senso di un passaggio di una *res* da una sfera di poteri ad un'altra. Si tratta quindi di una successione di assoggettamenti della *res*, legata al procedimento"²⁰¹.

Orbene, a fronte della regola di cui all'art. 1376 c.c. – in virtù della quale il trasferimento che per essa si realizza dovrebbe essere integrale ed immediato²⁰² – risalta una possibile separazione dei poteri dai diritti, come accade, ad esempio, nei casi del differimento dell'efficacia traslativa per volontà delle parti (*ex art. 1465, comma 2, c.c.*) o della vendita a rate con riserva della proprietà (*ex art. 1523 c.c.*) in cui l'acquirente può esercitare il suo potere dispositivo (sulla cosa) solo al momento del pagamento dell'intero prezzo. Per quanto è qui di interesse, la dottrina in esame annota che "nell'intervallo di tempo tra il momento della conclusione del contratto di vendita immobiliare e quello della trascrizione sussiste, ancora, una separazione tra il diritto già esercitabile e il potere dispositivo che segue solo alla trascrizione", assistendosi, così, a un graduale sviluppo della situazione proprietaria fino al "raggiungimento della piena *potestas*" sulla cosa. Ancora, proprio in relazione all'art. 2644 c.c., si rileva che "in fase di procedimento accade che ad un certo punto l'acquirente non può esercitare ancora il potere dispositivo, ma l'alienante, con l'atto di alienazione, ha determinato una preclusione ad un nuovo esercizio"²⁰³.

²⁰¹ ROMANO Salv., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano 1961, 127 s.: "la sostituzione si riferisce all'intera sfera di poteri. Cessa la potestà di autonomia di un soggetto, subentra – per accordo - quella di un altro soggetto".

²⁰² Annota infatti FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova 2008, 66 s., che il principio dell'efficacia traslativa del consenso dovrebbe comportare "un'equazione necessaria fra contratto ed effetto traslativi, sicché, stipulato il primo, si produca automaticamente il secondo. Infatti, se il titolo è anche modo d'acquisto, il contratto preordinato all'alienazione dovrebbe esplicitare un'efficacia immancabilmente ed immediatamente traslativa. Per una serie di ragioni la conclusione è invece contraddetta a più riprese dal diritto positivo e dalla logica, l'uno e l'altra avvezzi a numerose incrinature del sillogismo". In relazione agli artt. 1376 e 2644 c.c., l'Autore indica il secondo acquirente primo trascrivente come proprietario «forte», mentre il primo acquirente *ex art. 1376 c.c.* è proprietario «debole» (*v. infra*).

²⁰³ Salvo, in base al meccanismo prefigurato dall'art. 2644 c.c., "il possibile abuso dell'alienante". Così ROMANO Salv., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano 1961, 128, nt. 21, anche in relazione agli esempi citati di cui agli artt.

2) A tali rilievi si affiancano quelli della dottrina che, in un'ottica più generale, ritiene che il consensualismo non si sia completamente affermato nel nostro ordinamento, alla luce di molteplici indici che possono ricavarsi dal sistema.

Un primo spunto di riflessione deriva dalla constatazione per cui, a fronte dell'introduzione della regola dell'efficacia traslativa del consenso ad opera del codice napoleonico – regola che, come è noto, rompeva con quella di diritto comune di derivazione romanistica, secondo cui dal contratto nasceva solo un obbligo di dare e il trasferimento della proprietà era “riservato alla *traditio*, cioè all'atto di esecuzione del contratto, con cui l'alienante trasmetteva il possesso della cosa all'acquirente”²⁰⁴ –, la consegna permane nella trama del nostro ordinamento come atto necessario e sufficiente per il trasferimento della

1465 e 1523 c.c. (e su cui si veda FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova 2008, 74 s.). Anche in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino 1993, 742, si rileva che può esservi “una dissociazione dei normali attributi della proprietà allorché il rischio viene scisso dalla titolarità del bene. Com'è noto, infatti, può avvenire che, in occasione di un progettato o attuato trasferimento di proprietà, i rischi si trasferiscano all'acquirente prima del potere di revindicare e del potere di disposizione. Così nella vendita con riserva di proprietà, sempreché intervenga la consegna della cosa; così nella vendita a termine (art. 1465, 2° co.); così, si può aggiungere, nella vendita sotto condizione risolutiva (retroattiva), se il perimento della cosa avviene fra il negozio e il verificarsi della condizione (...). Reciprocamente, il rischio può rimanere imposto al venditore, anche in presenza di tutti i requisiti di validità e d'efficacia del trasferimento: come avviene nel caso di perimento avvenuto fra la vendita (sotto condizione sospensiva) e il verificarsi della condizione (retroattiva)” (p. 742). Sul punto, cfr. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VIII, tomo 2, Milano 1995, 672 ss.

²⁰⁴ SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino 1993, 694 s., ove si rileva che una “storia ideale delle istituzioni giuridiche potrebbe vedere nel principio sancito dal C. Nap. l'omaggio reso dal codice liberale per eccellenza al dogma del diritto naturale, secondo cui ogni soggetto di diritti, sovrano nella sfera che gli compete, può, con un puro atto di volontà, liberamente disporre dei diritti soggettivi che gli appartengono. Ma la vera storia dei fatti non consente un così semplicistico riepilogo. Il C. Nap. non ebbe bisogno di introdurre il principio consensualistico in Francia, poiché il principio serpeggiava in Francia prima del codice, e perché nemmeno oggi il consensualismo è completamente affermato, né in Francia né in Italia (si pensi al contratto costitutivo di pegno, e ciò basterà per convincere che taluni effetti reali sono tuttora subordinati alla consegna) ”.

proprietà²⁰⁵. Vi sono infatti casi in cui, pur mancando una *causa solvendi* oggettiva (cioè l'obbligo di pagare), la *traditio* è idonea a trasferire la proprietà di cose mobili. Si pensi all'esecuzione volontaria di una disposizione testamentaria nulla o di una donazione nulla (rispettivamente, ex artt. 590 e 799 c.c.), che rende irripetibile ciò che sia stato eventualmente trasferito in proprietà, evocando così lo schema dell'adempimento delle obbligazioni naturali²⁰⁶. Anche in tale ultimo caso, infatti, analogamente all'adempimento di un debito prescritto, si ritiene che "colui che paga, se ha operato senza errore e senza coazione, perda non solo l'azione di ripetizione, ma altresì la rivendica; che dunque chi riceve acquisti la proprietà del bene"²⁰⁷. Lo stesso può dirsi nel caso di cui all'art. 770, comma 2, c.c., in cui la consegna costituirebbe un atto di disposizione efficace, analogamente a ciò che avverrebbe nel caso di spontaneo pagamento all'esito di

²⁰⁵ Infatti si osserva il che la "donazione manuale si perfeziona per virtù della consegna. Il comodato è efficace in quanto la cosa venga consegnata". Invero, "in singole e importanti ipotesi la vecchia regola romana o comune è pervenuta a noi, talora nel senso che la consegna è necessaria al trasferimento, talora nel senso che la consegna è sufficiente". Così SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino 1993, 695.

²⁰⁶ SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino 1993, 696, ove si intende per "esecuzione volontaria" la prestazione, il pagamento, "che (...) dà luogo all'irripetibilità. Sotto questo profilo, la esecuzione di cui agli artt. citt. ricorda assai da vicino l'adempimento dell'obbligazione naturale. Questa parentela fra l'adempimento del lascito nullo e l'adempimento dell'obbligazione naturale è ancora più visibile nel caso contemplato dall'art. 627 c.c. (il quale regola la disposizione fiduciaria sulla base dell'improduttività d'azione, e dell'irripetibilità di quanto si sia «spontaneamente eseguito», «trasferendo i beni alla persona voluta dal testatore»). In tema di lascito fiduciario, certo non produce effetto la promessa di adempimento (l'art. 2034 assicura questa soluzione); è poco probabile che quel «trasferimento» possa essere un atto traslativo consensuale (...); mentre è certo che il vero adempimento (così come l'adempimento delle obbligazioni naturali) dà luogo all'irripetibilità, e ulteriormente (...) al trasferimento della proprietà". Prima del passaggio riportato si annota la deviazione delle ipotesi di cui agli artt. 590 e 799 c.c. dal principio della causa, osservandosi che se "la disposizione mira a creare obbligazioni (come avverrà nel caso di legato per dannazione nullo) abbiamo addirittura il fatto (eccezionale nel sistema del nostro diritto, cfr. infatti l'art. 2034) per cui un'obbligazione non giuridica, non azionabile, funge come causa di una nuova promessa. Se la disposizione mira a trasferire immediatamente un bene (come avverrà nel caso della donazione) la conferma sarà un negozio consensuale traslativo" (p. 696).

²⁰⁷ SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino 1993, 697 s.

un gioco o di una scommessa (art. 1933, comma 2, c.c.)²⁰⁸. A queste ipotesi si accompagnerebbe, tra le altre, quella della donazione manuale di cui all'art. 783 c.c., riconosciuta dalla legge come contratto che si perfeziona con la *traditio*, senza necessità di forma solenne, e che si distingue dalle altre tradizioni perché non ha carattere solutorio e non presuppone un rapporto già esistente tra le parti²⁰⁹.

²⁰⁸ SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino 1993, 698 s., ove si osserva che nei casi di esecuzione di lascito fiduciario, di disposizione nulla, di obbligazione prescritta, di contratto di giuoco, di obbligazione naturale, nonché di liberalità d'uso, "manca un obbligo di pagare (una causa solvendi oggettiva), e tuttavia la consegna trasferisce la proprietà di cose mobili. Si potrà dire che, in materia di gioco, la forza occorrente per il trasferimento della proprietà della posta è offerta dal contratto, rispetto al quale la consegna si pone come puro requisito d'efficacia, come avviene per le condizioni «juris». La collocazione dell'art. 1993, e del capo XXI, possono ragionevolmente far concludere che gioco e scommessa costituiscono veri contratti nominati (...). Senonché, anche se denominati «contratti», il gioco e la scommessa, in quanto inidonei a creare il vincolo, non possono rappresentare una causa solutoria nel senso di obbligazione da estinguere. Beninteso, è possibile recuperare alla categoria delle cause solutorie anche il gioco e la scommessa, oltre che l'obbligazione naturale, e, con essi, la disposizione fiduciaria, l'uso di remunerare, ecc., argomentando in merito che tutte queste fattispecie non sono «cause obligandi» (non giustificano una promessa di pagamento), ma sono (...) «cause solvendi» (giustificano il pagamento). Nulla da eccepire su questa distinzione. Ma si acclari qual è il suo significato. Essa vuole dire precisamente che l'obbligazione non c'è, e che, nonostante ciò, la consegna trasferisce la proprietà. Il che è esattamente ciò che si vuol dire, quando si parla di una consegna astratta da ogni causa oggettiva. Certo, l'astrazione qui non è completa, perché l'efficacia della consegna non è del tutto indipendente dai precedenti rapporti intercorsi fra le parti (obblighi morali, accordi, usi, ecc.). Ma v'è astrazione rispetto alla funzione solutoria *oggettiva* dell'atto".

²⁰⁹ SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino 1993, 700 s., ove si osserva che la donazione manuale è una consegna "veramente scompagnata da ogni fatto precedente", concepita in relazione a motivi solamente soggettivi, "per animo di procurare una perdita a sé e un arricchimento ad altri (...). In regime di tradizione astratta, la consegna come modo per donare è un corollario del principio. Si può rovesciare la regola: ammesso senza limiti il dono manuale, eliminata la necessità dell'intento di donare per perfezionare la fattispecie, si ritorna automaticamente, anche senza dirlo, al regime della tradizione astratta". Ancora, si rileva che "dicendo che la donazione manuale è un contratto, non vogliamo dire ch'essa sia idonea a generare rapporti azionabili, cioè a generare a favore del donatario quelle ragioni che in virtù di patto adietto al negozio possono derivare da una donazione formale: responsabilità per evizione (...) o per vizi (artt. 797, 798). Se la donazione manuale si differenzia dalle tradizioni solutorie perché queste ultime si innestano su un rapporto precedente fra le parti, peraltro la donazione manuale ha questo in comune con le tradizioni solutorie, che non serve ad «aprire» un rapporto duraturo nuovo. L'origine storica

Di qui è breve il passo alla riflessione che vede i contratti reali come categoria in distonia con il principio consensualistico *tout court*, in virtù del quale ci si dovrebbe aspettare che ogni convenzione lecita incapace di perfezionarsi in forza del solo accordo “sia nulla per una qualche inidoneità del suo contenuto, sì che nessuna consegna potrebbe mai sanarla e renderla perfetta”²¹⁰.

Ancora, si rileva che il codice napoleonico prevedeva all’art. 1138 la regola generale, in virtù della quale l’obbligazione di consegnare (*livrer*) rendeva il creditore proprietario, ancorché non si fosse ancora verificata la *traditio*. Ciò posto, la dottrina in esame osserva che non vi era alcuna necessità di ripetere

dell’istituto sconsiglia qualsiasi diversa interpretazione. A questa povertà di effetti non osta il fatto che la donazione manuale è solitamente qualificata come valido contratto (alla pari con i contratti reali, e con il gioco e scommessa, e a differenza delle fattispecie giustificatrici di altre consegne solutorie)” (p. 701).

²¹⁰ SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino 1993, 705 ss. “Dire che il mutuo, il deposito, il comodato sono accordi leciti, e poi aggiungere che tali accordi non producono effetto se non interviene una consegna, equivale a negare che a questi accordi leciti sia applicabile la regola «pacta sunt servanda», oggi espressa dall’art. 1322, 1° co. (...)” (p. 705). Del resto, si osserva che la “volontà del legislatore, di mantenere la realtà del comodato, traspare, oltre che dalla formula dell’art. 1803 («il comodato è il contratto, col quale una parte consegna all’altra una cosa mobile»), anche, e più nettamente dai lavori preparatori (...), in cui si giustifica il carattere della realtà col fatto che i rapporti nascenti dal comodato sono «ai margini di quelli di cortesia». La volontà di mantenere il carattere reale del deposito appare dalla formulazione dell’art. 1766 («il deposito è il contratto col quale una parte riceve dall’altra una cosa mobile...»). Anche la velleità di assegnare un carattere reale al mutuo appare chiaramente dai lavori preparatori (...) e dalla formulazione dell’art. 1813 («il mutuo è il contratto col quale una parte consegna all’altra una determinata quantità di denaro o di altre cose fungibili...»). Ma, proprio a proposito del mutuo, fa bella mostra di sé l’art. 1822, rubricato come «promessa di mutuo»; ivi si precisano le ipotesi in cui il promittente è liberato dall’obbligo, e con ciò si viene implicitamente ma sicuramente ad affermare che la promessa di dare a prestito cose fungibili fa nascere il vincolo giuridico. Se dunque il codice richiama gli interpreti al rispetto di una lettera che appare il frutto di una scelta consapevole, e non solo del perpetuarsi istintivo di formule superate, tuttavia il codice stesso tiene poi un piede nella staffa della consensualità”(pp. 708-709). In materia di contratti reali, rileva GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VIII, tomo 2, Milano 1995, 686, che il nostro codice “considera ancora la consegna come elemento genetico di due contratti ad effetti traslativi, come il mutuo (art. 1813) ed il riporto (artt. 1548-1549) (...), accanto al comodato, al deposito e al pegno. La dottrina ha però agevolmente costruito, in base al principio generale di autonomia contrattuale, un mutuo consensuale accanto al mutuo reale, e un riporto consensuale accanto al riporto reale. Sicché il fatto della consegna come elemento essenziale ai fini dell’efficacia del negozio è stato sostanzialmente cancellato (...)”.

questa regola – se, appunto, generale - negli articoli dedicati alla vendita (art. 1583) e alla donazione (art. 938). In particolare, tale “ridondanza” si spiegherebbe grazie a una spia rivelatrice del pensiero dei sistematori dell’epoca, rinvenibile nel testo del menzionato art. 938: «La donazione debitamente accettata sarà perfetta per il solo consenso delle parti; e la proprietà degli oggetti donati sarà trasferita al donatario, senza che vi sia bisogno di altra consegna». La disposizione non afferma che la donazione produce effetti reali “senza bisogno di «alcuna» consegna, ma (...) che li produce senza bisogno di «altra» consegna”, il che significa che i “redattori erano del tutto assuefatti all’idea che la donazione contiene in sé una tradizione (naturalmente, una tradizione finta, ridicibile allo schema del costituito possessorio)”²¹¹.

L’*omaggio* del codice napoleonico all’efficacia traslativa del consenso deriverebbe, quindi, dalla presunzione di una finta *traditio*, presunzione i cui limiti segnano anche quelli della regola consensualistica, che, di conseguenza, non

²¹¹ Così SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino 1993, 720: “Gli studiosi francesi hanno pur messo in rilievo che prima ancora della codificazione napoleonica le donazioni e le vendite rogate in Francia avevano preso a contenere la clausola, poi divenuta clausola di stile, e infine divenuta clausola sottintesa, con cui il venditore o donatore si costituiva custode della cosa per conto del compratore o dell’acquirente”. Sul punto si veda la ricostruzione di MONATERI, *La sineddوحة. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano 1984, 415-419. Cfr. anche LUZZATTO R. *La compravendita* (ed. postuma a cura di G. Persico), Torino 1961, 20 ss.; GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VIII, tomo 2, Milano 1995, 682 ss., evidenza che il principio consensualistico fu introdotto in Francia sulla base della “triplice spinta di alcune idee della scuola del diritto naturale (...), di una consuetudine che si era andata instaurando in Francia grazie all’uso diffusissimo del costituito possessorio (...) e della esigenza di semplificare il criterio del cumulo tra *titulus* e *modus* che era stato elaborato in seno al diritto romano comune”. Tuttavia (p. 683), si evidenzia come “la nostra esperienza giuridica sia stata soggetta ad influenze diverse da quella francese. Tra queste hanno svolto un ruolo maggiore le reminiscenze del diritto romano comune ed i modelli tedeschi”; in Germania “Savigny ha insegnato (...) che la proprietà mobiliare si trasferisce mediante un atto astratto di esecuzione delle obbligazioni assunte nel contratto, perciò il momento del passaggio della proprietà è legato essenzialmente al *modus*” (p. 684). Osserva ancora l’Autore (p. 685) che le molteplici soluzioni adottate, sia nel nostro ordinamento come in altri, aiutano “a comprendere le ragioni per cui da noi l’introduzione del principio consensualistico, che pure data dall’epoca delle codificazioni ottocentesche, non sia stata né rapida né senza contrasti”.

poteva operare nei casi in cui il diritto richiedesse la consegna reale (come nel caso del pegno) o quando l'alienante non era nel possesso del bene al momento del contratto: "L'errore dei redattori del C. Nap. fu quello di aver identificato le piccole regole sulla tradizione finta come elemento naturale della vendita e della donazione con la grande regola giusnaturalistica che lega il passaggio della proprietà al consenso; e di aver poscia enunziato cumulativamente l'una e le altre regole senza scegliere fra esse con consapevole chiarezza (...). Ma, oggi come nel 1804, non basta una definizione legale generale per far scomparire la multiformità dei casi e delle soluzioni, quali emergono dalle singole norme contenute nel codice o in altre leggi, o dalle specifiche regole decisionali (...)"²¹².

Ad esempio, analogamente ai contratti reali²¹³, i diritti reali di garanzia non nascono dal solo consenso: infatti l'iscrizione di ipoteca ha carattere costitutivo e

²¹² SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino 1993, 721. Anche LUZZATTO R. *La compravendita* (ed. postuma a cura di G. Persico), Torino 1961, 21, in relazione al codice italiano del 1865 e a quello attuale, ritiene che nell'affermare il principio di cui all'odierno art. 1376 c.c. il legislatore "sia andato troppo oltre: è noto che, per certi contratti di alienazione, si richiede una certa forma; ora, l'esigenza di forma può, in questi casi, considerarsi come *duplice: l'atto scritto e la sua pubblicazione*, mediante la trascrizione in pubblici registri. L'art. 1376 (...) richiede, per la trasmissione del dominio, soltanto «il consenso delle parti legittimamente manifestato» ed allude, con ciò, oltre ai requisiti sostanziali, al requisito formale dell'*atto scritto, non alla trascrizione*: si ammette concordemente che il passaggio del dominio all'acquirente avvenga anche prima della trascrizione. Da ciò un grave inconveniente e cioè il pericolo che un atto di alienazione, già perfetto, si risolva; che l'acquirente, già divenuto proprietario, perda la proprietà della cosa. Sarebbe stato ben preferibile, dunque, che la legge avesse subordinato il passaggio della proprietà al compimento di *tutte le formalità* richieste, per certi atti di alienazione, dalla legge, e perciò anche della trascrizione (...)"

²¹³ FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova 2008, 73, osserva tuttavia che la "categoria dei contratti reali traslativi, a ben vedere, non arreca un'eccezione diretta al principio consensualistico", in quanto "rappresentano un'eccezione al principio di consensualità nella formazione dell'accordo, prima ancora che al principio consensualistico nella determinazione del risultato attributivo. E' evidente che un contratto perfezionantesi *re* non può strutturalmente trasferire *consensu*: la deroga al consensualismo pare tutto sommato subalterna (...)". Osserva inoltre l'Autore (p. 77) che l'eventuale "posticipazione dell'effetto reale rispetto al momento dell'accordo non contraddice l'operare del principio, giacché consensualità non significa necessariamente istantaneità". L'indagine va quindi concentrata, secondo il Ferrante, su limiti interni al consensualismo e rappresentati dalla norme poste per risolvere i conflitti tra diritti (su cui v. *infra*).

il pegno richiede la consegna della cosa o del documento²¹⁴. In relazione al pegno, si annota che, nonostante la recente evoluzione volta a individuare forme di costituzione della garanzia più agili rispetto a quella incentrata sull'impossessamento *tout court*, permane l'idea che vi siano degli indici di "esteriorizzazione" funzionalmente equiparabili alla consegna, in guisa che al consenso si affianca pur sempre un segno rivelatore esterno, un indice, in generale, di pubblicità²¹⁵. Del resto, anche la cessione del credito sembra svelare, secondo l'opinione in rassegna, un'insufficienza del consenso alla produzione dell'intera vicenda traslativa, in quanto la cessione ha effetto nei confronti del debitore ceduto quando questi l'abbia accettata o gli sia stata notificata (*ex art. 1264 c.c.*) e, nel caso di più cessioni di un medesimo credito, prevale quella per prima notificata o per prima accettata dal debitore, ai sensi dell'*art. 1265 c.c.* Analogamente, nel conflitto tra più diritti personali di godimento su uno stesso bene, il godimento spetta al contraente che per primo lo abbia conseguito, *ex art.*

²¹⁴ Cfr. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova 2008, 67 s.

²¹⁵ "E, su questo terreno, incominciamo a notare un parallelismo fra la tradizione della cosa mobile e la pubblicità del titolo immobiliare. Si suole insistere su un parallelismo dei due fatti, dal punto di vista teleologico (hanno in comune un fine di esteriorizzazione del rapporto); bisogna insistere sul parallelismo funzionale (valgono come modo per provocare gli effetti reali progettati nel titolo)". Così SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino 1993, 723.

1380 c.c.²¹⁶, e, solo in via residuale, a colui che vanta un titolo di data certa anteriore²¹⁷.

3) La dottrina in esame sostiene che per poter affermare che un diritto si trasferisce con il consenso, bisogna prima “svuotare il diritto di tutto ciò che il consenso non è capace di trasferire”. Ed infatti si rileva che se il consenso può essere sufficiente al trasferimento tra le parti, è pur vero che, in relazione ai beni mobili, “l’acquirente non è al riparo dagli effetti di una seconda alienazione fatta a persona in buona fede, se non si premunisce mediante la consegna (art. 1155 c.c.); la consegna deve essere reale; il costituito possessorio non sarebbe

²¹⁶ SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino 1993, 735, 740 e 741. “Si può notare un certo parallelismo fra cessione della proprietà e cessione del credito. La notifica al debitore comunque avvenuta, o la scienza di costui sono sufficienti per perfezionare gli effetti traslativi fra i soggetti del rapporto, ma di fronte al terzo la cessione opera solo se la notifica è avvenuta a mezzo di ufficiale giudiziario (...). La tendenza a subordinare gli effetti nei confronti del terzo al compimento di atti esterni (consegne e pubblicità) si manifesta anche in tema di doppia promessa di «pati», quando si tratti di promessa di lasciar godere una cosa determinata, ed anche in tema di promesse ed obblighi di «non fare», quando abbiamo come punto di riferimento una cosa immobile. In tema di doppia promessa di pati, il legislatore stesso regola il conflitto tra più conduttori sulla base della priorità nell’acquisto della detenzione (art. 1380) (...)” (p.741).

²¹⁷ FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova 2008, 82 ss., osserva che le regole che disciplinano il conflitto tra più aventi causa da uno stesso autore (tra le quali possono annoverarsi gli artt. 1155, 1265, 1380, 2644 c.c.) “si muovono tutte in direzione anticonsensualistica e segnano nel loro complesso un nuovo limite, ma questa volta generale ed interno del principio” consensualistico (p. 82). Rileva l’Autore (pp. 99-103) che il tratto unificante delle norme sul conflitto di diritti “attiene al fondamento razionale. Proprio l’unitarietà di *ratio* giustifica un regolamento positivo che erge le norme in esame a vero e proprio microsistema”. E ciò per la “sfiducia, storicamente consolidata e tuttora vitale, nell’idoneità del principio [consensualistico] a fungere da criterio certo e definitivo cui riannodare la circolazione conflittuale dei diritti”. Secondo l’Autore il fondamento di tali norme “dev’essere colto nella prospettiva della teoria generale della circolazione”: questi “criteri «extra» o «preter-consensualistici» (la consegna del mobile, la notifica della cessione del credito, l’esercizio del diritto personale di godimento, la trascrizione e così via), in forza della loro tendenziale oggettività e pubblicità, ascrivono al titolo una particolare preferenza, indipendentemente dal tempo della sua formazione”. Risulta, perciò, “oltremodo improprio relegare le norme sul conflitto al rango d’«eccezioni». Esse sono tanto generali e «sistematiche» quanto il principio enunciato dall’art. 1376 c.c.”, con il quale si pone, quindi, un problema di coordinamento.

sufficiente. Un analogo rischio grava sull'acquirente della proprietà immobiliare s'egli non si cautela mediante la trascrizione del titolo (art. 2644)²¹⁸.

²¹⁸ SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino 1993, 740. Si rileva che il principio consensualistico non si applicherebbe a tutti i diritti assoluti, a tutti i contratti, a tutte le cose, a tutti gli effetti del trasferimento. "In relazione a taluni diritti, ad alcuni beni, ad alcuni contratti, ad alcuni effetti, s'impone ancora oggi il vecchio modo d'acquisto, l'atto esecutivo della convenzione: per i beni mobili, la consegna, o tradizione" (p. 719). "Quando si dice che da noi la proprietà passa con il consenso fondato su una causa, mentre in Germania la proprietà passa con la tradizione astratta o con la formalità immobiliare astratta, si finisce per occultare involontariamente la grande massa di punti di contatto che esistono fra i due ordinamenti. Attraverso l'azione di dolo generale (...), i tribunali germanici reprimono il comportamento del terzo che scientemente frustra la fondata speranza d'acquisto del promissario di dare; attraverso l'azione di ingiustificato arricchimento, la legge germanica consente a chi ha trasferito senza causa di riottenere la cosa in natura, conseguendola se del caso conto il terzo acquirente a titolo gratuito (...); reciprocamente, da noi, il terzo acquirente possessore, se non è in mala fede, è al riparo dalla rivendica di chi ha acquistato per primo (art. 1155), come anche è al riparo da ogni rivendica chi ha acquistato da colui che ha ricevuto la cosa indebitamente (...)" (p. 740). Si veda la testuale citazione dell'opinione del Sacco in FURGIUELE G., *Il contratto con effetti reali fra procedimento e fattispecie complessa: prime osservazioni*, in *Diritto privato*, I, *Il trasferimento in proprietà*, Padova 1995, 92 e note da 33 a 36.

Proprio in relazione alla vendita di beni mobili, la dottrina (F. BOCCHINI, in F. BOCCHINI e E. QUADRI, *Diritto privato*, 4a ed., Torino 2011, 921 ss.) ha più recentemente evidenziato la tendenza di alcuni settori dell'ordinamento al superamento della regola consensualistica. Si fa riferimento alla vendita internazionale di beni mobili, disciplinata dalla Convenzione di Vienna del 1980 (ratificata e resa esecutiva in Italia con legge n. 765/1985) in modo piuttosto differente dalla legislazione italiana, al punto da costituire un corpo normativo a parte, al quale si è sostanzialmente adeguato il legislatore comunitario nella disciplina della vendita dei beni di consumo (direttiva 1999/44/CE, attuata in Italia con il D. Lgs. n. 206/2005, artt. 128 ss.). Ebbene, proprio sulla scorta della suddetta Convenzione, assume particolare rilievo la consegna del bene come momento verificativo dell'esatta esecuzione del contratto (F. BOCCHINI, in F. BOCCHINI e E. QUADRI, *Diritto privato*, 4a ed., Torino 2011, 924; F. BOCCHINI, *Regole proprietarie e fornitura di prodotti*, in *Saggi di diritto privato* dello stesso Autore, Napoli 2006, 135 ss.). Si osserva, infatti, che, secondo l'art. 129 D. Lgs. n. 206/2005, il venditore ha l'obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita e, ai sensi dell'art. 130, è responsabile per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna. Il consumatore ha diritto al ripristino di tale conformità, per il tramite della riparazione o sostituzione, ovvero alla riduzione del prezzo o alla risoluzione del contratto (alle condizioni indicate dalla legge). La nuova disciplina si concentra, quindi, sul diritto del consumatore all'attuazione del programmato regolamento contrattuale, orientando, con il criterio della consegna, "anche il regime dei rischi, facendo sopportare al venditore i rischi del fortuito deterioramento della cosa fino alla consegna". Si configura, così, una "responsabilità oggettiva per conformità del bene consegnato al contratto, rispetto alla quale non è ammessa la comune prova liberatoria del debitore" (*Diritto privato* cit., 925). Ne consegue che se il consumatore è liberato dai rischi di non conformità al contratto del bene consegnato, a maggior ragione deve

Si osserva all'uopo che il contratto efficace *inter partes* può non essere ancora palesato ai terzi: ebbene, finché non viene adottato il mezzo di "segnalazione" previsto dall'ordinamento non si verifica l'efficacia reale *tout court* dello scambio. Si deve, quindi, distinguere il negozio dal suo "indice", cioè dalla *traditio* o dalla documentazione, rilevandosi, infatti, che, quando la consegna non è elemento costitutivo del contratto, non serve "se non a perfezionarne l'efficacia di fronte ai terzi"²¹⁹, come emerge, del resto, dal dettato di cui all'art. 1155 c.c. e, *a fortiori*, dall'art. 1153 c.c., in cui la situazione di apparenza fondata sul possesso e sulla buona fede è in grado di radicare l'acquisto della proprietà dal *non dominus*²²⁰.

Ancor più nettamente, in tema di trascrizione ed efficacia traslativa *inter partes*, si è con decisione osservato che "la proprietà di una persona *verso un'altra* non è proprietà; la proprietà, che è il diritto reale per eccellenza, o esiste di fronte a tutti o non esiste", e che "senza la trascrizione (...) nessuna efficacia reale al contratto di scambio immobiliare può essere riconosciuta"²²¹.

essere liberato dai rischi di perimento del bene prima della consegna (*Regole proprietarie* cit., 160). Per tal via non troverebbe più applicazione la regola di cui all'art. 1465 c.c., che sembra derivare dall'idea che con il trasferimento (consensuale) del diritto *ex art.* 1376 c.c. si attui "l'attribuzione *fondamentale* dell'alienante (secondo il c.d. *criterio della proprietà*)" (*Diritto privato* cit., 804). Nel nuovo scenario sopra delineato, invece, emerge come il principio dell'efficacia traslativa del consenso risulti "profondamente eroso, modellandosi in ragione del contesto concreto di applicazione e della natura del bene trasferito" (*Diritto privato* cit., 805).

²¹⁹ CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova 1933, 75, sia pure in relazione al codice del 1865.

²²⁰ Cfr. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova 1933, 77.

²²¹ Così, testualmente, CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova 1933, 88 e 89, salvo il ripensamento successivamente espresso in *Occhio ai concetti!*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1950, I, 450-452, ove L'Autore sembra propendere per la tesi che configura la proprietà derivante da un titolo non ancora trascritto come una proprietà sottoposta alla *condicio iuris* risolutiva di un altro acquisto. Valga tuttavia evidenziare un tratto comune nei due scritti del Carnelutti: nell'articolo intitolato *Occhio ai concetti!* egli critica la tesi del Funaioli sulla proprietà relativa, ritenendo che la relatività sia incompatibile con l'idea stessa di proprietà. Esprime, così, un concetto sostanzialmente analogo a quello già evidenziato nella *Teoria giuridica della circolazione*, e cioè che non appare fondata l'idea di una proprietà che valga solo nei confronti di taluni e non verso tutti.

Per tal via si assiste, come già accennato²²², a una dissociazione delle componenti della proprietà fino al compimento della pubblicità²²³. Peraltro, si osserva - in senso contrario - che una tale tesi avrebbe un carattere solo descrittivo²²⁴, evidenziandosi che lo stesso dettato testuale dell'art. 1376 c.c. depone a favore di un trasferimento pieno ed immediato della proprietà, diritto che è assoluto "pur prima della trascrizione"²²⁵. Si rileva, infatti, che l'assolutezza

²²² V. *supra* § 1.

²²³ Cfr. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VIII, tomo 2, Milano 1995, 690, ove si osserva che scavando "in varie direzioni la dottrina ha messo in rilievo da un lato come il principio consensualistico non riesca ad eliminare la rilevanza della consegna (...), e dall'altro come la sua presenza obbliga a prendere in considerazione una miriade di dissociazioni all'interno della immagine della proprietà semplice e turgidamente compatta che è stata costruita essenzialmente per facilitarne la circolazione". In materia di "dissociazione" della proprietà, FURGIUELE G., *Il contratto con effetti reali fra procedimento e fattispecie complessa: prime osservazioni*, in *Diritto privato, I, Il trasferimento in proprietà*, Padova 1995, 91, osserva che al "problema della qualificazione della situazione soggettiva riferibile all'avente causa guarda chi «scinde» la «proprietà, nei vari sensi e nelle varie espressioni in cui si adopera il concetto, ... nel diritto soggettivo, lato, per così dire, interno e configurante poteri di esercizio, e nel potere di disposizione o di autonomia o di ordinamento - lato esterno - col quale si esprime la sottoposizione della *res* a questo potere del soggetto» [cit. da ROMANO Salv., *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose*, in *Scritti minori*, Milano 1980, I, 444] e solo il primo, cioè il diritto soggettivo, riconduce alla vicenda operata dal contratto traslativo, laddove l'altro, il potere di disposizione, sta a sé, è intrasmissibile in quanto attributo della capacità giuridica, e solo può risultare legittimamente o illegittimamente esercitato a seconda delle regole che presiedono al suo svolgimento nelle singole, concrete circostanze [cit. da ROMANO Salv., *Vendita-Contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano 1960, 13 ss.]. Al profilo che attiene all'intima essenza dell'atto traslativo guarda invece chi nel «fatto che il venditore dichiara di vendere» ravvisa per implicito «che egli si riconosce obbligato a compiere tutti quegli atti che sono conseguenza della sua dichiarazione. La circostanza che di regola il passaggio avvenga *ipso jure* non pare cancellare tale obbligo» [cit. da GRECO e COTTINO, *Della vendita*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1964, 10]".

²²⁴ Così GAZZONI, *Della trascrizione immobiliare*, ne *Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2643-2645bis, tomo 1, Milano 1998, 465, nt. 16, con critica alla tesi del Sacco espressa in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino 1993, pp. 719-740 e ss.

²²⁵ GAZZONI, *Della trascrizione immobiliare*, ne *Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2643-2645bis, tomo 1, Milano 1998, 465 e nt. 15, con critica anche alla tesi di SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano 1971 (cit. 362), in quanto si "finisce per parlare di stato di «efficienza minorata, capace di evolversi nella piena efficienza o di ridursi fino alla estinzione», ricorrendo al concetto di «quiescenza» e di «affievolimento», in tal modo mettendo in crisi l'originaria affermazione di pienezza ed assolutezza del diritto".

di un diritto è concetto diverso dalla sua opponibilità, come risulta chiaramente dal fatto che anche in relazione al rapporto obbligatorio si parla, ormai pacificamente, di sua opponibilità ai terzi. Simmetricamente, si osserva che, per quanto riguarda i diritti reali, “la loro opponibilità non è un automatico portato dell’assolutezza, ma è variamente regolata e graduata nel nostro ordinamento positivo in relazione all’istituto della trascrizione per i beni immobili e mobili registrati, e al possesso per i beni mobili”. Ne consegue che “l’inopponibilità non comporta una modificazione strutturale del diritto, che da assoluto degraderebbe a relativo, quanto, piuttosto, ne limita la rilevanza rispetto a certi soggetti, come riflesso dell’inopponibilità del fatto costitutivo”²²⁶.

²²⁶ SANTORO PASSARELLI, *Diritti assoluti e relativi*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano 1964, 749-750, ove si osserva che “l’opponibilità è caratteristica del tutto estrinseca al rapporto. Essa attiene, più propriamente, al fatto da cui il rapporto origina e del quale vale a designare, appunto, la rilevanza rispetto ai terzi” (p. 750).

Sul punto, cfr. GIORGIANNI, *Diritti reali (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, V, Torino 1968, 752, il quale rileva che “il problema della nozione del diritto reale è complicato dai principi della pubblicità e del possesso, nonché da quelli relativi all’efficacia dei contratti. Quanto al primo punto, poiché l’essenza del diritto reale consiste, più che nel collegamento del potere con una cosa, nella inerenza di questo sulla cosa stessa in modo che il titolare possa ricevere soddisfazione del suo interesse a prescindere dalla situazione di fatto o di diritto in cui la cosa si trovi, l’ordinamento assicura tale soddisfazione solo se i terzi siano messi in condizione di conoscere l’esistenza di quel potere: i mezzi più idonei sono a tal uopo costituiti dal possesso per le cose mobili ovvero dalle annotazioni in speciali registri per gli immobili e per un certo numero di cose mobili. Quanto al secondo punto, che ha però numerose ragioni di connessione col primo, occorre considerare che il contratto ha effetto solo tra le parti, ma che tuttavia, qualora il rapporto messo in essere dai contraenti attui un collegamento con una cosa, l’ordinamento giuridico appresta gli strumenti perché tale collegamento si tramuti - in concorso con gli altri presupposti - in *inerenza* vera e propria: è bene avvertire che tale fenomeno coincide solo in parte con la distinzione tra effetti obbligatori ed effetti reali”.

COMPORTE, *Diritti reali*, I, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma 1989, 3, in relazione all’inerenza del diritto reale alla cosa, ricorda che occorre “considerare soprattutto il profilo garantistico del diritto, ossia quello della particolare e rafforzata tutela che l’ordinamento offre a certe situazioni giuridiche stabilmente ancorate ad una cosa: situazioni che seguono la cosa e restano efficaci anche nei confronti dei terzi aventi causa a titolo particolare; sono tutelate per la realizzazione e l’esercizio del loro contenuto attraverso particolari azioni petitorie, con possibilità di reintegrazione in pristino ed inibitoria; ed infine evidenziano uno stretto collegamento tra le vicende del diritto e le vicende della cosa, tale da influenzare reciprocamente le vicende relative alla costituzione, alla modifica ed all’estinzione. In tal modo si realizza la distinzione del profilo della rilevanza del diritto da quello della sua opponibilità: la

Tuttavia, nello stesso momento in cui si afferma che un diritto assoluto non sarebbe rilevante nei confronti degli *omnes* a causa dell'inopponibilità del fatto che lo trasferisce o costituisce, risaltano intuitivamente le intersezioni tra i due profili (cioè, opponibilità e assolutezza) che, invece, l'autorevole dottrina appena esaminata²²⁷ tende a mantenere distinti. Certo non può rientrare nell'economia della presente indagine una compiuta individuazione dell'esatta linea di confine tra consensualismo, assolutezza del dominio e sua opponibilità²²⁸, ma non si può

rilevanza è in funzione dell'interesse all'integrità ed all'inviolabilità della situazione; tale interesse è tutelato a mezzo dell'azione di risarcimento danni per responsabilità aquiliana. L'opponibilità consiste nell'efficacia del contenuto per la realizzazione od esercizio del diritto che consenta al titolare l'utilizzazione del bene conforme al titolo, e l'interesse, appunto, di esercitare il diritto viene tutelato a mezzo delle classiche azioni petitorie e reali. L'opponibilità del diritto reale, pertanto, si manifesta anzitutto nella particolare tutela accordata dall'ordinamento per la possibilità di realizzazione della piena inerenza fra diritto e cosa sia a mezzo delle azioni petitorie e reali tipiche di rivendicazione e negatorie, sia a mezzo delle azioni di accertamento nelle quali viene comunque in discussione, o in via principale, o in via incidentale, la situazione reale nel suo contenuto o nel suo esercizio, sia attraverso la possibilità della *restituito in integrum* o delle azioni inibitorie finali o provvisorie. L'opponibilità si manifesta inoltre nel c.d. diritto di seguito o di sequela, secondo cui il diritto segue la cosa cui è giuridicamente unito in modo inscindibile anche nei confronti di terzi aventi causa a titolo particolare. L'opponibilità sotto il profilo della tutela e del diritto di seguito e la stretta correlazione tra vicende della cosa e vicende del diritto sembrano dunque le attuali caratteristiche fondamentali del diritto reale, rilevate sulla base della disciplina positiva."

COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, I, Milano 1980, 432, rileva che l'assolutezza del diritto reale "è stata criticata in dottrina (...) come uno degli antichi «pregiudizi» della scienza giuridica (...), anche con riferimento al principio di relatività. In particolare si è osservato che la regola di cui all'art. 1372 c.c. esprime un corollario del principio dell'autonomia privata quale potere concesso ai singoli di provvedere a regolare i propri interessi (...); ma ciò non implica anche che il regolamento contrattualmente stabilito non possa valere pure al di là della sfera giuridica della parti contrattuali (...). Esistono infatti strumenti, come la trascrizione, che consentono un «automatico trapasso in capo ai successivi acquirenti» e rendono di conseguenza opponibile ai terzi la situazione creata dal contratto (...). Il rapporto reale cioè sarebbe rilevante di fronte ai terzi solo e nella misura in cui esso sia reso conoscibile ai soggetti estranei alla convenzione, esattamente come il rapporto obbligatorio".

²²⁷ SANTORO PASSARELLI, *Diritti assoluti e relativi*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano 1964, 749-750. *Contra* CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova 1933, 88-89.

²²⁸ Diversamente dall'opinione del Santoro Passarelli (*Diritti assoluti e relativi* cit. 750) - che, come ricordato, distingue la struttura di un diritto dall'opponibilità del fatto che lo pone -, FURGIUELE G., *Il contratto con effetti reali fra procedimento e fattispecie complessa: prime osservazioni*, in *Diritto privato*, I, *Il trasferimento in proprietà*, Padova 1995, 98 s., rileva che "il fatto è giuridico in virtù degli effetti ad esso riferibili per legge e che l'effetto altro non è dal

fare a meno di considerare che, come già osservato nel primo capitolo, vi sono indubbi profili di sovrapposizione tra il principio sancito dall'art. 1376 c.c. e le esigenze sottese alla circolazione giuridica e alla tutela dell'affidamento.

4) Si rileva, infatti, che l'ordinamento regola la circolazione dei beni, spingendo i soggetti "a operare *in un certo modo* al fine che alcuni di essi si procurino i beni i quali appartengono ad altri. Questa determinazione avviene da un lato col *vietare* certi modi adottati per raggiungere codesto fine; dall'altro col *favorirne* certi altri e così non solo col *permetterli* ma con l'attribuirvi (...) *efficacia*" in modo "che ne derivi la tutela dell'interesse al godimento del bene altrui"²²⁹. Presidiano la disciplina giuridica della circolazione i criteri di libertà,

principio di disciplina di una situazione di rapporto. Qualora, quindi, un fatto, e più in particolare un «fatto» contrattuale, risulti opponibile rispetto ad altri di consimile natura, tanto val quanto dire che anche l'effetto ad esso correlato (o altresì l'effetto assieme al fatto di cui costituisce l'espressione in termini di significatività giuridica) (...) è da qualificarsi come opponibile (...). E poiché il diritto, a sua volta, altro non è che la sintesi verbale per il cui tramite perviene a designarsi un frammento dell'effetto giuridico in uno dei suoi possibili riflessi soggettivi (...), l'opponibilità, che è del fatto e dell'effetto, finisce per essere anche opponibilità del diritto. Diviene a questo punto evidente che escludere il riferimento dell'opponibilità al diritto per viceversa ridurlo al solo fatto costitutivo del medesimo appare illusorio e comunque, pur nell'intento di far salva una classificazione -fra diritti assoluti e relativi e, all'interno di questa, fra diritti reali e di credito-, tuttavia destinato a smarrirne la reale importanza che non è, come ovvio, in un'ottica puramente descrittiva di aspetti innegabili, e però parziali, quanto nell'idoneità a tradursi in criterio alternativo con cui ordinare le forme di una duplice, e concretamente operativa, dinamica giuridica".

²²⁹ CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova 1933, 10 s., il quale distingue così "una circolazione dei beni *secondo il diritto* da una circolazione *contro il diritto*, la antitesi tra questi due tipi si assapora contrapponendo la compera al furto. E' chiaro che se la teoria giuridica della circolazione concerne lo studio dei mezzi impiegati dal diritto per attuarla, rimane compresa nel suo ambito soltanto la circolazione *secondo il diritto*. E' chiaro del pari che se la circolazione consiste nello spostamento di un bene dal godimento di uno al godimento di un altro soggetto, il diritto non può operare per favorirla se non facendo derivare da certi fatti un corrispondente spostamento della tutela degli interessi di ciascuno dei due soggetti rispetto al bene medesimo. Ciò vuol dire che l'ordinamento giuridico della circolazione si risolve nella determinazione di alcuni schemi di atti, ai quali si attribuisce codesta efficacia". L'Autore rileva che "codesto ordinamento si forma per una ragione di pubblico interesse" (p.11) e che "mezzi giuridici della circolazione possono (...) ritenersi quegli atti, 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

sicurezza e apparenza: il trasferimento dei beni è prima di tutto lasciato all'autonomia privata, poiché, se "la circolazione serve a far defluire i beni dal luogo in cui non possono sviluppare la loro utilità e a farli affluire dove ve ne è maggior bisogno, il mezzo migliore per determinarla è quella iniziativa delle parti, le quali meglio di ogni altro conoscono i rispettivi bisogni"²³⁰.

Si osserva in proposito come "le esigenze del mercato siano dialettiche, ovvero sospingano sia verso una frammentazione come verso una ricompattazione delle situazioni di appartenenza. In estrema sintesi basterà ricordare come chi porti una propria domanda sul mercato ha necessariamente in mente una certa utilità che egli intende conseguire (...). Questa utilità deve essere naturalmente resa esclusiva dal diritto, perché altrimenti essa non sarebbe oggetto di una domanda di mercato, ovvero di una domanda pagante. Per essere resa esclusiva l'utilità in questione deve quindi essere racchiusa nell'involucro di una situazione di appartenenza, che, come tale, sia oggetto di adeguata tutela da parte dell'ordinamento giuridico"²³¹.

altrui. 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* (...). Senza dubbio la conciliazione di questi interessi costituisce una difficoltà assai grave, che il nostro ordine giuridico ha risolto in modo tutt'altro che perfetto" (p. 12).

²³⁰ CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova 1933, 12, che contrappone così la circolazione di diritto privato, libera e volontaria, a quella "forzosa" disciplinata dal diritto pubblico. Rileva ulteriormente l'Autore che iniziativa privata "vuol dire iniziativa delle *parti*; così si chiamano i *soggetti della circolazione*. Poiché costoro sono due: chi ha il bene e chi vi aspira, la iniziativa deve essere *duplice o combinata*. Tanto basta per concludere che l'atto giuridico privato, onde deriva la tutela della circolazione, è il contratto, o che, in altri termini, la *libertà* della circolazione si risolve nella sua *contrattualità*" (p.15).

²³¹ GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VIII, tomo 2, Milano 1995, 672-674: "Tuttavia le modalità di fondo mediante le quali un ordinamento organizza l'involucro suddetto, si collegano a quella divergenza fondamentale (...) che intercorre tra il concepire la proprietà come un diritto riferito ad un bene corporale, e quindi racchiudente tutte le sue innumerevoli utilità pratiche, ed il concepire la proprietà come titolarità di un diritto esclusivo su un pacchetto di utilità definito solo dall'ordinamento. Il dato di fatto è che, salvo il caso dei beni consumabili, tutti gli altri possono generare utilità diverse e separabili tra loro. Tuttavia, per ragioni tutt'altro che peregrine l'ordinamento può adottare una regola di politica del diritto che

A tale esigenza di sicurezza delle posizioni giuridiche e degli effetti che derivano dalla circolazione delle stesse, si sovrappone il rilievo per cui non si può trascurare che, se sono le parti a decidere il trasferimento di un bene, “il fatto che determina la circolazione ha da essere tale che ne consegua la *apparenza* della circolazione medesima: le parti possono far muovere i beni o lasciarli fermi, ma quando li muovono conviene che facciano sapere dove vanno”²³². Ed infatti, se è vero che l’origine della circolazione giuridica è da rinvenirsi nella autonomia privata, si osserva che l’efficacia del contratto *inter partes* non è all’uopo sufficiente, in quanto è necessario che si attui “il mutamento della situazione giuridica di fronte ai terzi. Allora non solo gli aventi causa dalle parti, ma anche altri terzi sono interessati alla circolazione: in genere *tutti i terzi*, quando si tratti di successione in un rapporto reale o di costituzione di questo, e almeno *il terzo ceduto* quando la successione riguardi un rapporto di credito (...). Ciò vuol dire che, man mano che la tutela giuridica della circolazione avviene in modo che non la si possa considerare dai terzi *res inter alios*, sorge il problema della sua

le colleghi in modo indissolubile all’interno di una stessa situazione di appartenenza. Quando ciò accade (...), ne discende che colui che vuole acquistare una determinata utilità sia costretto ad acquistarne anche altre che lo interessano meno, oppure non lo interessano affatto. Anche chi sia digiuno di nozioni economiche afferra subito che tale collegamento deprime il valore di scambio dell’insieme. Infatti il potenziale acquirente non potrà comunque sensatamente offrire al proprietario meno di quanto quest’ultimo valuti la titolarità dell’insieme e perciò sarà indotto ad attuare una sorte di conguaglio tra ciò che egli è disposto ad offrire per ottenere l’utilità che lo interessa e ciò che è costretto ad offrire per le altre che, interessandolo meno, egli valuta meno. La vicenda della multiproprietà costituisce un paradigma efficace di ciò che si sta dicendo. *Ceteris paribus*, colui che possa acquistare la disponibilità di un alloggio per vacanze limitatamente al periodo in cui ritenga di poterlo usare, valuta questa utilità in misura sensibilmente superiore a quanto valuterebbe la frazione risultante matematicamente dal valore che egli assegna all’intera proprietà diviso per il numero dei periodi annuali (...). La convenienza economica della multiproprietà e la ragione della sua diffusione sta tutta in questa differenza. In termini generali ciò significa che è interesse del proprietario attuale che voglia cedere il suo diritto frazionare la situazione di appartenenza di cui è titolare, e questa conclusione può essere riformulata in molti modi facendo riferimento ad esempio al mercato, ovvero alla legge della domanda e dell’offerta, oppure al principio di autonomia contrattuale”.

²³² CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova 1933, 13.

apparenza; non basta, per il contratto, *essere*, bisogna anche *parere*”²³³. Si rileva anzi che “tanta è, nel campo del diritto, la importanza del *parere* che vi son casi (...) in cui non tanto l’essere non conta senza il parere, quanto conta questo senza di quello”²³⁴, come risulta evidente nella disciplina posta dall’art. 1153 del codice.

Ne deriva che ogni situazione di appartenenza che viene trasferita non può essere adeguatamente protetta dall’ordinamento “se la relativa titolarità non è resa opponibile ai terzi” e che “l’opponibilità necessaria a conferire consistenza proprietaria alle diverse utilità si può ottenere solo mediante un sistema di registrazione che renda la situazione conoscibile ai terzi”, di modo che l’esigenza di tutela del “mercato come meccanismo idoneo a realizzare allocazioni efficienti di beni comporta che l’ordinamento ricerchi un equilibrio complesso, che reca in sé la cifra dell’eterna tensione tra volizione individuale e controllo sociale”²³⁵. Si spiega così perché, nel ricostruire il rapporto tra gli artt. 1376, 1155 e 2644 c.c., si tenda a parlare della proprietà acquistata tramite il solo consenso come di proprietà relativa al solo dante causa, perché senz’altro nei suoi confronti

²³³ CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova 1933, 62: “I suoi termini sono ovvii: se i terzi hanno da rispettare la situazione, che il contratto attribuisce a uno dei contraenti, entro un ambito maggiore o minore, è naturale che ne abbiano notizia. Ovvio è del pari la sua soluzione, la quale, in via generale, appunto si ispira alla massima di esperienza, per cui non basta *essere* senza *parere*”; vi è, cioè, “la incolmabile distanza, che esiste tra l’*essere* e il *parere*, i quali, per quanto si avvicinino, non possono coincidere mai, appunto perché si tratta di due principii essenzialmente diversi”.

²³⁴ CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova 1933, 62 s.: “Ma se, dunque, dal lato logico la soluzione del problema è del tutto semplice, alquanto diversamente si presentano le cose dal lato pratico. Invero il contratto, *duorum in idem placitum consensus*, è un atto o meglio una somma o combinazione di più atti i quali si compiono e si esauriscono *tra le parti*, non *in confronto con i terzi*; questi naturalmente, se non del tutto impossibile, è raro che ne possano venire a conoscenza. E’ chiaro che, se il problema vuol essere praticamente risolto, occorre mettere accanto alla pura o nuda manifestazione di volontà un *quid*, il quale abbia il carattere della *visibilità* e perciò possa servire alla sua evidenza. Tale *quid* è ciò che qui viene chiamato *indice della circolazione*”.

²³⁵ GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VIII, tomo 2, Milano 1995, 674 e 676. Si rileva che la situazione di appartenenza che viene “appositamente ritagliata per incontrare una particolare domanda di mercato si cristallizza all’interno dell’involucro giuridico protettivo che è necessario per renderla esclusiva sino a che non interviene un altro trasferimento volontario”.

l'acquisto può essere fatto valere. Diversamente, nei confronti dei terzi "la posizione dell'acquirente è assai più sfumata ed incerta, perché il sistema, per creare quell'equilibrio che è necessario al fine di assicurare certezza e speditezza alla circolazione della ricchezza, prevede che ai fini della opponibilità ai terzi aventi causa dal medesimo soggetto l'acquisto del diritto di proprietà sia corroborato da altri elementi quali il possesso di buona fede accompagnato da titolo idoneo, la trascrizione, un atto di data certa"²³⁶. Le regole di circolazione della proprietà finiscono, quindi, col rispondere ad una razionalità loro propria, in base alla quale l'ordinamento predispone una disciplina che si differenzia "solo alla luce della diversa organizzazione che è stata conferita al traffico dei beni registrati ed a quello dei beni non registrati"²³⁷. Per tal via, si afferma

²³⁶ GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VIII, tomo 2, Milano 1995, 691 s.: "Questo tipo di equilibrio ha dato origine ad un dibattito senza fine perché la dottrina ha cercato di fornire una descrizione che lo riconducesse ad una totale coerenza formale (...). Tuttavia la caleidoscopica varietà delle diverse soluzioni prospettate ove si incontrano di volta in volta: il principio dell'apparenza (...), la nozione di proprietà relativa (...), la rilevanza esclusivamente probatoria della pubblicità (...), dovrebbe mettere sull'avviso circa le difficoltà dell'impresa, ed è allora da chiedersi se sia corretto cercare di superarle prima di aver chiarito interamente la *ratio* sottesa al tipo di equilibrio instaurato dal nostro diritto positivo. Ciò comporta anzitutto il riconoscimento di quelle dissociazioni degli attributi dominicali che si accompagnano inevitabilmente al momento del trasferimento del diritto di proprietà, ma in un momento immediatamente successivo si deve riconoscere anche che gli equilibri sanciti dal diritto positivo sono diversificati in funzione della natura dei beni e della natura dei beni e degli apparati amministrativi che ne assistono la circolazione. Perciò non si può procedere ad una analisi unitaria, ma ad una serie di analisi di settore che prendano in considerazione i maggiori problemi ivi emergenti".

²³⁷ GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VIII, tomo 2, Milano 1995, 698. Si osserva, in relazione ai beni mobili, che "la disciplina degli acquisti *a non domino* è frutto di esperienza empirica nel senso stretto del termine" (p. 705) e che lo "scopo della regola positivamente sancita dall'art. 1153 c.c. è (...) quella di elevare il valore delle proprietà mobiliari esistenti in riferimento ad una economia basata sugli scambi di un mercato impersonale. Ed è proprio questa ratio che le consente di risultare compatibile con il principio implicito della garanzia costituzionale della proprietà da cui dovrebbe discendere che la sua circolazione avviene per atto di volontà dominicale. In realtà, nonostante la radicata abitudine a pensare il problema degli acquisti *a non domino* in termini di conflitto di interessi tra il vecchio proprietario ed il novello acquirente, sul piano economico e sociale non vi è, né vi può essere, alcun conflitto di interessi tra la categoria dei proprietari attuali e quella dei potenziali acquirenti. Perciò, a ben

significativamente che la manifestazione di volontà dei soggetti che partecipano allo scambio va segnalata ai terzi attraverso un mezzo che “non tanto entra a far parte del contratto come *un pezzo del meccanismo di questo*, quanto costituisce un fatto giuridico diverso e ulteriore il quale, *in quanto si aggiunga a quello*, determina gli effetti voluti di fronte ai terzi”²³⁸.

5) I rilievi appena svolti sembrano corroborare l’idea secondo cui l’ordinamento prefigura un vero e proprio procedimento di trasferimento della proprietà²³⁹, che, per quanto riguarda i beni immobili, include il contratto e si

vedere, la regola in materia di acquisti *a non domino*, non è altro che un modo di conformare la proprietà al fine di conferirle il valore più elevato nell’interesse dei proprietari medesimi. A ciò si aggiunga che in materia di conformazione della proprietà, il legislatore dispone di una certa discrezionalità, ed è a questa discrezionalità di apprezzamento che occorre rimettersi quando sia in gioco una valutazione non facile come quella in esame che richiede una analisi della prevalente forma di organizzazione della utilizzazione dei beni in un determinato contesto storico (...)” (pp. 710-711).

²³⁸ CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova 1933, 75.

²³⁹ FURGIUELE G., *Il contratto con effetti reali fra procedimento e fattispecie complessa: prime osservazioni*, in *Diritto privato, I, Il trasferimento in proprietà*, Padova 1995, 83 ss. L’Autore (pp. 88-89) ricorda, in relazione al codice del 1865, che la formula consensualistica, pur idonea “a ricomprendere in sé ogni ipotesi di contratto con effetti reali, si sviluppava in realtà con riguardo esclusivo alla compravendita e finiva però per avvalersi di questa sua limitazione poiché l’ipotesi, più e meglio di altre, risultava idonea a porre in rilievo ciò che il meccanismo di pubblicità, da un lato, e il criterio di soluzione delle ipotesi di conflitto di diritti fra successivi aventi causa da uno stesso autore, dall’altro, parevano inevitabilmente comportare, appunto l’abnorme compresenza di due idee di proprietà, l’una relativa, cioè *inter partes*, l’altra assoluta, cioè *erga omnes*, e suscettibili per di più di entrare in reciproco contrasto (...)”. Rileva l’Autore che “rimaneva (...) l’incongruenza di un contratto che si voleva per legge finalizzato al trasferimento di un diritto, la proprietà, e che, sempre per legge, appariva non del tutto idoneo a tale effetto o, se non altro, alla piena sostanza ed alla forma che di tale effetto apparivano imprescindibili. Il paradigma proprietario, concepito e voluto in conseguenza dei tempi nuovi in una dimensione di intangibile unitarietà e di compiuta absolutezza, era costretto proprio in ordine al contratto, la compravendita, per definizione deputato a realizzarne la vicenda a scontare la necessità di un suo rinnovato frantumarsi e quindi a ricorrere, per acquisire ragione di ciò, se non all’esecrato modello quanto meno all’esempio di fenomeni rispetto ai quali pareva ormai aver preso definitivamente le distanze (...)” (p. 88). “Il passaggio del tempo sarebbe valso a sopire le asprezze polemiche della dottrina. Permanevano giudizi di contraddittorietà, ma a prevalere era l’immagine di «un sistema ibrido e complesso» (...), ad illustrare il quale «non se ne cavano i ferri o si arriva (come spesso succede ai pratici) ad averne delle concezioni di fantasia» (...), se, una volta illustrato «il valore

completa con la trascrizione: la prospettiva si sposta, così, sul “congegno tecnico finalizzato al compiersi della vicenda traslativa nell’intera delle sue fasi”²⁴⁰. Il

del principio dell’art. 1125 in tutto il suo campo di applicazione e le conseguenze che ne deriverebbero, se altro non ci fosse» (...), venisse tralasciata la necessità di «inserire su questo quadro le deviazioni, le modificazioni, compressioni o sostituzioni, che ne risultano da quelle altre regole ed istituti» [citazioni da REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, I, Padova 1931, 86]. Il nesso logico, che è del rapporto fra regola ed eccezione, prende il posto della formula tecnica della proprietà relativa in contrapposizione alla proprietà assoluta e si presta al tentativo di razionalizzazione del complesso dispositivo di legge che l’altra immagine ha il «torto» di tradurre in formule maggiormente pericolose per uno, e forse il primo, dei capisaldi concettuali su cui si vuole rinvenga il suo fondamento il sistema. Ma se è questo l’atteggiamento destinato ad affermarsi, la materia permane a tal punto incandescente e di per sé controversa da offrirsi incessantemente al riesame nelle forme del più acuto contrasto. Ciò che si riteneva comunemente essere stata ormai esorcizzata, vale a dire l’intermediazione svolta dallo strumento dell’obbligazione di dare in ordine al farsi dell’effetto reale, tornava con prepotenza a riproporsi nelle vesti di una riflessione di ampia portata (...). Ancora e in tale ottica, l’Autore rammenta la già menzionata opinione di CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova 1933, 46 ss., ricordando “la suggestiva e personale riflessione di chi, nell’ottica del più generale fenomeno della circolazione giuridica (...) ridimensionava il ruolo riconoscibile al solo contratto in ordine al realizzarsi dell’efficacia reale (...)”.

²⁴⁰ FURGIUELE G., *Il contratto con effetti reali fra procedimento e fattispecie complessa: prime osservazioni*, in *Diritto privato*, I, *Il trasferimento in proprietà*, Padova 1995, 91. L’Autore introduce (pp. 92-95) il concetto di “effetto reale” in relazione al trasferimento dei diritti, sia assoluti che relativi. Osserva, infatti, che qualora “dalle peculiarità che accompagnano il diritto reale da un lato, il diritto di credito dall’altro, voglia poi passarsi all’effetto reale quale nota che sia dei «fatti» giuridici preordinati alla vicenda traslativa di entrambi allora è di nuovo all’efficacia che deve guardarsi nell’intento di individuare l’aspetto per mezzo del quale attrarre in un’ottica unitaria entità da tenere viceversa distinte sotto altri profili. Quel che, infatti, nel trasferimento, o costituzione di un diritto reale, o nel trasferimento di qualsivoglia diritto si realizza – e non può non essere consentito che, seppur con modalità diverse, si realizzi per ciò che è proprio del concetto di trasferimento, derivativo o costitutivo che sia – è che il «fatto» negoziale (per tacer qui dei trasferimenti coattivi) e, più verosimilmente, esso in unione a ciò che dovrà aggiungersi (...) funge da premessa per il godimento esclusivo in testa all’avente causa dell’interesse alla cosa o alla prestazione che è del diritto, reale o di credito, e, in quanto tale, per l’esercizio delle azioni finalizzate alla garanzia di siffatto interesse. L’esclusività di cui non ha senso parlare in forma autonoma rispetto al diritto di credito in sé e per sé, collocandosi questo all’interno di un rapporto che è tale per il fatto di costituirsi fra soggetti determinati, ritorna nell’ottica che è del trasferimento, allorché cioè al diritto di credito può guardarsi né più né meno che come ad un bene la cui titolarità (o «proprietà») è suscettibile di circolazione (...). La divaricazione strutturale, che è delle due categorie di diritti in ordine ai quali opera il trasferimento, non impedisce che con riguardo ad entrambi all’atto di quest’ultimo unica sia la funzione perseguita e, in presenza, dei dovuti presupposti, garantita dal diritto: che si pervenga ad una nuova ed esclusiva forma di godimento di quanto ne rappresenta oggetto o, in parole diverse, ad una nuova ed esclusiva forma di «proprietà» di una *res*, di sue singole utilità o di un diritto di credito. L’esclusività, in cui si compendia l’efficacia e che, in quanto tale, non può non

contratto, cioè, rileva come fase di un “*iter* più ampio, destinato a ricomprenderlo e, in un certo senso, a completarlo per il tramite dell’aggiunta di elementi ulteriori: in definitiva una fase nello svolgersi di un procedimento giuridico”, il cui “*perfezionarsi* (...) risulterà affidato, evidentemente, all’effettuazione degli atti o delle «operazioni»”²⁴¹ di volta in volta previste dall’ordinamento, come è nel caso della trascrizione per i beni immobili. Per questi, infatti, l’art. 2643 ss. c.c. stabilisce che «si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione» gli atti che producono gli effetti ivi indicati, così come ogni altro atto o provvedimento, che

essere propria di ogni situazione soggettiva, sia che ne costituisca espressa qualificazione - com’è del diritto reale - o implicita conseguenza per ciò che ontologicamente non possa non considerarsi proprio della dimensione interindividuale di rapporto al cui interno essa si colloca - com’è del diritto di credito -, si offre, pur nel differenziarsi dei relativi strumenti di tutela, a risolvere in sé il tratto unitario del quale avvalersi al fine di ripensare ad una multiforme fenomenologia” (pp. 95-97).

²⁴¹ FURGIUELE G., *Il contratto con effetti reali fra procedimento e fattispecie complessa: prime osservazioni*, in *Diritto privato*, I, *Il trasferimento in proprietà*, Padova 1995, 104 ss. “Non contraddice alla logica del ragionamento l’eventualità che di alcuni dei medesimi atti od «operazioni», e segnatamente della consegna in ordine ai beni mobili e dell’acquisizione del godimento nella concessione del relativo diritto personale, possa essere individuato il rilievo in una duplice ottica, di quanto cioè necessario che, dal punto di vista esecutivo dell’atto di disposizione, si compia in virtù degli obblighi per suo tramite assunti dai contraenti e, al tempo stesso, di quanto altresì necessario che rispetto ai terzi tutto ciò analogamente si compia affinché quello che dei medesimi contraenti sia al riguardo interessato, in difetto, non ne risulti leso (...). E’ la peculiarità dei criteri per mezzo dei quali nelle corrispondenti fattispecie è risolto il conflitto dei diritti ad autorizzare ed imporre che di aspetti suscettibili di atterrenere, in prima battuta, all’esecuzione del contratto sia anche da sottolineare il riflesso in quella dimensione ulteriore, che è del procedimento, in guisa che all’interesse del creditore alla consegna del bene perché così vuole l’obbligazione assunta al riguardo dal soggetto che, vendendo o locando o altrimenti, ne ha disposto, si affianca l’ulteriore (e implicito nel primo) interesse dello stesso creditore a che l’effetto successivo a quanto contrattualmente instaurato si *perfezioni* e, laddove ne ricorrano i presupposti, nella dimensione della realtà effettuale di cui ai negozi previsti dall’art. 1376 c.c. (...). Altro è con riguardo all’accettazione o notifica al debitore non quale parte, ma quale soggetto notiziato dell’intervenuta cessione, rappresenta complemento inevitabile del negozio per quel che è proprio della struttura della situazione soggettiva - il credito - resa oggetto di disposizione (...), ditalché è ovvio che, una volta intervenuta l’accettazione o la notifica al debitore, quest’ultimo sia legittimato ad adempiere ad altri che non è il suo primo creditore e, per l’inverso, sia tenuto nei confronti di quel cessionario cui si riferisce la cessione notificata o accettata (...), conseguenzialmente perciò derivandone anche la priorità accordata al medesimo a fronte dell’eventualità dei cessionari ulteriori”.

produca gli effetti degli atti indicati nell'art. 2643, «deve (...) rendersi pubblico» agli effetti previsti dall'art. 2644 del codice (ex art. 2645 c.c.)²⁴².

²⁴² FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova 2008, 135, ricorda che “la dottrina prevalente qualifica le prescrizioni legali in materia di pubblicità come norme d’ordine pubblico, deputate a salvaguardare interessi facenti capo all’intera collettività e la cui cogenza sarebbe inconciliabile con la volontà del singolo di vanificarne gli effetti, pregiudicando con ciò l’affidamento dei terzi”. Ricorda altresì l’Autore (nt. 95) che, “secondo una parte della dottrina, le disposizioni in materia di trascrizione immobiliare rientrerebbero nella normativa di c.d. ordine pubblico secondario, cioè di quel particolare gruppo di disposizioni preordinate alla protezione immediata d’interessi privati, ma capaci di conseguire per questa via, e indirettamente, un obiettivo di tutela dell’interesse generale (...)”. Nonostante l’opinione che attribuisce alle norme in materia di pubblicità il connotato dell’ordine pubblico, L’Autore rammenta (pp. 135-136) che “dottrina e giurisprudenza concordi negano la rilevabilità officiosa del difetto di trascrizione (...). Il difetto di trascrizione opererebbe come fatto impeditivo dell’opponibilità del diritto nei confronti del successivo avente causa dal medesimo autore, il quale abbia viceversa provveduto a curare la trascrizione del proprio titolo posteriore. Spetterebbe dunque a quest’ultimo eccepire l’inopponibilità nei suoi confronti di un diritto altrimenti difendibile”. Quanto all’eventuale patto anticipato di non-trascrizione, l’Autore (p. 159) osserva che esso dovrebbe ritenersi nullo “per contrarietà a normativa d’ordine pubblico”, osservandosi che la “proprietà non trascritta non può (...) circolare” in base “ad un patto esattamente diretto a tale scopo” (cioè alla non attuazione della trascrizione), ma “solo come effetto anticipato del più ampio procedimento d’alienazione. La sua persistenza nel tempo dipende dall’inerzia nel trascrivere, ma non può formare oggetto d’obbligazione (...)”.

FURGIUELE G., *Il contratto con effetti reali fra procedimento e fattispecie complessa: prime osservazioni*, in *Diritto privato*, I, *Il trasferimento in proprietà*, Padova 1995, 108-109, in relazione al meccanismo di cui all’art. 2644 c.c., osserva che possono alternativamente configurarsi un procedimento e una fattispecie complessa: da un lato, può verificarsi un corretto svolgimento dell’*iter* acquisitivo del diritto (caratterizzato dalla stipula del contratto e dalla sua successiva trascrizione), dall’altro, può ricorrere la preventiva trascrizione di un secondo acquisto che prevale sulla prima vendita non trascritta (ai sensi del secondo comma dell’art. 2644 c.c.).

Rileva infatti l’Autore che, se la “pienezza dell’effetto reale” caratterizza il procedimento, “ne viene al tempo stesso che le sue componenti altro non siano che l’insieme dei «fatti» preordinati al verificarsi di quel medesimo effetto (...). Cionondimeno pare scientificamente più utile distinguere l’effetto reale che consegue al corretto *iter* di un atto di disposizione legittimamente posto in essere dall’effetto reale che può conseguire ad un successivo, e scorretto, atto di disposizione proveniente da uno stesso dante causa, e tanto non certo per intrinseca diversità di effetto, ma per non sovrapponibile fisionomia dell’atto quale si ha nell’uno nell’altro caso. Il sistema, eccezion fatta per il ridotto margine accordato alla buona fede (...), non distingue fra i vari atti in relazione all’effetto reale e tuttavia non si rende così agnostico da differenziarne il rilievo, seppur sotto il diverso profilo dei comportamenti che debbano ritenersi contrattualmente antidoverosi. In quest’ultimo caso l’atto negoziale, con riguardo all’effetto reale che se ne abbia *ex lege* (...), si configura, e deve configurarsi, come puro e semplice fatto condizionante il realizzarsi di un risultato ulteriore, laddove il contratto originario accompagnato da quanto necessario per il suo *perfezionarsi* in senso reale rileva

Per tal via, nella distinzione tra contratto e sua successiva pubblicità nell'ambito di una sequenza di atti, il passo è breve a configurare, in capo all'avente causa ex art. 1376 c.c., un interesse al perfezionamento del procedimento di trasferimento del diritto, lungo il quale si distende la "totalità degli effetti"²⁴³. Ne deriva che il dante causa avrà l'obbligo di "non porre in essere ulteriori atti che possano risultare di pregiudizio per l'interesse di chi ha acquistato e, nel contempo, l'ulteriore obbligo di prestarsi, per quanto in sua possibilità, al compimento degli atti o «operazioni» (...) che, in particolare, esaurendo il procedimento cui l'atto di disposizione introduce, consentiranno a chi acquista di *perfezionare* a proprio favore il diritto secondo ciò che è proprio della funzione del vincolo contrattuale configuratosi"²⁴⁴.

piuttosto come causa, non contraddittoria, ma giustificativa in ordine al compimento di un percorso giuridico in tutte le fasi e le ragioni funzionali che sono del medesimo. Si spiega che a riprodurre l'idea della differenza connotata al realizzarsi delle due ipotesi, pur nell'analogia che è dei relativi esiti e nel dipanarsi di una sequenza che è di entrambe, possa presentarsi la conservazione dell'immagine del procedimento giuridico per la seconda, quella che ha origine da un atto di disposizione correttamente compiuto, per così segnare la contrapposizione rispetto all'altra, indebitamente concretizzatasi ed espressiva, nella sua totalità, di pura fattispecie complessa (...). L'effetto reale, che è proprio anche di quest'ultima, dipenderà non certo da un potere legittimamente riconoscibile al dante causa – il quale ne abbia già consumato il nucleo sostanziale a seguito dell'atto originariamente posto in essere (...) - bensì solo dal valore riferito *ex lege* alla circolazione giuridica e più spesso tutelato incondizionatamente" (pp. 108-109).

²⁴³ FURGIUELE G., *Il contratto con effetti reali fra procedimento e fattispecie complessa: prime osservazioni*, in *Diritto privato, I, Il trasferimento in proprietà*, Padova 1995, 112. E' chiaro che così opinando si assegna alla trascrizione un ruolo sostanzialmente costitutivo "ai fini del concretizzarsi di quel frammento di effetti, essenzialmente legato all'eventualità di conflitto di diritti, cui quel settore di procedimento o quella frazione di fattispecie già pervenuti ad esistenza non risultano di per sé in grado di dar vita" (così FURGIUELE G., *Il contratto con effetti reali* cit., 111). E' evidente la differenza tra quanto appena rilevato e le osservazioni di LUZZATTO R., *La compravendita* (ed. postuma a cura di G. Persico), Torino 1961, 22 nt.1, in cui, fermo il ruolo normalmente dichiarativo della trascrizione, si assegna alla stessa efficacia costitutiva solo nel caso patologico della risoluzione del conflitto tra due aventi causa da un comune autore (ex art. 2644, comma 2, c.c.).

²⁴⁴ FURGIUELE G., *Il contratto con effetti reali fra procedimento e fattispecie complessa: prime osservazioni*, in *Diritto privato, I, Il trasferimento in proprietà*, Padova 1995, 116 s., ove si osserva che "la natura stessa dell'atto di disposizione - a prescindere da quanto in esso esplicitato - pretende che la logica di quest'ultimo sia rispettata in ogni conseguenza, dichiarata o meno, e che pertanto il disponente sia obbligato in ordine a tutto ciò che attenga all'interesse

della controparte - cui spetterà un corrispondente diritto di credito - e, in primo luogo, all'esaurirsi del procedimento dal che dipende il *perfezionarsi* in senso reale dell'acquisto dalla medesima realizzato (...). Il consenso, insuscettibile di tradursi contestualmente in effetto reale per ragioni oggettive, impegna il venditore a rimuoverle e la sua obbligazione al riguardo è, in definitiva, quella stessa che, resosi efficace il consenso, lo impegnerà anche a far sì che si abbia l'esaurirsi del procedimento (...). E nel dipanarsi dell'*iter* ad esaurirne l'intima articolazione rileveranno, non secondari (...), obblighi e corrispondenti diritti di credito, oneri e, almeno con riguardo ad un certo profilo, anche diritti potestativi" (p. 124).

In relazione al trasferimento ex art. 1376 c.c. (in assenza di trascrizione), è noto come parte della dottrina ritenga che la prima vendita immobiliare non trascritta sia sottoposta alla *condicio iuris* risolutiva caratterizzata da una seconda vendita che venga per prima trascritta (su tutti, GAZZONI, *Della trascrizione immobiliare*, ne *Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2643-2645bis, tomo 1, Milano 1998, 459 ss.). Si ritiene comunemente che se il secondo acquirente non trascrive, il primo acquirente, in virtù dell'art. 1376 c.c., è *dominus erga omnes*. Rileva sul punto GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VIII, tomo 2, Milano 1995, 724, che la dottrina si è trovata "ad affrontare un primo rompicapo perché è partita dal presupposto che il diritto di proprietà, come ogni altro diritto reale, sia opponibile *erga omnes* in quanto tale, cosicché non riusciva a spiegarsi cosa mai una trascrizione, cui si doveva disconoscere efficacia costitutiva, potesse avere la funzione di irradiare su tutti i terzi la realtà del diritto trasmesso, mentre tale realtà doveva assumersi *in re ipsa* (...)" (p. 724). Nel criticare la giustapposizione tra consensualismo e trascrizione, LUZZATTO R., *La compravendita* (ed. postuma a cura di G. Persico), Torino 1961, 22, nt. 1, testualmente afferma che il sistema considera "perfetta la trasmissione della proprietà, la trasmissione e la costituzione di altri diritti mediante il consenso (...)", per poi caducare tali trasferimenti nel momento della prioritaria trascrizione di un secondo acquisto.

Ebbene, si potrebbe osservare sul punto che, poiché la proprietà *erga omnes* dell'acquirente (che non ha trascritto) rimane esposta al rischio della trascrizione prioritaria di un secondo acquisto, non vi è quella certezza della situazione dominicale che, invece, appare richiesta *ex ante* dall'ordinamento con il mezzo della trascrizione. In altri termini, in assenza di trascrizione una proprietà che vale *erga omnes* può essere descritta come tale solo *ex post*, cioè solo a condizione che nel frattempo non si sia verificata la trascrizione di un secondo acquisto. Ma non è questa la situazione prefigurata dall'ordinamento, che, appunto, prescrive l'adempimento pubblicitario per attribuire certezza e definitività all'acquisto (tanto è vero che l'art. 2644 c.c. "premia" chi per primo trascrive o, nel caso di mobili, chi per primo consegua in buona fede il possesso del bene ex art. 1155 c.c.): vi è, cioè, la necessità che la configurazione delle situazioni giuridiche (in tal caso, la proprietà) avvenga *ex ante* e non *ex post*, cioè non affidata ad eventi incerti come, nella specie, il verificarsi o il non verificarsi della prioritaria trascrizione di una seconda vendita.

Tale spunto, relativo all'esigenza di delineare *ex ante* le posizioni giuridiche, pare suggerito da TOLONE, *Riflessioni sul problema della proprietà temporanea*, in *Innovazione e Diritto*, 6/2006, 19 ss., al quale si rinvia relativamente alla configurazione della proprietà temporanea (su cui, in generale, v. DI PRISCO, *La proprietà temporanea*, Napoli 1979) in relazione agli artt. 957 e 958 c.c. (in particolare, pp. 41 ss.).

Per quanto qui di interesse, valga compendiare il pensiero del Tolone in punto di esigenza dogmatica di demarcazione della proprietà temporanea da altre figure c.d. paradominali (pp. 26 ss.): "Ciò che ad avviso della Dottrina, grazie all'apposizione di un termine

6) Nell'ottica appena delineata²⁴⁵, risalta la prospettiva per cui la lesione dell'interesse al completamento del procedimento può essere imputata anche a

finale alla posizione dominicale, ci aiuta a delimitare e circoscrivere la figura proprietaria *ad tempus* da situazioni non sovrapponibili ad essa è l'essenziale certezza che l'apposizione di un termine nella struttura contrattuale che trasferisce il diritto demarca rispetto a situazioni erroneamente ritenute affini, sicché (...) occorre affermare *dies ex ante certus non deminuit jus*, ovvero '...porre l'accento sul termine inerente al contratto significa riconoscere che i poteri dell'acquirente a termine non sono diversi da quelli del proprietario senza limiti di tempo' [da DI PRISCO, *La proprietà temporanea* cit., 124]. Il riferimento alla *certezza* favorita dal termine dedotto *ex ante* nella stipulazione fra le parti, ad esempio, vale a demarcare la proprietà *ad tempus* affermata dalla dottrina dalle ipotesi di proprietà su cui grava una condizione risolutiva seppur con annesso patto di non retroattività ex art. 1360 c.c. (...). *A fortiori*, ove tale patto non sia aggiunto, possono essere escluse dal novero della proprietà temporanea le fattispecie di situazioni soggettive delineate dalla donazione con patto di reversibilità (di cui agli artt. 791-792 c.c.), e di vendita con patto di riscatto (art. 1500 ss. c.c.) (...). Sono esse ipotesi nelle quali la qualifica di temporaneità della situazione dominicale potrebbe essere conferita solo *ex post*, essendo essa subordinata ad un accadimento eventuale *ex ante* incerto. Tale qualifica, in altri termini, passerebbe ad assumere una valenza meramente descrittiva, successiva rispetto ad una situazione di fatto di già esauritasi; il fattore cronologico - disciplinare apposto alla convenzione, causa l'operare della retroattività reale conseguente all'avveramento della condizione (artt. 1357 e 1360; 792, 1504 e 1501 c.c.), non consente di rilevare posizioni giuridiche comparabili rispetto a quelle di un proprietario *ad tempus*, da cui la critica esplicita alla teoria della proprietà risolubile (...). La 'provvisorietà' della situazione giuridica ovvero l' 'instabilità' della stessa (categorie estese anche alla fattispecie di cui all'art. 1556 ss. c.c.) non possono essere confuse con la temporaneità, sicché la Dottrina non può che discriminare rispetto alla figura principale tutte le circostanze nelle quali avvenga un trasferimento della proprietà sottoposto a condizione risolutiva nonché (come ad es. nell'art. 1523 ss. c.c.) si verifichi la situazione di alienazione sottoposta a condizione sospensiva per quanto attiene alla posizione giuridica dell'alienante (...)"

²⁴⁵ In cui pare risultare da valorizzare la clausola generale di buona fede, che non impone un comportamento prestabilito quanto "comportamenti diversi, positivi od omissivi, in relazione alle concrete circostanze di attuazione del rapporto", come insegna BIANCA C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, I, 206 ss. L'Autore rileva che la "buona fede quale generale principio di comportamento non è neppure subordinata a specifiche previsioni contrattuali. Essa, anzi, può anche imporre alle parti di operare diversamente da quanto stabilito dal contratto (...). La prevalenza del principio di buona fede sulle determinazioni contrattuali consegue al suo carattere di ordine pubblico. La buona fede rappresenta infatti uno dei principi portanti del nostro ordinamento, e il fondamento etico che le viene riconosciuto (...) trova rispondenza nell'idea di una morale sociale attiva e solidale, che si pone al di là dei tradizionali confini del buon costume (...)" (p. 206). "La buona fede quale principio di solidarietà contrattuale si specifica in due fondamentali canoni di condotta. Il primo canone di buona fede, valevole principalmente nella formazione e nella interpretazione del contratto (...) impone la *lealtà* del comportamento (...). Nell'esecuzione del contratto e del rapporto obbligatorio, la buona fede si specifica anche come obbligo di *salvaguardia*. Qui la buona fede impone a ciascuna delle parti di agire in modo da

terzi, i quali “non possono interferire dolosamente nelle posizioni contrattuali altrui, ad esempio, attraverso la stipulazione di un contratto incompatibile con l’assetto negoziale preesistente”: un terzo si “comporta *non iure se*, in violazione della regola di correttezza, conclude un contratto nella consapevolezza della sua incompatibilità con l’assetto preesistente, indipendentemente dall’efficacia obbligatoria o reale del contratto che tale assetto ha costituito”²⁴⁶.

Ebbene, con riferimento alla possibilità di tutelare il primo acquirente “leso” dalla prioritaria trascrizione del secondo acquirente, giova preliminarmente ricordare che, inizialmente, si riteneva che, da un lato, il primo acquirente dovesse imputare a sé la propria negligenza, non avendo egli trascritto tempestivamente in modo da scongiurare il rischio della soccombenza derivante dall’applicazione dell’art. 2644 c.c.²⁴⁷; dall’altro lato, la posizione del primo

preservare gli interessi dell’altra a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*. Questo impiego di solidarietà, che si proietta al di là del contenuto dell’obbligazione e dei doveri di rispetto altrui, trova il suo limite nell’interesse proprio del soggetto. Il soggetto è tenuto a far salvo l’interesse altrui ma non fino al punto di subire un apprezzabile sacrificio, personale o economico. In mancanza di una particolare tutela giuridica dell’interesse altrui non si giustificerebbe infatti la prevalenza di esso sull’interesse proprio del soggetto. Quale obbligo di salvaguardia la buona fede può dunque essere identificata come *l’obbligo di ciascuna parte di salvaguardare l’utilità dell’altra nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio a suo carico (...)*” (p. 209-210).

Sul punto valga rammentare, anche per i possibili riflessi sul tema oggetto della presente indagine, che la più recente giurisprudenza (Cass. del 18.09.2009, n. 2016, in F. BOCCHINI, in F. BOCCHINI e E. QUADRI, *Diritto privato*, 4a ed., Torino 2011, 173, nt. 16) pare ricollegare al principio di buona fede un divieto generale di abuso del diritto, in virtù del quale potrebbe configurarsi la responsabilità risarcitoria di chi eserciti il proprio diritto per fini diversi da quelli per i quali la stessa posizione soggettiva è conferita dall’ordinamento.

²⁴⁶ TROISI, *Note critiche in tema di contratto a danno di terzi*, in *Rivista del Notariato*, 2010, 4, I, 881.

²⁴⁷ TROISI, *Note critiche in tema di contratto a danno di terzi*, in *Rivista del Notariato*, 2010, 4, I, 884, il quale tuttavia osserva che “tale argomento è del tutto privo di fondamento per due diverse ragioni. Innanzitutto - e l’obiezione appare decisiva- esso prova troppo, poiché non è detto che il primo acquirente sia stato negligente, ben potendo la scrittura privata (non trascrivibile) contenere un *patto di futura documentazione*, che imponeva alle parti di documentare soltanto in un momento successivo l’accordo in un atto notarile (questo, sì, trascrivibile). D’altra parte, anche se il secondo avente causa è posto in condizione di trascrivere prioritariamente a causa dell’inadempimento dell’onere posto a carico del primo

trascrivente non era assumibile alla stregua di un qualsiasi terzo che si insinuava nella scorretta condotta del dante causa, in quanto il suo comportamento appariva espressamente consentito dal secondo comma dell'art. 2644. Conseguentemente, non poteva essere chiamato a risponderne ex art. 2043 c.c., a meno di configurare un'antinomia tra gli artt. 2043 e 2644 c.c., in virtù della quale si sarebbe sanzionato sul piano risarcitorio un acquisto invece "premiato" dalle regole di pubblicità²⁴⁸. Tuttavia, considerato che il codice del 1942 risulta incentrato sulla tutela dell'affidamento e non premia la mala fede né i comportamenti fraudolenti²⁴⁹, si è progressivamente ammessa la possibilità di una doppia – e non antinomica – qualificazione del comportamento tenuto dal primo trascrivente.

Ed infatti, pur ritenendo non responsabile il primo trascrivente che fosse solo a conoscenza della precedente alienazione, si è opinato diversamente almeno per l'ipotesi in cui si fosse raggiunta la prova di un concerto fraudolento in pregiudizio del primo acquirente o si ravvisassero gli estremi dell'azione revocatoria²⁵⁰. Successivamente, si è affermato che non vi è alcun motivo di

acquirente, ciò non toglie che il suo comportamento, in quanto consapevole, va considerato illecito, essendo sicuramente contrario a correttezza speculare sull'altrui negligenza".

²⁴⁸ Ricorda tale impostazione, FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova 2008, 307.

²⁴⁹ TROISI, *Note critiche in tema di contratto a danno di terzi*, in *Rivista del Notariato*, 2010, 4, I, 883: "Basti pensare al fenomeno dei cc.dd. *negozi astratti*, in cui l'interesse ad una maggiore sicurezza e rapidità nella circolazione dei beni richiede la pronta riconoscibilità dei rapporti giuridici e, perciò, esige che la loro certezza prevalga sul bisogno d'intrinseca giustificazione: ebbene, anche in tali negozi (si pensi, per tutti, al negozio cambiario), *l'inopponibilità ai terzi delle eccezioni fondate sulla causa* rappresenta un'applicazione particolare del *principio di affidamento*, nel senso che in essi è fatto salvo non il diritto di qualsiasi terzo, ma solo del *terzo acquirente di buona fede* per non aver agito intenzionalmente a danno del debitore: art. 21 l. cambiaria) (...)". L'Autore adduce, inoltre, gli esempi degli acquisti dall'erede apparente e dal simulato acquirente, oltre alla disciplina dettata in tema di azione revocatoria.

²⁵⁰ Tale orientamento viene criticamente ripercorso dalla Corte di Cassazione nella nota pronuncia n. 76 del 08.01.1982 (in *Foro It.*, 1982, I, 394 ss., con nota di PARDOLESI), in cui si rileva che non sembra "chiaro il fondamento della responsabilità (...) anche a carico del secondo acquirente nel caso eccezionale in cui il comportamento (del secondo acquirente) sia

qualificato da specifico intento fraudolento. Questa ipotesi si suole mettere accanto a quella in cui sussistano gli estremi dell'azione revocatoria del secondo acquisto (cfr. in particolare la sent. 942 del 1960, ...) la quale peraltro comporta diversa conseguenza, consistente nell'assoggettamento del bene oggetto del trasferimento all'azione esecutiva del primo acquirente per il soddisfacimento del suo credito per risarcimento del danno verso l'alienante (art. 2902 c.c.) e inoltre - posto che la seconda alienazione sarebbe anteriore al sorgere del credito per risarcimento - richiede la dolosa preordinazione dell'alienante con la partecipazione del secondo acquirente (art. 2901, n. 2, ult. parte) consistente nella volontà di entrambi di diminuire la consistenza patrimoniale dell'alienante, allo scopo di pregiudicare le ragioni di credito che dalla vicenda possono derivare a favore del precedente acquirente (sent. n. 1983 del 1976), precisandosi al riguardo che un atto che non sia determinato da tale specifico dolo, ma dall'intento dell'alienante di realizzare una sua particolare effettiva utilità (cioè un prezzo più vantaggioso) e dall'intento dell'acquirente di assicurarsi un bene che gli appaia rispondere ai suoi bisogni, non realizza la condizione dell'azione revocatoria (sent. da ultimo citata). A parte il fatto che non è possibile accogliere una così ristretta nozione di dolosa preordinazione, potendosi invece ravvisare frode non soltanto quando vi sia l'intento esclusivo di recar danno ad altri, ma anche quando si persegua un profitto, nonostante il danno ingiusto altrui, c'è da osservare che, se, nonostante la intensità di questo dolo, il secondo acquirente resta soggetto solo alla revocatoria, ossia deve soltanto rassegnarsi a che il creditore dell'alienante agisca *in executivis* anche sul bene da lui acquistato, non sembra possa esserci spazio per altra diversa ipotesi di dolosa preordinazione (senza l'*eventus damni* richiesto dall'art. 2901 c.c.) la cui conseguenza possa essere ben più grave e consistere nella soggezione diretta del secondo acquirente alla responsabilità per risarcimento del danno nei confronti del primo acquirente" (p. 399).

Proprio in relazione alle due sentenze della Cassazione n. 942 del 1960 e n. 1983 del 1976 (entrambe citate in senso critico dalla sentenza della Corte n. 76 del 1982), FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova 2008, 312 ss., ricorda che l'orientamento iniziale mostrò, in realtà, una evidente ritrosia a configurare una responsabilità *ex art. 2043 c.c.* del primo trascrivente, limitando alla frode l'ambito della illiceità. "S'andava consolidando l'inclinazione a colpire i coautori della doppia vendita mediante il rimedio revocatorio, puramente conservativo sì, ma capace almeno di preservare l'effettivo ristoro per equivalente del primo avente causa. Il risarcimento era tuttavia domandato al solo plurimo autore, sicuro inadempiente o sicuro danneggiante, sicché l'inefficacia relativa della vendita trascritta, esito del fruttuoso esperimento dell'azione revocatoria, garantiva il soddisfacimento di una pretesa orientata esclusivamente contro di questo. Chiamata ora a pronunciarsi non più sulla domanda revocatoria, mezzo indiretto e strumentale, o sulla responsabilità del doppio venditore, del tutto pacifica pur nel divergere delle motivazioni, ma sull'eventuale danno aquiliano provocato dal trascrivente, ai giudicanti apparve incongrua un'apertura di principio - ed infatti nessun proprietario «forte» venne inizialmente condannato - ma altrettanto benefico il limite estremo della frode (...). Ancora una volta, ed indipendentemente dal diritto positivo, affiorava l'adagio *fraus omnia corrumpit*. Fu un chiaro fenomeno imitativo, non deprecabile in sé - ed anzi capace di preludere ad applicazioni coerenti e più prevedibili - ma difettoso sotto un duplice aspetto. Innanzi tutto l'ambito dell'illecito, la frode del trascrivente, era delineato in modo del tutto ipotetico, se è vero che le sentenze di questa prima èra, al di là degli annunci, s'erano ben guardate dal condannare il trascrivente. La tesi della responsabilità per frode non aveva dettato alcun dispositivo in termini ed anzi risultava costantemente relegata ad *obiter* (...). Compiuta l'esportazione del *concert frauduleux* dalla sfera dell'azione revocatoria a quella dell'azione

lasciare sprovvista di “sanzione la innegabile violazione delle norme di correttezza del secondo acquirente in malafede, attraverso la quale si determina la conseguenza sostanziale a danno del primo acquirente, consistente nella perdita del suo diritto”²⁵¹. Infatti, dal meccanismo di cui all’art. 2644 c.c. - previsto a tutela dell’interesse generale alla sicurezza della circolazione giuridica - non può ricavarsi “per i singoli un diritto a servirsene incondizionatamente, come se quelle di questo meccanismo fossero le uniche norme applicabili alla loro condotta”²⁵², per concludere che “la condotta tanto dell’alienante quanto del secondo acquirente in mala fede si debba considerare unificata dall’intento, non importa se principale o secondario, di privare sostanzialmente il primo acquirente del suo acquisto, e conseguentemente si debba valutare e qualificare nel suo complesso”. Inoltre, “se una valutazione in termini di responsabilità [deve] essere fatta, come non si dubita, nei confronti dell’alienante, alla stessa valutazione [deve] pervenirsi

aquiliana, lo spostamento finiva col presentare un rilievo stilistico e, mentre là occorreva la frode perché fosse integrata la fattispecie degli artt. 1235 c.c. abrog. e poi 2901 c.c. vig., qui essa valeva semplicemente a far salva una prospettazione teorica della condanna per il caso di frode. Tanta preoccupazione doveva giudicarsi però sovrabbondante, per lo meno se condiviso lo scetticismo circa la distinguibilità di collusione e mera scienza; chi avesse voluto proporre un qualche spostamento, avrebbe potuto dirigere i suoi sforzi in altra direzione, saggiando in particolare se, ammessa la scindibilità teorico-pratica della scienza dalla collusione, quest’ultima fosse sussumibile entro lo schema del motivo illecito (e della conseguente nullità), anziché in quello del danno aquiliano (...). Inoltre il criterio soggettivo basato sulla frode, oltre ad essere rimasto virtuale alla prova dei fatti, non trovava riscontro nella lettera dell’art. 2043 c.c., che nel descrivere l’elemento psicologico richiesto ai fini dell’imputazione cita «qualunque fatto doloso o colposo» e mostra con ciò una tendenziale indifferenza rispetto ai due criteri generali e concorrenti, il dolo e la colpa, ed un’indifferenza ancor maggiore rispetto alle varie articolazioni che l’uno e l’altro possono presentare (frode, mala fede, dolo specifico o generico, colpa cosciente e così via)” (pp. 313-315).

²⁵¹ Cass. del 08.01.1982, n. 76, in *Foro It.*, 1982, I, 397.

²⁵² Cass. del 08.01.1982, n. 76, in *Foro It.*, 1982, I, 397. Sul punto osserva FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova 2008, 320 che, così opinando, si apre “la via alla doppia qualificazione della fattispecie, giacché gli effetti della pubblicità - anche quelli determinati dalla regola d’anteriorità della trascrizione - non osterebbero al contestuale riconoscimento della responsabilità aquiliana (...). La norma sul conflitto acquisitivo presidia l’interesse alla continuità, regolarità e trasparenza delle risultanze ma - a detta della suprema Corte - non può trasformarsi nell’assenso legale all’abuso (...)”.

anche per il secondo acquirente, sotto il profilo di una cooperazione nell'inadempimento dell'alienante"²⁵³.

²⁵³ Cass. del 08.01.1982, n. 76, in *Foro It.*, 1982, I, 399. La Corte conferma espressamente che la soluzione accolta si inquadra nella più ampia cornice della tutela aquiliana del credito, ricorrendo, nella specie, "la ipotesi della cooperazione del terzo in un comportamento dell'obbligato che frustra in modo definitivo la aspettativa del creditore, cui non rimane che chiedere il risarcimento del danno". Si veda sul punto la nota di DANUSSO, *Responsabilità del secondo acquirente nella doppia vendita immobiliare*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, II, 678 ss., ove l'Autore si propone di individuare quale sia effettivamente il diritto del primo acquirente oggetto di tutela aquiliana. Egli ritiene che il "contratto" di per sé non può esserlo, in quanto sono al più tutelabili ex art. 2043 c.c. "i diritti e gli obblighi specifici da questo derivanti. D'altra parte la teoria del contratto come valore in sé tutelabile trova proprio nel settore extracontrattuale i suoi limiti più evidenti. Considerare il contratto garantito ex art. 2043 c.c. in quanto la sua stabilità sia ritenuta meritevole di protezione dall'ordinamento per l'intenso grado di utile da esso prodotto, si rivela infatti criterio troppo vago ed astratto per trovare puntuale applicazione concreta" (pp. 680 s.). Di conseguenza, in luogo di ricercare "obblighi di difficile percezione quale «l'obbligazione di tenere fermo l'acquisto»", l'Autore ritiene di poter configurare in capo al primo acquirente un credito nei confronti dell'alienante alla "garanzia del risultato, obbligazione questa presente in ogni contratto traslativo" (p. 681).

Per completezza si rammenta che nella motivazione della sentenza, oltre a stigmatizzare l'utilizzo "abusivo" del meccanismo di cui all'art. 2644 c.c. da parte del secondo acquirente primo trascrivente, si osserva che non si può "nemmeno isolare, nella condotta del secondo acquirente, il fatto della trascrizione, separandolo dalla stipulazione del suo atto di acquisto, con l'argomento che solo la trascrizione sarebbe causa del danno per il primo acquirente e non invece l'atto di acquisto, il quale di per sé sarebbe per lui del tutto indifferente. In realtà, se è vero che la trascrizione costituisce un elemento indispensabile per la produzione di quel danno, e se è vero che il danno si determina nel momento della trascrizione, è però anche vero che altrettanto indispensabile è il contenuto della trascrizione, essendo necessario, per la produzione del danno, che si tratti del trasferimento di quello stesso diritto che l'alienante aveva in precedenza trasferito ad altri. Certamente il secondo atto di trasferimento non è da solo sufficiente per realizzare il danno: ma, poiché è un elemento indispensabile affinché il danno si produca, non è corretto asserire che esso è un atto indifferente per il primo acquirente. Si deve perciò dire che in questa ipotesi il secondo acquirente comincia a porre in essere una condotta dannosa per il primo quando stipula il suo atto di acquisto con l'alienante" (p. 397). Inoltre "non sembra nemmeno da condividere l'affermazione che la situazione giuridica creata dal primo trasferimento sia priva di tutela per il secondo acquirente prima che venga resa pubblica con il mezzo della trascrizione. Ciò significa, invero, disconoscere gli effetti propri dell'atto di trasferimento, che invece, se è uno degli atti elencati nell'art. 2643 c.c., determina senz'altro per effetto della sua stipulazione (art. 1376 c.c.) una situazione giuridica, certamente valevole *erga omnes*, di appartenenza all'acquirente del diritto trasferito e significa altresì attribuire alla trascrizione effetti maggiori di quelli suoi propri. Indipendentemente dalla natura di diritto assoluto del diritto trasferito (natura che non dipende dalla trascrizione, tanto è vero che, per es., non qualunque terzo convenuto in rivendica può opporre il difetto di trascrizione dell'atto di acquisto del rivendicante, ma solo quei determinati terzi indicati nell'art. 2644), è stata da tempo distinta la rilevanza esterna - vale a dire nei confronti dei terzi -

del rapporto obbligatorio rispetto a quella interna tra i soggetti del rapporto stesso, e se ne è dedotto che, se un rapporto obbligatorio è nel patrimonio del creditore, non può il terzo attentare alla sua integrità, ledendo impunemente l'interesse all'adempimento dovuto al creditore stesso" (p. 398). Si osserva, così, che "il secondo acquirente, quando stipula nelle predette circostanze il suo atto di acquisto, pone in essere una condotta già potenzialmente lesiva del diritto del primo acquirente, diritto che in quel momento (per forza di cose, anteriore alla trascrizione dell'atto stesso) egli è tenuto a rispettare come qualsiasi altro terzo, non soltanto per l'aspetto riguardante il diritto acquistato, che è un diritto la cui natura di diritto assoluto non dipende dalla trascrizione, ma anche per l'aspetto relativo all'obbligazione dell'alienante di mantenere fermo l'acquisto, obbligazione che egli conosce esistere nel patrimonio del primo acquirente. Il problema poi dell'ingiustizia del danno va visto con queste riflessioni sotto un aspetto diverso. Affermare che il danno subito dal primo acquirente non è un danno ingiusto, perché ciò che egli subisce è una conseguenza voluta dalla legge, non sembra da condividere. Si può obiettare intanto che se il danno fosse *secundum ius* allora si dovrebbe esentare da responsabilità anche l'alienante, perché la disciplina dell'art. 2644 c.c., come vale per l'acquirente, così dovrebbe valere per l'alienante; eppure si ritiene generalmente che invece l'alienante sia in tal caso responsabile, discutendosi in dottrina solo sulla natura contrattuale o extracontrattuale di detta responsabilità. Né per differenziare la due posizioni potrebbe bastare il riconoscimento della natura di responsabilità contrattuale a quella dell'alienante in forza del particolare rapporto che ha dato titolo al trasferimento, rapporto al quale il secondo acquirente sarebbe estraneo, mentre creerebbe particolari obbligazioni per l'alienante. Infatti la affermazione che il danno è *secundum ius* pone questa qualificazione su base obiettiva, ragion per cui se il danno c'è, ma per questo motivo gli manca la qualifica di danno ingiusto, tale conformità a legge dovrebbe valere nei confronti di tutti coloro che partecipano alla produzione dell'evento dannoso. Del resto, se la argomentazione, secondo la quale solo nella trascrizione del secondo trasferimento si può ravvisare la causa del danno, fosse corretta, si potrebbe altrettanto correttamente dire, con riferimento alla posizione dell'alienante, che costui, stipulando il secondo atto di trasferimento, compie un atto del tutto indifferente per il primo acquirente, il quale fra l'altro in quel momento ha le stesse possibilità del secondo di procedere alla trascrizione o del proprio acquisto o della domanda giudiziale diretta alla verifica delle sottoscrizioni della relativa scrittura privata e, facendolo prima dell'altro, lasciare definitivamente nell'ambito degli atti del tutto indifferenti per lui questo secondo acquisto; e, continuando lo stesso filo del ragionamento, osservare che la trascrizione del secondo acquisto, che sarebbe il fatto causativo del danno per il primo, è un fatto del tutto estraneo alla attività dell'alienante, tanto estraneo che vi può procedere, come è noto, chiunque (art. 2666, 2678 c.c.), non essendo la trascrizione una attività riservata al solo acquirente. Sicché si dovrebbe concludere che anche l'alienante sarebbe esente da responsabilità, non potendosi trovare un suo atto oppure una omissione da qualificare come causa del danno e fonte perciò di responsabilità di fronte al primo acquirente. Se questa conseguenza è inaccettabile e si cerca dove sia l'errore, lo si trova (...) nel considerare la condotta, sia dell'alienante che del secondo acquirente in malafede, spezzettata nei vari atti compiuti, anziché nella sua unità, essendo innegabile che elemento unificatore di tutta la condotta sia dell'uno che dell'altro è l'intento - non importa se principale o secondario - di privare sostanzialmente di effetti, sfruttando il meccanismo legale della trascrizione, l'acquisto del primo acquirente, già legittimamente verificatosi. E allora, se si pone *contra ius* colui il quale, dopo di aver alienato un bene, lo trasferisce ad altri, che stipula l'atto di acquisto con la consapevolezza della appartenenza altrui del bene, ma con la previsione di trascrivere per

L'orientamento riferito²⁵⁴ ammette, quindi, una tutela risarcitoria per equivalente monetario, peraltro negando “pressoché unanimemente che al primo acquirente possa essere riconosciuta una tutela restitutoria”²⁵⁵. Sono state, infatti, poco seguite²⁵⁶ le tesi della nullità della seconda vendita - per illiceità della causa (per mala fede oggettiva o frode) o per illiceità dei motivi²⁵⁷- o del

primo, non è possibile ritenere *secundum ius* la condotta del secondo acquirente, strettamente legata a quella dell'alienante, nell'inadempimento del quale consapevolmente si inserisce” (p. 398).

²⁵⁴ Che non pare mutato nei successivi sviluppi giurisprudenziali: cfr. Cass. del 02.02.2000, n. 1131, in *Rep. Foro It.*, 2000, 2205 e Cass. del 25.10.2004, n.20721, in *Giurisprudenza Italiana*, I, 2006, con nota di FERRANTE, *Doppia alienazione immobiliare e donazione*, 486 ss., entrambe ricordate da FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova 2008, rispettivamente p. 328, nt. 149, e p. 329 s. Il Ferrante annota che dall'esame dell'evoluzione giurisprudenziale pare emergere un certo distacco tra i concreti casi affrontati e l'enunciazione dei principî di diritto. Si osserva, infatti, che le condanne pronunciate a carico del primo trascrivente per il semplice fatto che egli sapesse di un primo trasferimento non trascritto, riguardano casi specifici in cui, in realtà, sembrano delinearci “trame ben più maliziose” della “scienza mera” (p. 330). Ma l'Autore pare risolvere alla radice il problema, in quanto si mostra critico sulla possibilità di configurare la responsabilità del primo trascrivente (p. 363). Qui basti ricordare che, secondo il Ferrante (pp. 330-341), se si ammettesse tale responsabilità, rimarrebbe pur sempre da armonizzare l'alternativa buona fede - mala fede con i normali criteri di imputazione soggettiva dell'illecito aquiliano, cioè con il dolo e con la colpa. Egli osserva, infatti, che, già con riferimento al dolo, se è vero che il danneggiante potrà rappresentarsi tutti gli elementi della vicenda che poi lo vede prevalere ex art. 2644, secondo comma, c.c., a conclusioni meno certe si perverrebbe quando la rappresentazione fosse incompleta o la cronologia irregolare (p. 332). I rilievi critici si accentuano, ovviamente, nel caso della colpa, rispetto alla quale si osserva che “appare subito arduo prospettare una responsabilità risarcitoria per chi abbia «negligentemente» trascritto per primo” (p. 338), se non altro perché “l'acquisto del primo avente causa resta per definizione sconosciuto ai registri (...). Se tuttavia non persuade lo schermo giustificativo della mancanza di pubblicità – e dunque si ritiene che il trascrivente non debba essere per ciò solo assolto da qualsiasi imputazione colposa - la questione resta aperta (...)”, dovendosi necessariamente aspettare “la casistica vera”, condizionata dall'accertamento “postumo dei due stati soggettivi”, i quali “vengono appurati per mezzo d'induzioni e deduzioni che finiscono col convergere. È pur sempre un giudizio di regolarità statistica, improntato a «quel che si sapeva» o a «quel che non si poteva non sapere»” (pp. 340-341).

²⁵⁵ TROISI, *Note critiche in tema di contratto a danno di terzi*, in *Rivista del Notariato*, 2010, 4, I,885.

²⁵⁶ Come ricorda TROISI, *Note critiche in tema di contratto a danno di terzi*, in *Rivista del Notariato*, 2010, 4, I,885.

²⁵⁷ GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, ne *Il Codice Civile, Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2643-2645bis, tomo 1, Milano 1998, 538, secondo cui “in caso di concerto fraudolento la tesi della nullità del contratto per illiceità del motivo comune non può trovare

risarcimento del danno in forma specifica ex art. 2058 c.c. (che consentirebbe al primo acquirente di ottenere la restituzione del bene)²⁵⁸.

ostacoli e deve essere seguita. Il motivo comune dell'acquisto, infatti, è esclusivamente quello di far venire meno l'acquisto operato precedentemente dal primo avente causa, senza nulla di più, senza cioè che sia individuabile un motivo ulteriore, quale normalmente accompagna gli atti di arricchimento patrimoniale, consistente nell'utilità per sé dell'acquisto del bene".

Contra COSTANZA, *Doppia vendita immobiliare e responsabilità del secondo acquirente di mala fede*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, I, 534, ove si rileva che per applicare l'art. 1345 c.c. al caso di specie "occorrerebbe, infatti, dimostrare che nella doppia vendita il secondo contratto è contrario ai buoni costumi. Ma a questa conclusione non è possibile aderire. La riprovazione che suscita il comportamento di colui che vende un bene già alienato e correlativamente di colui che compra, pur sapendo del precedente atto di disposizione, non deriva da una valutazione etica, ma piuttosto dalla sensazione di ingiustizia che si riceve applicando alla lettera la regola dell'art. 2644 c.c. Ciò tuttavia non giustifica l'immoralità della seconda vendita a compratore di mala fede. La conformità o meno di una data operazione economica alla morale non può dipendere dal trattamento che ad essa riserva la legge. Il giudizio etico sulla fattispecie concreta riguarda esclusivamente i suoi connotati fattuali. Nel caso della doppia vendita, invece, la violazione della regola morale non sarebbe realizzata dal negozio in sé, ma dall'attuazione di una norma giuridica. L'acquisto di un bene altrui non può considerarsi come immorale (...). Se mai può apparire immorale il fatto che in forza della trascrizione diventi titolare del bene chi lo acquistato «*a non domino*» e in mala fede. Ma l'invalidità di un contratto per illiceità del motivo non può farsi derivare da un evento estrinseco alla fattispecie negoziale quale è la trascrizione. Né d'altra parte può replicarsi che l'illiceità del motivo prescinde dalla possibilità di realizzare in concreto il proprio intento immorale. Nella doppia vendita di immobili in tanto si può qualificare come immorale la alienazione al secondo compratore di mala fede in quanto c'è la regola dell'articolo 2644 c.c. Diversamente i moventi illeciti delle parti rimarrebbero irrilevanti, trattandosi di un atto inefficace".

²⁵⁸ Cfr. TROISI, *Note critiche in tema di contratto a danno di terzi*, in *Rivista del Notariato*, 2010, 4, I, 885, che in punto di rimedi restitutori richiama, tra le ultime, l'opinione di VENTURELLI, *Circolazione giuridica e ingiustizia del danno*, Brescia 2005, 113 ss. Il Troisi ricorda che l'opinione contraria alla praticabilità dei rimedi restitutori si baserebbe non solo sulla difficoltà "d'individuare lo strumento idoneo al raggiungimento dello scopo (vale a dire la *restituito in pristinum*)" ma anche sul fatto che ciò sarebbe in contrasto con la disciplina della circolazione dei beni (richiama sul punto GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, ne *Il Codice Civile*, *Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2643-2645bis, tomo 1, Milano 1998, 562).

Ritiene possibile la restituzione del bene ex art. 2058 c.c. al primo acquirente COSTANZA, *Doppia vendita immobiliare e responsabilità del secondo acquirente di mala fede*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, I, 536 s. e su cui v. *infra* nel testo (sulla responsabilità del terzo per pregiudizio del credito, cfr., tra i tanti, TRIMARCHI P., *Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, I, 217 ss.; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora*, Milano 1991, 32 ss.).

FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova 2008, 354-363, pare escludere in radice la responsabilità del primo trascrivente. Rileva l'Autore che una prima difficoltà sta nell'individuare lo stesso diritto che sarebbe leso dal primo trascrivente. In base, infatti, all'art. 2644 c.c., il contratto non trascritto da cui nasce il diritto di proprietà «debole» "non ha e non

Al riguardo, non può farsi comunque a meno di annotare che, nell'ambito dei rimedi restitutori, si è da ultimo avanzata l'ipotesi che il primo acquirente pregiudicato da una prioritaria trascrizione del secondo acquirente, potrebbe

può avere effetto verso il terzo esecutore della formalità", perciò "è anche un contratto che, nei riguardi di quest'ultimo, costituisce o trasferisce un diritto che non c'è. Se il diritto non c'è, nemmeno può essere leso" (p. 356). Secondo l'Autore, inoltre, l'art. 2644 esprime "l'irrelevanza della mala fede ai fini della formalità, in modo da tale da rendere influente lo stato soggettivo di chi vi provveda (...). Poiché dunque l'istituto regola il conflitto acquisitivo grazie al puro mezzo matematico e con questo ovvia alla segretezza del nudo patto, all'incertezza del rapporto cronologico fra i titoli concorrenti, nonché alla caratteristica opacità della psiche, sembra nuovamente contraddittorio reputare abusivo l'esercizio del «diritto alla pubblicità», quando a trascrivere sia un soggetto che, come qualsiasi altro richiedente, ponga fine alla segretezza ed incertezza temporale del contratto e rispetto al quale nessuna riserva può muoversi in considerazione del suo stato soggettivo. Se così è - e sul punto non v'è contrasto - pare altrettanto ardito il pensiero che un trascrivente conscio dell'altrui contratto non pubblicato, per questo solo abbia fatto cattivo uso del proprio onere di trascrizione" (pp. 359-360). "Al pari del trascrivente di buona fede, egli soddisfa l'obiettivo che la norma intende raggiungere per finalità d'interesse superiore, che senz'altro trascendono e talvolta persino vanificano le aspirazioni dei privati: garantire a chi trascrive l'opponibilità assoluta, senza che se ne possa lamentare un giorno l'eventuale mala fede (...)" (pp. 360-361).

"In realtà la doppia alienazione con prevalenza del secondo avente causa primo trascrivente implica sempre una violazione contrattuale del doppio autore. A meno di non ritenerlo responsabile di torto puramente aquiliano (...) un qualche inadempimento del doppio alienante dovrà pur sussistere. Ora, poiché questa stessa fattispecie non può completarsi senza il contributo del futuro proprietario «forte», il quale deve anzi consentire all'alienazione di cosa altrui per poi beneficiare della prevalenza pubblicitaria, la sua cooperazione all'inadempimento è *in re ipsa*. Ecco dunque riemergere il quesito: che cosa distingue il concorso irrilevante da quello che fonda la responsabilità del proprietario «forte»? Evidentemente la cognizione dell'antefatto, la consapevolezza di agire da complice della spoliazione (...). Il discorso torna dunque alle origini, a quelle stesse elucubrazioni che affaticano i cultori dell'abuso e più in generale della «doppia qualificazione» (...). Questa supposta variante, la tesi della complicità nell'inadempimento, non apporta a ben vedere alcuna variazione, se non il tentativo d'aggirare il consueto dilemma: se si possa attribuire rilievo, in termini di responsabilità del trascrivente, ad uno stato soggettivo - mala fede, dolo, frode,- che non gioca alcun ruolo nell'acquisto per trascrizione, e sulla base di questo riconoscere un torto aquiliano nella condotta altrimenti legittimata dall'art. 2644 c.c. Ne deriva che le critiche svolte in merito al primo segmento della disputa, l'asserita lesione della proprietà «debole», devono riproporsi tal quali anche per il secondo, l'ipotesi della cooperazione all'inadempimento. Sciogliendo definitivamente la riserva (...) può dunque concludersi che tutta la trattazione svolta a proposito della responsabilità del trascrivente abbisogna di una completa rimediazione e va radicalmente ripudiata, per la semplice ragione che egli merita d'essere assolto, già in principio, da qualsiasi imputazione"(pp.362-363).

chiedere al giudice di ordinare la cancellazione della trascrizione della seconda alienazione²⁵⁹.

²⁵⁹ TROISI, *Note critiche in tema di contratto a danno di terzi*, in *Rivista del Notariato*, 2010, 4, 1,885, ritiene che “il giudice potrebbe ordinare, puramente e semplicemente, la cancellazione della trascrizione della seconda alienazione - sì da rendere quest’ultima inopponibile al primo acquirente - e, contemporaneamente, ordinare, se richiesto, la trascrizione della prima (previa verifica della scrittura privata). Invero, la trascrizione della seconda alienazione è l’unico atto realmente pregiudizievole alle ragioni del primo acquirente: senza di essa, infatti, il secondo avente causa non acquista nulla, essendo la vendita inefficace in quanto tale, producendo tutt’al più effetti meramente obbligatori ex art. 1478 c.c.” (p. 886).

Il rimedio della cancellazione viene prospettato dall’Autore tramite un articolato *iter* argomentativo che qui si riporta (pp. 888-890): “Punto di partenza è la considerazione secondo la quale, con la seconda vendita, alienante e (secondo) acquirente creano un’apparenza dolosa, attraverso la conclusione fraudolenta (idonea a frodare le ragioni del primo acquirente non trascrivente) di un contratto (apparente, appunto) di compravendita con effetti reali, approfittando dell’investitura formale in ordine al bene come risultante dai registri immobiliari. Ma il contratto «reale» - l’unico che il venditore (non più proprietario) (...) e secondo acquirente avrebbero potuto *legittimamente* (...) concludere - è rappresentato da una vendita con effetti obbligatori ex art. 1478 c.c., vendita obbligatoria la quale non avrebbe potuto essere trascritta (...) o avrebbe potuto esserlo solo in quanto tale (...) (e non come vendita *tout court*), senza, perciò, alcun pregiudizio per le ragioni del primo acquirente. Le parti realizzano, insomma, una *divergenza dolosa tra realtà e apparenza che pone in primo piano l’esigenza di tutelare i terzi*, sia quelli «che in buona fede hanno acquistato diritti dal titolare apparente» sia quelli che sono pregiudicati dalla conclusione del contratto apparente. Orbene, la regola generale per il caso di divergenza dolosa tra realtà e apparenza è dettata dal legislatore in materia di simulazione (...): tra le parti, prevale la realtà sull’apparenza (art. 1414, comma 2, c.c.); i terzi possono far valere la simulazione - possono, cioè, far prevalere la realtà sull’apparenza- nei confronti delle parti, quando essa pregiudica i loro diritti (art. 1415, comma 2 c.c.); mentre nei confronti degli aventi causa *in buona fede* dal simulato acquirente né le parti né i terzi aventi causa dal simulato alienante possono far valere la simulazione: non possono, cioè, far prevalere la realtà sull’apparenza (art. 1415, comma 1, c.c.). Nei loro confronti prevale l’apparenza in forza del principio di tutela dell’affidamento. Se questa è la regola generale in caso di divergenza dolosa tra realtà e apparenza, nel caso specifico della doppia vendita immobiliare la disciplina non potrà che porsi nei seguenti termini: tra le parti (cioè, tra l’alienante e il secondo acquirente di mala fede-primo trascrivente) il contratto non potrà che avere efficacia meramente obbligatoria ex art. 1478 c.c. (vale, cioè, il contratto reale); da parte sua, il primo acquirente non trascrivente, in quanto terzo avente causa dall’apparente alienante, ben può far prevalere la realtà sull’apparenza in quanto danneggiato dal contratto apparente: e ciò, sulla base del principio ricavabile dall’art. 1415, comma 1 c.c., secondo cui tutte le volte che le parti creano un’apparenza fraudolenta, il legislatore tutela sempre i terzi che ne siano pregiudicati. Conseguentemente, la dichiarazione di inefficacia della seconda vendita (apparente) gioverà al primo acquirente che potrà trascrivere il suo titolo di acquisto nei confronti dell’alienante (comune autore): il giudice che la dichiara, infatti, ordinerà la cancellazione della relativa trascrizione. Naturalmente, nel conflitto con i terzi di buona fede aventi causa dal secondo acquirente-primo trascrivente, in forza del combinato disposto degli artt. 1415, comma 1 e

Orbene, se, come detto, si ritiene configurabile in capo al primo acquirente un interesse al completamento del procedimento di acquisto della proprietà – procedimento che, nella sua totalità, si dipana dal contratto alla trascrizione –, la lesione di tale interesse sembrerebbe poter effettivamente essere risarcita, ex art. 2058 c.c., con il rimedio dell'ordine giudiziale di cancellazione (della prima trascrizione), che, appunto, varrebbe a riportare lo stato delle cose al tempo in cui il suddetto procedimento doveva ancora essere completato²⁶⁰. E ciò sulla base di una soluzione che, nell'equo contemperamento degli interessi contrapposti, proporzioni la reazione dell'ordinamento in modo da negare prevalenza al primo trascrivente quando ricorrano “circostanze tali da far ritenere immeritevole di tutela l'interesse perseguito da colui che si avvale delle prerogative offertegli dalla pubblicità”²⁶¹. Si conferma così, ancora una volta, come tale giudizio di

2644 c.c., soccomberà il primo acquirente non trascrivente (in qualità di avente causa dall'apparente alienante). In tal caso, infatti, il contratto apparente, in forza della sua integrità documentale, costituisce valido titolo di acquisto, e pertanto il diritto del subacquirente di buona fede è fatto salvo”.

²⁶⁰ Prospettazione che qui si accenna, ma la cui originalità sconta, ovviamente, l'articolata vastità della letteratura esistente sull'argomento (cfr., da ultimo, BARALIS, *La pubblicità immobiliare fra eccezionalità e specialità*, Padova 2010).

²⁶¹ Così COSTANZA, *Doppia vendita immobiliare e responsabilità del secondo acquirente di mala fede*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, I, 537. L'Autrice rileva che, in “particolare, la sanzione di responsabilità dovrebbe intervenire soltanto là dove il ricorso allo strumento della trascrizione sia motivato nel secondo acquirente più che dall'intenzione di assicurarsi, pur nella consapevolezza di agire in conflitto con un eguale diritto altrui, la titolarità opponibile *erga omnes* di un certo bene, dalla volontà di impedire al primo compratore di consolidare la propria posizione proprietaria, rendendola palese ai terzi, o di approfittare di una circostanza che ha posto il primo acquirente nella impossibilità di procedere alla trascrizione del suo titolo d'acquisto” (p. 537).

L'Autrice (pp. 536 s.) ritiene configurabile, ex art. 2058 c.c., la restituzione del bene al primo acquirente (sempre che ne ricorrano i presupposti di legge). Osserva infatti che “se una situazione di questo tipo può essere considerata positivamente, in quanto permette di tutelare in modo completo il soggetto leso –nella specie il primo acquirente- (...), dall'altro induce a riflettere sulla proporzionalità fra la sanzione e il comportamento che ne è il presupposto, anche in considerazione della possibilità che il danneggiato (primo compratore) ha di recuperare dal venditore il prezzo eventualmente già corrispostogli con l'aggiunta del risarcimento dei danni derivati dal mancato acquisto del bene. Del resto, se non si può disconoscere che colui che procede alla trascrizione del suo titolo d'acquisto eserciti un suo diritto (...) o per lo meno una sua facoltà e soddisfi, quindi, un proprio interesse giuridicamente

tutelato ex art. 2644 c.c., sembra, poi, difficile negare rilevanza a questo interesse quando ci sia da parte del trascrivente la sola conoscenza dell'esistenza di un diritto incompatibile altrui". Infatti, "se la legge preferisce fra più acquirenti di uno stesso diritto quello che per primo lo ha trascritto" la negazione di tale "privilegio" può giustificarsi solo se l'interesse in concreto perseguito non sia meritevole di tutela secondo l'ordinamento.

Sul punto si veda il contributo di GABRIELLI, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, in *Rivista di diritto civile*, 1988, I, 458-460., il quale, in relazione all'orientamento proclive ad ammettere la responsabilità anche del secondo acquirente primo trascrivente, osserva che, una volta ammessa la responsabilità, "diventa assai difficile negare al primo acquirente, danneggiato, la scelta della reintegrazione in forma specifica, certamente possibile, finché l'altro non abbia a propria volta rialienato, e non necessariamente troppo onerosa (...). Tale risultato non differisce affatto, in realtà, da quello cui si perverebbe per la via (...) di considerare inefficace la trascrizione anteriore, se viziata da mala fede; sempreché, beninteso, si precisi che l'inefficacia indotta dallo stato soggettivo del secondo acquirente non può che essere relativa, secondo la prospettiva additata dallo stesso legislatore con la norma dell'art. 2667, ultimo comma, c.c. (...). Né si tratta soltanto di rilevare che il ricorso al rimedio aquiliano, ora adottato dalla giurisprudenza, conduce, attraverso un cammino non privo di asperità, allo stesso risultato cui direttamente si giungerebbe, ravvisando implicito nella norma dell'art. 2644 c.c., come già si fa per tante altre, il limite della mala fede. Si tratta anche di sottolineare il rischio che, per la via della tutela risarcitoria, si finisca per andare ben al di là di quanto occorre per evitare il «distacco» della disciplina della trascrizione dal quadro dei principi. Invero, una volta ammessa la possibilità che il secondo acquirente risponda, trascrivendo per primo, a titolo d'illecito extracontrattuale, diventa incerto il fondamento di una limitazione della responsabilità al solo caso di chi sia in mala fede; a norma dell'art. 2043 c.c. si risponde anche per colpa: deve risarcire il danno non solo chi sottrae il bene che sapeva altrui, ma anche chi sottrae il bene di cui, con l'ordinaria diligenza, avrebbe potuto riconoscere l'appartenenza ad altri (...). E' ben vero che indagini dottrinali recenti hanno messo in luce, anche al di là dei casi di previsione testuale, una serie di comportamenti che vengono considerati come fonte d'obbligo risarcitorio solo in quanto siano contrassegnati dal dolo; e che ai casi così rilevati si è cercato, altresì, di conferire un fondamento generale, riconducendoli a un principio e, quindi, erodendo il «dogma dell'equivalenza» fra dolo e colpa nel campo dell'illecito civile (...). Ma è vero anche che queste ricerche (...) sembrano lontane, almeno per ora, dall'influire in modo determinante sulle tendenze giurisprudenziali; tanto che, almeno in quel particolare settore della pubblicità immobiliare in cui fin d'ora si ammette che non possa giovare dell'antiorità della propria iscrizione chi è in mala fede, già la massima corrente suona nel senso che nuoce anche la semplice colpa: invero, l'avente causa dal titolare iscritto nel libro fondiario soccombe di fronte all'usucapiente, che pur non abbia curato l'iscrizione del proprio acquisto nel libro fondiario, non solo se conosceva tale acquisto, ma anche se poteva e doveva riconoscerlo (...). Che non esista un principio di equipollenza fra dolo e colpa grave e che, quindi, la buona fede non sia automaticamente esclusa dalla prova della colpa, anche grave, è stato più volte energicamente sottolineato dalla dottrina (...). Ma è anche vero che, sul piano probatorio, lo stato soggettivo di mala fede non può che dimostrarsi, per solito, con presunzioni semplici (...). Potrebbe osservarsi, bensì, che al denunciato inconveniente resta esposta, sul piano pratico, anche la soluzione che, evitando il *circuitus* del ricorso al rimedio aquiliano, propone, di direttamente considerare affetta da invalidità relativa la trascrizione anteriore, se eseguita in favore di un acquirente di mala fede (...). E' inconveniente tale, da vulnerare le stesse ragioni dell'istituzione di un sistema pubblicitario, nel

meritevolezza passi attraverso quelle clausole generali di buona fede, lealtà e correttezza, che contribuiscono a “rischiare” il codice stesso²⁶².

momento in cui il potenziale acquirente, che non trovi trascrizioni incompatibili a carico del dante causa, dovesse porsi anche il problema se sussistano indizi esterni, rivelatori della preesistenza di anteriori atti incompatibili. Ma è inconveniente che parimenti si manifesta in tutti quei casi in cui, per espressa disposizione o per operazione integrativa degli interpreti, viene ammessa la rilevanza della conoscenza di fatti non pubblicati, benché suscettibili di pubblicazione: sempre, invero, tale conoscenza potrà, e di regola dovrà, provarsi con presunzioni. Ma, almeno, per la via qui proposta, che scarta il ricorso al rimedio aquiliano e con esso l'ancor forte suggestione del dogma di equivalenza fra dolo e colpa, sarà più facile ad una giurisprudenza accorta evitare di presumere la mala fede sulla base della semplice negligenza o imprudenza. Sarà più facile, in altri termini, evitare il pericolo (...) che continui a crescere, in ampiezza ed in efficienza, un sistema pubblicitario sostanzialmente debilitato, in parallelo, dall'espansione dello strumento risarcitorio. Proprio perché non s'incorra in tale pericolo, l'interprete è oggi chiamato allo sforzo di superare l'argomento formale che contro l'integrazione della norma di cui all'art. 2644 c.c. con il limite della mala fede si desume da quella del successivo art. 2667, ultimo comma. A questo fine potrebbe dare un contributo determinante quel canone ermeneutico che impone di assegnare a ogni singola disposizione il significato che la rende compatibile con i precetti costituzionali, e in particolare con il principio di eguaglianza: se l'apparente anomalia della norma dell'art. 2644 c.c. rispetto al quadro dei principi non è giustificata (...) da ragioni peculiari obiettivamente connesse con il suo campo di applicazione, l'integrazione di essa con il limite della mala fede diventa un requisito per la sua stessa legittimità costituzionale. La disposizione particolare dell'art. 2667, ultimo comma, c.c. potrà e dovrà essere riguardata, allora, secondo l'esempio degli interpreti francesi, non già come eccezione, ma come emersione, nel sottosistema della trascrizione immobiliare, di un principio comune al sistema pubblicitario nel suo insieme”.

²⁶² Come amava ripetere il Professore Nicola Di Prisco ai suoi allievi. Alla sua memoria è dedicato questo lavoro.

BIBLIOGRAFIA GENERALE

- ALLARA, *Le vicende del rapporto giuridico e le loro cause*, Torino 1939;
- ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, 4a ed., Torino 1962;
- ASCARELLI, *Sul concetto di titolo di credito*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, Milano 1954, 373 ss.;
- BARALIS, *La pubblicità immobiliare fra eccezionalità e specialità*, Padova 2010;
- BARASSI, *Diritti reali e possesso*, I, Milano 1952;
- BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, XV, tomo 2, Torino 1952;
- BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1960;
- BIANCA, C.M., *Diritto Civile. 3. Il Contratto*, Milano 1984;
- BIANCA C.M., *Il principio del consenso traslativo*, in *Diritto Privato*, I, *Il trasferimento in proprietà*, Padova 1995, 5 ss.;
- BIANCA C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, I, 206 ss.;
- BOBBIO, *Filosofia del diritto e teoria generale del diritto*, in *Scritti in onore di F. Carnelutti*, I, Padova 1950, 43 ss.;
- BOCCHINI F. e QUADRI E., *Diritto privato*, 4a ed., Torino 2011;
- BOCCHINI F., *Regole proprietarie e fornitura di prodotti*, in BOCCHINI F., *Saggi di diritto privato*, Napoli 2006, 135 ss.;
- CAMMARATA, *Il significato e la funzione del «fatto» nell'esperienza giuridica*, in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano 1963, 267 ss.;
- CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, rist. con note di aggiornamento a cura di G. MIELE, Padova 1960;
- CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova 1936;

CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli 1948;

CARNELUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Rivista di diritto processuale*, 1955, 208 ss.;

CARNELUTTI, *Lineamenti di diritto processuale civile*, I, Padova 1926;

CARNELUTTI, *Occhio ai concetti!*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1950, I, 450 ss;

CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3a ed., Roma 1951;

CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova 1933;

CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora*, Milano 1991;

CATAUDELLA, *Fattispecie*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVI, Milano 1967;

COMPORTI, *Diritti reali*, I, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma 1989;

COSTANZA, *Doppia vendita immobiliare e responsabilità del secondo acquirente di mala fede*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, I, 520 ss.;

COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, I, Milano 1980, 421 ss.;

COVIELLO N., *Della trascrizione*, I (2a impressione dell'edizione del 1897), Napoli 1907;

COVIELLO N., *Della trascrizione*, II (2a ed. riveduta ed ampliata da N. Coviello e L. Coviello), Napoli-Torino 1924;

D'AMELIO, *Apparenza del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, tomo 1, Torino 1957;

DANUSSO, *Responsabilità del secondo acquirente nella doppia vendita immobiliare*, nota a Cass. 08.01.1982, n. 76, in *Rivista di diritto civile*, 1983, II, 678 ss.;

DE CUPIS, *Pubblicità (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Milano 1988;

DE CUPIS, *Successione nei diritti e negli obblighi*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, Milano 1990;

DI PRISCO, *La proprietà temporanea*, Napoli 1979;

DI PRISCO, *Procedimento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano 1986;

FALZEA, *Apparenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, II, Milano 1958;

FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano 1965;

FALZEA, *Fatto giuridico*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVI, Milano 1967;

FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941;

FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino 1943;

FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova 2008;

FERRANTE, *Doppia alienazione immobiliare e donazione*, nota a Cass. 25.10.2004, n. 20721, in *Giurisprudenza Italiana*, I, 2006, 486 ss.;

FERRARI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958, 514 ss.;

FERRI L., *Della trascrizione immobiliare*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna - Roma 1955;

FERRI L., *Note introduttive ad uno studio della trascrizione immobiliare*, in *Studi in onore di Cicu*, I, Milano 1951, 323 ss.;

FERRI L., *Trascrizione immobiliare*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di Scialoja e Branca, 2a ed., Bologna - Roma 1977;

FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli 1983;

FORTI, «Atto» e «procedimento» amministrativo. *Note critiche*, in *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranelletti*, I, Padova 1931, 452 ss.;

FROSINI, *Teoria generale del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIX, Torino 1973;

FUNAIOLI, *La c.d. proprietà relativa*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1950, I, 287 ss.;

FURGIUELE G., *Il contratto con effetti reali fra procedimento e fattispecie complessa: prime osservazioni*, in *Diritto privato*, I, *Il trasferimento in proprietà*, Padova 1995, 83 ss.;

GABRIELLI, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, in *Rivista di diritto civile*, 1988, I, 425 ss.;

GABRIELLI, *Sul modo di operare della pubblicità a norma dell'art. 2644 c.c.*, in *Rivista del Notariato*, 2009, 2, 355 ss.;

GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano 1957;

GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VIII, tomo 2, Milano 1995;

GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, ne *Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2643-2645bis, tomo 1, Milano 1998;

GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, XI ed., Napoli 2004;

GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1950;

GIORGIANNI, *Diritti reali (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, V, Torino 1968;

GRECO e COTTINO, *Della vendita*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna - Roma 1964;

GUARINO A., *Diritto Privato Romano*, XII ed., Napoli 2001;

GUARINO G., *Oggetto, funzione e metodo della teoria del diritto*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1953, n. 20;

KELSEN, *Kausalität und Zurechnung*, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, XLVI, 1960, 332 ss.;

LUZZATTO R., *La compravendita* (ed. postuma a cura di G. Persico), Torino 1961;

MAIORCA, *Fatto giuridico - fattispecie*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Torino 1961;

MENGONI, *Acquisto "a non domino"*, Milano 1949;

MENGONI, *Acquisto "a non domino"*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, tomo 1, Torino 1957;

MONATERI, *La sineddoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano 1984;

MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova 1995;

MORITTU, *Revisione della dottrina su alcuni principi fondamentali riguardanti la trascrizione dei contratti traslativi della proprietà immobiliare*, in *Studi economico-giuridici pubblicati per cura della Facoltà di Giurisprudenza* (R. Università di Cagliari), Milano 1936, 33 ss.;

MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano 1973;

NICOLO', *La trascrizione. Appunti dal corso di diritto civile*, I (Anno Accademico 1971-1972), a cura di R. Moschella e M.C. Andrini, Milano 1973;

NICOLO', *La trascrizione. Appunti dal corso di diritto civile*, II (Anno Accademico 1972-1973), a cura di R. Moschella, G. Mariconda, F. Gazzoni, Milano 1973;

NICOLO', *La trascrizione. Appunti dal corso di diritto civile*, III (Anno Accademico 1972-1973), a cura di D. Messinetti, Milano 1973;

PARDOLESI, nota a Cass. del 08.01.1982, n. 76, in *Foro Italiano*, 1982, I, 394 ss.;

PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri. La compravendita di cosa futura*, Napoli 1962;

PIETROBON, *Affidamento*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, I, Roma 1988;

PIETROBON, *Errore (diritto civile)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XIII, Roma 1989;

PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova 1963;

PUGLIATTI, *Acquisto del diritto*, in *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano 1958;

PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XIV, I, tomo 1, Milano 1957;

PUGLIATTI, *La trascrizione. L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, XIV, tomo 2 (testo curato e aggiornato da G. Giacobbe e M. E. La Torre), Milano 1989;

REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, I, Padova 1931;

RESCIGNO P., *Condizione (dir. vig.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, VII, Milano 1961;

ROMANO Salv., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano 1961;

ROMANO Salv., *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose*, in *Scritti minori*, Milano 1980, I, 444 ss.;

ROMANO Salv., *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, V, Milano 1959;

ROMANO Salv., *Vendita - Contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano 1960;

ROMANO Santi, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947;

RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939;

SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1940;

SACCO, *Affidamento*, in *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano 1958;

SACCO, *Possesso (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIV, Milano 1985;

SACCO e CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VII (2a ed.), Milano 2000;

SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino 1993;

SANTORO PASSARELLI, *Diritti assoluti e relativi*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano 1964;

SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 1966, rist. Napoli 1997;

SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXI, Milano 1971;

SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 1950, rist. Napoli 1956;

SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, 331 ss.;

TOLONE, *Riflessioni sul problema della proprietà temporanea*, in *Innovazione e Diritto*, 6/2006, 19 ss.;

TONDO, *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VIII, Torino 1962;

TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, XXIX ed., Padova 1999;

TRIMARCHI, *Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, I, 217 ss.;

TROISI, *Note critiche in tema di contratto a danno di terzi*, in *Rivista del Notariato*, 2010, 4, I, 881 ss.;

VENTURELLI, *Circolazione giuridica e ingiustizia del danno*, Brescia 2005;

VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano 1995.