ATTI
Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile

PUBBLICITÀ DEGLI ATTI E DELLE ATTIVITÀ

Atti dell'8° Convegno Nazionale

3-4-5 aprile 2013
Royal Continental Hotel - Napoli

Edizioni Scientifiche Italiane

Atti

Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile

ATTI
Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile

PUBBLICITÀ DEGLI ATTI E DELLE ATTIVITÀ

Atti dell'8° Convegno Nazionale

3-4-5 aprile 2013
Royal Continental Hotel - Napoli

Edizioni Scientifiche Italiane

Comitato scientifico:
Pietro Perlingieri, Giovanni Gabrielli, Donato Carusi, Alessandro Ciatti, Raffaele Di Raimo, Pasquale Femia, Marialuisa Gambini, Stefania Giova, Attilio Gorassini, Michele Graziadei, Daniela Memmo, Vincenzo Ricciuto, Chiara Tenella Sillani, Raffaele Tommasini, Mario Zana.

Comitato dei garanti:
Francesco Benatti, Cesare Massimo Bianca, Antonino Cataudella, Nicolò Lipari, Rodolfo Sacco.

Coordinamento e cura:
Manolita Francesca

Comitato editoriale:
Marcello D'Ambrosio (Università degli Studi di Salerno); Alessia Fachechi (Seconda Università degli Studi di Napoli); Andrea Lepore (Seconda Università degli Studi di Napoli); Anna Malomo (Università degli Studi di Salerno); Roberta Marino (Università degli Studi di Napoli «Federico II»); Emanuela Migliaccio (Università degli Studi del Sannio); Maria Porcelli (Università degli Studi di Cassino e Lazio Meridionale); Francesco Quarta (Università degli Studi di Bologna); Carla Solinas (Università degli Studi di Roma «Tor Vergata»).

Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile
Pubblicità degli atti e delle attività
Atti dell'8° Convegno Nazionale
Collana: Atti SISDiC, 8
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014
pp. 512; 24 cm
ISBN 978-88-495-2822-0

© 2014 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7
00185 Roma, via dei Taurini 27

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Gaetano Petrelli

TRASCRIZIONE IMMOBILIARE, COSTITUZIONE REPUBBLICANA E CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Sommario: 1. Premessa. Costituzione repubblicana, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e trascrizione immobiliare nella dottrina e nella giurisprudenza italiane. – I. *Trascrizione e Costituzione*. – 2. Il sistema italiano della trascrizione nell'àmbito dei grandi modelli di pubblicità immobiliare. Mutamento di paradigma rispetto alla concezione tradizionale e riflessi sul piano costituzionale. – 3. Pubblicità immobiliare e Carte costituzionali: l'esperienza tedesca e quella statunitense. – 4. Il diritto italiano. Acquisti *a non domino*, effetti «sananti» (o di «pubblica fede») della pubblicità immobiliare e Costituzione. – 5. Princípi costituzionali, metodologia giuridica e tecniche interpretative in tema di trascrizione. Il problema della tassatività. – 6. Coesistenza di diversi regimi pubblicitari (trascrizione e regime tavolare) e problemi di legittimità costituzionale. – 7. Proporzionalità e principio di legalità nell'attuazione della pubblicità immobiliare. – 8. Trascrizione di domande giudiziali e tutela costituzionale dei diritti di azione e di difesa. – 9. Conclusioni sul rilievo dei princípi costituzionali in materia di trascrizione. – II. *Trascrizione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*. – 10. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la protezione del diritto di proprietà e la pubblicità immobiliare. – 11. Alcune recenti riforme straniere della pubblicità immobiliare alla luce della Cedu. – 12. Trascrizione di vincoli pubblicistici, inerzia della pubblica amministrazione e principio di proporzionalità. – 13. Il principio di legalità e la pubblicità immobiliare. – 14. Gli acquisti immobiliari *a non domino*; il problema dell'usucapione in rapporto alla pubblicità immobiliare. – 15. La pubblica fede delle iscrizioni nei libri fondiari e la c.d. pubblicità sanante.

1. Lo studio dell'istituto della trascrizione immobiliare alla luce delle fonti di rango primario (Costituzione, Convenzione europea dei diritti dell'uomo, diritto comunitario[1]) non è stato ancóra organicamente

[1] La presente relazione non si occupa del rapporto tra pubblicità immobiliare e diritto comunitario. Tradizionalmente, si ritiene che l'art. 345 del Trattato sul funzio-

affrontato dalla dottrina italiana[2]. Anche la giurisprudenza costituzionale ha affrontato solo sporadicamente il problema della legittimità costituzionale delle norme in materia di trascrizione; spesso non si è trattato, peraltro, di questioni pubblicitarie in senso stretto, ma piuttosto dell'esigenza – meramente 'strumentale' – di assicurare l'*effettività* di diritti costituzionalmente tutelati, grazie all'opponibilità assicurata dalla trascrizione. E stata, ad esempio, dichiarata l'illegittimità della norma

namento dell'Unione europea [già art. 295 (*ex* art. 222), del Trattato sull'Unione europea], che lascia «del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri», escluda dall'àmbito comunitario anche le questioni relative alla pubblicità immobiliare. Si tratta, però, di una opinione almeno in parte infondata, ove si consideri l'incidenza che la pubblicità immobiliare può avere in svariati àmbiti, attinenti al mercato comune, ed allo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia *ex* art. 3, n. 2, Tratt. UE, e che come tali rientrano nelle competenze dell'Unione, ed hanno costituito oggetto di interventi da parte dei relativi organi (si pensi ai problemi del credito ipotecario transfrontaliero, all'individuazione dei beni del debitore da sottoporre ad esecuzione forzata, alla tutela degli acquisti dei consumatori e relativa sicurezza giuridica, al certificato successorio europeo quale titolo ai fini della pubblicità immobiliare). Cfr., su alcuni di questi aspetti, A. Fusaro, *Il credito ipotecario in àmbito europeo e l'euroipoteca*, in *Nuova giur. civ.*, 2008, II, p. 300; G. Vettori, *Circolazione dei beni e ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 288 ss.; W. Virga, *Il certificato europeo di eredità*, in F. Preite (a cura di), *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*, 4*, *Diritto comunitario*, Torino, 2011, p. 245; A. Pau Pedron, *La convergencia de los sistemas registrales en Europa*, Madrid, 2004, p. 16 ss.; E. Rajoy, *La calificación registral en el marco de la Union Europea*, Madrid, 2005, p. 9 ss.; L.M. Cabello de Los Cobos y Mancha, *La proteccion registral de los consumidores en el derecho europeo*, in *Noticias de la Union europea*, 2002, n. 209, p. 9.

D'altra parte, la sentenza della Corte di Giustizia europea nel caso Möllendorf (Corte giust., 11 ottobre 2007, c. 117/06, in *Foro it.*, 2008, IV, c. 389) ha avuto modo di analizzare l'influenza dei regolamenti comunitari che adottano *blacklists* sull'attuazione della pubblicità immobiliare, concludendo che tale pubblicità è preclusa dai suddetti divieti (il che pone, tra l'altro, il problema di verificare se lo stesso valga anche nei casi in cui non si tratti di pubblicità costitutiva). Il precedente è importante, in quanto evidenzia il rilievo, ai fini della pubblicità legale, anche del *controllo di legalità comunitario*; esso, per altro verso, pone il problema del possibile contrasto dei regolamenti comunitari in oggetto con la Cedu e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, con particolare riguardo alla posizione di soggetti terzi (es., subacquirenti di buona fede). Cfr., sulla questione, M. Castellaneta, *L'incidenza dei regolamenti comunitari che adottano le cosiddette* blacklists *sull'attività degli operatori giuridici*, in *C.N.N.*, *Studi e materiali*, 2008, 1, p. 315.

[2] L'unico saggio specificamente dedicato, da parte della dottrina italiana, ai rapporti fra trascrizione e Costituzione è quello di S. Troiano, A. Zaccaria, *La trascrizione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in M. Tamponi, E. Gabrielli (a cura di), *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 191. Non esistono, invece, in Italia studi ed approfondimenti sulla trascrizione alla luce della Cedu.

(art. 155 c.c.) che non prevedeva, nel caso di separazione dei coniugi, la trascrizione dell'assegnazione della casa familiare (contemplata invece espressamente in caso di divorzio); sulla base dei medesimi presupposti, è stata ritenuta trascrivibile – pur in assenza di un'espressa previsione di legge – l'assegnazione della casa familiare al convivente *more uxorio* affidatario dei figli minori[3].

Da parte sua, la Corte di Strasburgo ha emesso diverse interessanti

[3] Corte cost., 27 luglio 1989, n. 454, in *Foro it*., 1989, I, c. 3336, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 155 c.c., nella parte in cui non prevedeva la trascrizione del provvedimento di assegnazione della casa familiare in caso di separazione personale, ritenendo che «il titolo ad abitare per il coniuge è strumentale alla conservazione della comunità domestica e giustificato esclusivamente dall'interesse morale e materiale della prole affidatagli». Conseguentemente, il provvedimento di assegnazione deve poter essere trascritto, poiché, in caso contrario, l'atto non sarebbe opponibile ai terzi e potrebbe essere *vanificato* il vincolo di destinazione impresso alla casa familiare, traducendosi cosí la disciplina legislativa in una diversità di trattamento «di una situazione assolutamente identica, quale è quella della prole affidata ad un genitore separato o ad un genitore non piú legato da vincolo matrimoniale». Successivamente, la Corte costituzionale ha riconosciuto il diritto del genitore, affidatario di figli naturali, ad ottenere la trascrizione del provvedimento di assegnazione dell'abitazione familiare (Corte cost., 21 ottobre 2005, n. 394, *ivi*, 2007, I, c. 1083). In questo caso la Consulta, con sentenza interpretativa di rigetto, ha deciso sia sulla base del principio di uguaglianza (parità di trattamento dei figli naturali rispetto a quelli legittimi), sia sulla base dell'art. 30 cost. (sotto il profilo del diritto e dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio, nonché dell'obbligo per il legislatore di assicurare a questi ultimi ogni tutela giuridica e sociale, purché compatibile con i diritti della famiglia legittima). La Corte ha ritenuto in quest'ultimo caso che non sia necessaria ai fini della trascrivibilità una *regula iuris* espressa, potendosi giungere alla conclusione suesposta per via di interpretazione sistematica.

Queste sentenze offrono interessanti spunti di riflessione su un piano piú generale. La trascrizione, garantendo l'opponibilità ai terzi, rende *effettivo* un diritto costituzionalmente garantito: per converso, la mancata previsione legislativa della pubblicità – quando la lacuna non possa essere colmata per via interpretativa, anche eventualmente mediante impiego dell'analogia – pregiudicando la *stabilità* del diritto fondamentale, rischia di rendere la legge costituzionalmente illegittima. Si pensi, a titolo esemplificativo, al problema della *effettività* del diritto all'abitazione, costituzionalmente tutelato (art. 47 cost.): ci si potrebbe chiedere quale sia il valore interpretativo della norma costituzionale in questione rispetto all'esigenza di *tutela dei terzi acquirenti di buona fede*, che abbiano impiegato i propri risparmi, o abbiano fatto ricorso al credito (art. 47 cost.) per acquistare un immobile, per poi vedersi opposti vincoli *occulti* sull'abitazione acquistata; e quanto siano ragionevoli e conformi a costituzione quelle interpretazioni che ancóra declamano la *eccezionalità* e assoluta *tassatività* delle previsioni in materia di trascrizione, adducendo quale unico valore (asseritamente) non suscettibile di bilanciamento quello della (presunta) certezza del diritto, che verrebbe soddisfatto dalla suddetta tassatività.

pronunce che investono, piú o meno direttamente, l'istituto della pubblicità immobiliare, ma ciò è avvenuto con riguardo ad altri ordinamenti giuridici europei, appartenenti segnatamente alle tradizioni giuridiche germanica ed anglosassone.

Quali le ragioni di questa scarsa attenzione ai profili 'costituzionali' dell'istituto della trascrizione? Si tratta, con tutta probabilità, di una pluralità di fattori concorrenti. Un primo possibile motivo è stato rinvenuto nel carattere «tecnico-formale» delle norme in tema di trascrizione, che spiegherebbe la mancata incidenza su di esse dei grandi temi e delle scelte di valore che stanno alla base delle Carte costituzionali[4]. Una seconda ragione è stata individuata nella coerenza e precisione dell'impianto codicistico del 1942, che proprio per questo motivo avrebbe retto la prova del confronto con la Carta costituzionale: tant'è vero che gli interventi della Consulta in materia hanno riguardato disposizioni introdotte dalla legislazione speciale successiva al Codice, le quali avevano alterato quell'impianto[5]. Si ha, tuttavia, l'impressione che la ragione profonda del fenomeno descritto sia un'altra, ed abbia a che fare con la *concezione generale della trascrizione e del suo ruolo nella risoluzione dei conflitti circolatori*: punto al quale è opportuno dedicare qualche breve considerazione, preceduta da un rapido *excursus* storico-comparatistico. Si analizzeranno, di séguito, distintamente le tematiche coinvolgenti la Costituzione italiana e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: i risultati di tali distinte indagini risulteranno – lo si può anticipare – in larga parte convergenti.

I. *Trascrizione e Costituzione*

2. Le origini della trascrizione, come è noto, risalgono alla legge francese dell'11 brumaio, anno VII (1 novembre 1798), le cui radici affondavano a loro volta nelle *coutumes de nantissement* già vigenti nelle regioni settentrionali della Francia[6]. In quel contesto la trascrizione aveva, quali sue finalità precipue, quelle di consentire la purgazione delle ipoteche non iscritte, e di dirimere il conflitto tra piú aventi causa da un medesimo autore (effetto, quest'ultimo, che venne peral-

[4] S. Troiano, A. Zaccaria, *La trascrizione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. Gabrielli, M. Tamponi (a cura di), *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 192.

[5] S. Troiano, A. Zaccaria, *o.l.u.c.*

[6] Cfr., su tale ricostruzione storica, G. Petrelli, *L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 590 ss.

tro eliminato nella codificazione napoleonica, e che fu reintrodotto – dopo innumerevoli discussioni – solo con una legge speciale del 23 marzo 1855). Ciò che piú importa, nella tradizione francese la trascrizione – strumento con finalità esclusivamente privatistiche, consistente nella mera ricopiatura integrale dell'atto nei pubblici registri – non sanava i vizi degli atti che ne formavano oggetto, non aggiungeva nulla sul piano della relativa validità ed efficacia, come pure sul piano probatorio, ed era intrinsecamente inidonea ad ingenerare qualsiasi affidamento dei terzi[7]. Da ciò una serie di profili di disciplina, che caratterizzavano la trascrizione nella disciplina delle origini, sul cui modello è stata poi disegnata la trascrizione ad opera del Codice civile italiano del 1865: il ruolo meramente passivo del conservatore, e l'assenza di controlli preventivi di legalità ai fini della trascrizione; la tassatività dei casi in cui era ammesso il rifiuto della trascrizione; la non rilevabilità d'ufficio del difetto di trascrizione; l'assenza dell'obbligo di trascrivere in capo alle parti o al notaio rogante[8].

Radicalmente opposta, rispetto a quella sopra descritta, è la filosofia della pubblicità nei libri fondiari della tradizione germanica, la quale a sua volta trae origine dall'antico istituto della *Gewere*[9]: caratteristica fondamentale di questi sistemi pubblicitari è la *pubblica fede* (*öffentli-*

[7] Cfr. J. Grenier, *Trattato delle ipoteche*, trad. it., II, Firenze, 1833, p. 140 ss.; R.T. Troplong, *Privilèges et hypothèques. Commentaire de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire*, Paris, 1856, p. 227 ss.; F. Mourlon, *Traité théorique et pratique de la transcription ed des innovations introduites par la loi du 23 mars 1855 en matière hypothécaire*, II, Paris, 1862, p. 153; L. Flandin, *De la transcription en matière hypothécaire, ou explication de la loi du 23 mars 1855 et des dispositions du Code Napoléon relatives à la transcription des donations et des substitutions*, I, Paris, 1861, p. 21 ss.; C. Aubry, C. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, II, Paris, 1869, p. 64; P. Manuel-Gismondi, *Le régime de la publicité foncière dans les projets législatifs de réforme en France et en Italie*, Paris, 1933, p. 27 ss.

[8] Cfr., su tali aspetti di disciplina, G. Petrelli, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 693 ss.

[9] Il merito di avere individuato per primo il legame storico dell'istituto della *Gewere* con lo sviluppo della pubblicità immobiliare nei Paesi germanici va ascritto a E. Huber, *Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht*, Bern, 1894. L'elaborazione del *Publizitätsprinzip* si ricollega d'altra parte alla teoria dell'apparenza (*Rechtsschein*): sulla relativa evoluzione dottrinale, cfr. per tutti W. Selter, *Die Entstehung und Entwicklung des Rechtsscheinsprinzips im deutschen Zivilrecht*, Hamburg, 2006. Nella letteratura giuridica italiana, v. per tutti E. Finzi, *Il possesso dei diritti*, Roma, 1915 (rist. Milano, 1968), p. 142 ss.; L. Cariota Ferrara, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936, p. 83 ss.; R. Moschella, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano, 1973, p. 10 ss.; L. Mengoni, *Gli acquisti* "a non domino", Milano, 1975, p. 43.

che Glaube) di cui sono munite le iscrizioni[10], quale riflesso del principio di legalità (*Legalitätsprinzip*) che sovrintende alla loro esecuzione[11]: le risultanze dei libri fondiari si considerano *esatte e complete* nei confronti dei terzi subacquirenti di buona fede, i quali possono, quindi, riporre affidamento sulle relative risultanze[12]. Alcuni sistemi, come quello tavolare austriaco (e lo stesso vale per il sistema tavolare italiano, vigente nelle c.dd. nuove province), sono caratterizzati da un livello meno intenso di pubblica fede, che è immediata quanto al profilo della «completezza» delle risultanze dei libri fondiari (art. 5, r.d. 28 marzo 1929, n. 499), mentre riguardo alla loro «esattezza» la tutela del terzo di buona fede ha luogo soltanto dopo il decorso di tre anni dall'intavolazione (art. 64 l. tav.)[13]. Nell'ordinamento tedesco, invece, la tutela garantita al terzo subacquirente di buona fede è sempre immediata (cfr. il § 892 BGB). Ad un livello ancóra piú 'estremo' si collocano poi i sistemi *Torrens* di origine australiana, oggi diffusi in numerose giurisdizioni soprattutto di *common law*[14]: in alcuni di que-

[10] Sulla quale v. per tutti K.H. Gursky, *Allgemeines Liegenschaftsrecht*, 2 (§§ 892 ss. BGB), in *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 2008, p. 427 ss.; A. Wacke, *Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken* (§§ 892 ss. BGB), in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 6, München, 2004, p. 291 ss.

[11] Sul contenuto del *Legalitätsprinzip*, cfr. tra gli altri C. Piechotta, *Die Stellung des gutgläubigen Immobiliarerwerbers vor seiner Eintragung im Grundbuch*, Münster, 1998; F. Venjakob, *Das Legalitätsprinzip im Grundbuchverfahren*, Münster, 1996; W. Rühl, *Materiell-rechtliche Prüfungspflichten im Eintragungsverfahren nach der Grundbuchordnung*, Frankfurt am Main, 1990; S. Köther, *Der Umfang der Prüfungspflicht im Grundbuchrecht, insbesondere zur Pflicht, das Grundbuch richtig zu halten und zur Mitwirkung des Grundbuchamts beim gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten*, Würzburg, 1981; H. Riedl, *Prüfungsrecht und Prüfungspflicht im Grundbuchwesen*, Köln, 1962.

[12] Sul duplice aspetto della pubblica fede dei libri fondiari, negativo (completezza) e positivo (esattezza), v. per tutti D. Maltese, *Sul concetto di «pubblica fede» del libro fondiario*, in *Foro it.*, 1997, V, c. 39 ss.

[13] Sulle origini storiche di tale differenziazione, cfr. H. Hofmeister, *Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbes in der österreichischen Privatrechsentwicklung seit dem 18.* Jahrhunderts, Wien, 1977; e W. Hesse, *Vom öffentlichen Glauben des Grundbuchs im alten Reich und in der Ostmark*, in *DFG* (*Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit*), 1941, p. 113.

[14] Sui sistemi *Torrens*, cfr. in particolare N. Picardi, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1968, p. 112 ss.; M.D. Panforti, *Torrens title*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, Agg., I, Torino 2000, p. 715; L. Di Costanzo, *La pubblicità immobiliare nei sistemi di* common law, Napoli, 2005, p. 147 ss.; A. Garro, *Property and Trust – Recordation of Interests in Land*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, 2004, p. 42 ss.; P. O' Connor, *Security of Property Rights and Land Title Registration Systems*, Monash University, 2003; T.B.F. Ruoff, *An Englishman Looks at the Torrens System*, Sydney, 1957.

sti ordinamenti pubblicitari la *registration* giunge addirittura a garantire anche all'acquirente immediato di buona fede – e non solo al subacquirente – la salvezza del proprio acquisto (*immediate indefeasibility*), ancorché il suo titolo di acquisto sia invalido, inefficace o inesistente[15]. È di tutta evidenza che questi piú radicali effetti della pubblicità legale, nella misura in cui sono suscettibili di dar luogo a veri e propri acquisti *a non domino*, e specularmente alla perdita (immediata) del diritto di proprietà da parte dell'originario *dominus*, pongono seri *problemi di costituzionalità* che non sussistono, invece, nei casi in cui si tratti di *mera* pubblicità legale, priva di effetti di tale portata.

Quid in relazione al sistema italiano della trascrizione immobiliare? Quest'ultimo, tradizionalmente collocato nell'àmbito dei sistemi di derivazione francese, ed ancor oggi diffusamente interpretato come se tale fosse rimasto[16], ha però decisamente mutato fisionomia con la codificazione del 1942, per effetto, in particolare, dell'introduzione della c.d. *pubblicità sanante* (art. 2652, nn. 6, 7, 8 e 9 c.c.), la quale è stata mutuata, adattandola al sistema codicistico, da alcune norme della legge tavolare austriaca [artt. 63 e 64 della *Grundbuchgesetz* (GBG) del 25 luglio 1871, mantenuta in vigore nelle nuove province italiane e recepita con r.d. 28 marzo 1929, n. 499][17]. Per effetto di tale disciplina, decorsi cinque anni dalla trascrizione di un atto invalido, o di un acquisto *mortis causa* inesistente, o da una trascrizione invalida, il terzo subacquirente di buona fede fa salvo il proprio acquisto (*rectius*, acquista *a non domino* il diritto)[18]. La dottrina piú attenta ha avvertito come in tal modo sia stato introdotto nel sistema pubblicitario italiano un *parziale e circoscritto effetto di pubblica fede*[19], evidentemente non

[15] Cfr. su tale effetto, e sulle relative problematiche, P. O' Connor, *Deferred and Immediate Indefeasibility: Bijural Ambiguity in Registered Land Title Systems*, in *Edimburgh Law Review*, 13, 2009, p. 194; Id., *Immediate Indefeasibility for Mortgagees: a Moral Hazard?*, in *Bond Law Review*, 21, 2010, p. 133.

[16] Cfr., per tale rilievo, G. Petrelli, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare*, cit., p. 724 ss.

[17] Per la derivazione storica dell'art. 2652, nn. 6 ss., c.c., dagli artt. 63 ss. l. tav., cfr. L. Mengoni, *Gli acquisti* "a non domino", cit., p. 304; e G. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare*, Torino, 2012, p. 181.

[18] Si afferma comunemente che gli artt. 2652, nn. 6, 7 e 9 c.c., contemplano particolari fattispecie di acquisto *a non domino*: N. Picardi, *La trascrizione delle domande giudiziali*, cit., p. 381; L. Mengoni, *o.u.c.*, p. 301 ss.; e S. Pugliatti, *La trascrizione*, II, *L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, continuato da Schlesinger, Milano, 1989, p. 476.

[19] V. soprattutto R. Bonis, *Efficacia sanante della trascrizione (art. 2652 cod. civ.)*, in *Riv. dir. ipot.*, 1968, p. 176; Id., *Lineamenti del sistema ipotecario italiano*, *ivi*, 1963,

esteso alla titolarità ed all'esistenza del diritto (come invece avviene nei sistemi dei libri fondiari), ma limitato alla validità ed efficacia degli atti oggetto di trascrizione, e per di piú posticipato al decorso di cinque anni dalla trascrizione di cui trattasi. Importanti modifiche sono state introdotte, poi, sul versante del *principio di legalità*, che governa su un piano generale l'azione della pubblica amministrazione (art. 97 cost.)[20].

In questo modo, la disciplina della trascrizione italiana, distaccandosi notevolmente da quella della *publicité foncière* francese, si è molto avvicinata – fatte salve, ovviamente, le debite differenze, che sono però essenzialmente di ordine quantitativo – a quella dell'intavolazione e dell'iscrizione nei libri fondiari, e solleva *questioni di costituzionalità* analoghe a quelle poste in quei sistemi giuridici. Le innovazioni, appena illustrate, apportate alla disciplina della trascrizione dal Codice civile del 1942 e dalla legislazione successiva, non sono state però adeguatamente valorizzate, fino ad oggi, dagli studiosi, i quali hanno continuato ad interpretare l'istituto nella prospettiva tradizionale e sulla base dei dogmi elaborati dalla dottrina ottocentesca. Si può allora comprendere la *ragione per la quale le ricadute 'costituzionali' della disciplina della trascrizione sono state, finora, sottovalutate*. Nell'ottica 'francesizzante', la trascrizione non dà luogo ad alcun acquisto *a non domino* del diritto di proprietà, ed è assolutamente inidonea ad ingenerare affidamenti; di conseguenza, essa appare 'neutrale' in relazione alle problematiche, di rilievo costituzionale, che si prospettano invece quando alla pubblicità consegue l'acquisto e, specularmente, la perdita di un diritto. Nella visuale propria della tradizione germanica e degli ordinamenti ad essa, anche parzialmente, ispirati, si pone invece il problema fondamentale di giustificare – a livello costituzionale – il ruolo della pubblicità ai fini dell'acquisto *a non domino* del terzo di buona fede e, soprattutto, della perdita del diritto di proprietà da parte del precedente titolare.

3. La dottrina tedesca si è occupata soprattutto della giustificazione, sul piano costituzionale, della perdita del diritto da parte del precedente proprietario, nei casi di acquisto da parte di un terzo di buona fede in conseguenza della *öffentliche Glaube des Grundbuchs*, e piú in

p. 43 ss.; N. Picardi, *o.c.*, pp. 214 ss. e 397; C. Castronovo, *Acquisto* "a non domino" *e pubblica fede in tema di regolarizzazione del titolo di proprietà*, in *Riv. trim.*, 1971, p. 1136; R. Nicolò, *La trascrizione*, III, Milano, 1973, p. 20; R. Moschella, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, cit., p. 121; e L. Mengoni, *o.u.c.*, pp. 299, 307 e 350 ss.

[20] Cfr. *infra*, § 7.

generale in tutti i casi di acquisto *a non domino* (*gutglaubiger Erwerb vom Nichtberechtigten*)[21]. La questione coinvolge da un lato la garanzia costituzionale del diritto di proprietà, *ex* art. 14 della *Grundgesetz* (G.G.), ed il principio di legalità (art. 20 G.G.), d'altro lato il principio costituzionale di affidamento[22]; il tutto alla luce del principio di proporzionalità[23] e del canone di ragionevolezza[24]. La suddetta dottrina tedesca ha ravvisato la giustificazione costituzionale della perdita del diritto in capo al precedente titolare nella funzione sociale della proprietà[25], e in particolare nell'interesse generale (*Wohl der Allgemenheit*: art. 14 G.G.) alla sicurezza del traffico (*Verkehrssicherheit*), alla luce del quale si è ritenuto che si giustifichi la risoluzione, a favore del terzo subacquirente di buona fede, del conflitto che lo contrappone al precedente titolare[26]. La disciplina degli acquisti *a non domino* è stata quindi inquadrata nell'àmbito dei *limiti* imposti dalla legge al diritto di proprietà (art. 14, comma 1, secondo periodo, G.G.), giustificati in base alla relativa *funzione sociale* (art. 14, comma 2, G.G.); si è escluso conseguentemente che tale disciplina possa essere ricondotta alla espropriazione per pubblico interesse (art. 14, comma 3,

[21] Cfr. in particolare J. Hager, *Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb*, München, 1990, pp. 9 ss. e 46 ss.; F. Peters, *Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb*, Tübingen, 1991, p. 17 ss.; L. Adamovich, *Grundbuch und Verfassung*, in *NZ*, 1992, p. 38; L. Leuschner, *Verkehrsinteresse und Verfassungsrecht*, Berlin, 2005; e Id., *Die Bedeutung von Allgemeinwohlinteressen bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung privatrechtlicher Regelungen am Beispiel der §§ 932 ff. BGB*, in *AcP*, 205 (2005), p. 205.

[22] Sulla tutela dell'affidamento (*Vertrauensschutz*) è ancóra d'obbligo il riferimento a H. Eichler, *Die Rechtslehre vom Vertrauen*, Tübingen, 1950; e C.W. Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, 1971. V. anche, per i profili di costituzionalità, B. Pieroth, *Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz des Vertrauensschutzes*, in *JZ*, 1984, p. 971, e *ivi*, 1990, p. 279.

[23] V. sul punto G. Scaccia, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuar. dir. tedesco*, 2002, p. 409; J. Hager, *Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb*, cit., p. 41 ss.

[24] Cfr. J. Luther, *Ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in *Dir. soc.*, 1993, p. 307.

[25] F. Peters, *Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb*, cit., p. 26 ss.

[26] Per il riferimento all'«interesse alla protezione del traffico» (*Verkehrsschutzinteresse*), comprensivo sia della sicurezza dei traffici (*Verkehrssicherheit*), sia della velocità e semplicità dei medesimi (*Verkehrsleichtigkeit*) – ritenendosi invece insufficiente, quale giustificazione sul piano costituzionale degli acquisti *a non domino*, il mero bilanciamento degli interessi privati in gioco – cfr. soprattutto F. Peters, *o.c.*, p. 72 ss.; M. Ruffert, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, Tübingen, 2001, p. 384; L. Leuschner, *Verkehrsinteresse und Verfassungsrecht*, cit., p. 51 ss.; e Id., *Die Bedeutung von Allgemeinwohlinteressen*, cit., p. 226 ss.

G.G.), la quale – a differenza dei semplici limiti – postula necessariamente il diritto ad un indennizzo[27]. L'osservanza del principio di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeit*) è assicurata sia dal principio di legalità (che consente di circoscrivere a rare ipotesi la privazione del diritto di proprietà), sia dalla responsabilità dello Stato per gli errori commessi nell'iscrizione (§ 839 BGB), sia infine dalla possibilità, offerta al precedente titolare, di ottenere il ristoro pecuniario della perdita subíta attraverso l'azione di ingiustificato arricchimento (*ungerechtfertigte Bereicherung*: § 816 BGB)[28]. Alcuni autori hanno ritenuto costituzionalmente legittime le sole ipotesi di acquisto *a non domino* a titolo oneroso[29]; in effetti, la posizione del terzo subacquirente a titolo *gratuito* non sembrerebbe particolarmente meritevole di tutela, quando la si mette a confronto con quella del proprietario originario spogliato del suo diritto (magari a fronte di una incapacità legale, di un vizio della volontà, o di un illecito contrattuale). L'opinione prevalente in Germania ammette però la legittimità anche dell'acquisto gratuito dal non titolare, sulla base dell'*interesse generale alla sicurezza dei traffici* (che coinvolge la posizione di tutti gli altri terzi che abbiano fatto affidamento sulla titolarità dell'acquirente gratuito, in particolare dei suoi creditori)[30].

Il problema della costituzionalità degli acquisti *a non domino* conseguenti all'attuazione della pubblicità immobiliare si è posto anche negli Stati Uniti d'America, in particolare in quegli Stati in cui erano stati introdotti, tra fine ottocento ed inizio novecento, i sistemi *Torrens*[31]. Si tratta dei sistemi pubblicitari adottati inizialmente in Australia, ove però non esisteva una costituzione rigida, e non si poneva il

[27] In tal senso v. per tutti L. Schulze-Osterloh, *Das Prinzip der Eigentumsopferentschädigung im Zivilrecht und im öffentlichen Recht*, Berlin, 1980, pp. 30 ss., 293 e 299; F. Peters, *o.c.*, p. 39; M. Ruffert, *o.c.*, p. 382 ss.; L. Leuschner, *o.u.c.*, p. 210 ss. In senso parzialmente diverso, J. Hager, *Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb*, cit., pp. 66, 77 ss. e 459.

[28] Cfr. E. Picker, *Gutgläubiger Erwerb und Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis*, in *NJW*, 1974, p. 1790; S. Lorenz, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, § 816, in *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfürungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, 2007.

[29] J. Hager, *Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb*, cit., p. 81 ss.; L. Leuschner, *Die Bedeutung von Allgemeinwohlinteressen*, cit., p. 241 ss., spec. p. 245.

[30] Per tale rilievo, v. in particolare L. Wittkowski, *Die Lehre vom Verkehrsgeschäft. Zum Anwendungsbereich der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb*, Berlin, 1990, p. 192 ss.; ed E. Karner, *Gutgläubiger Mobiliarerwerb*, Wien, 2006, p. 62 ss.

[31] Per la storia di tale vicenda, v. B.C. Shick, I.H. Plotkin, *Torrens in the United States*, Toronto, 1978; Federal Farm Loan Bureau, *Land Title Registration by Certificate*, Washington, 1918; e A. Garro, *Property and Trust*, cit., p. 45 ss.

problema di assicurare la conformità della disciplina pubblicitaria rispetto a fonti sovraordinate. In alcuni Stati americani detti sistemi furono, invece, dichiarati incostituzionali, per violazione della *due process of law clause*[32]: la decisione del funzionario amministrativo preposto al registro poteva, infatti, produrre l'effetto di privare della proprietà il precedente proprietario in assenza di un procedimento giudiziale assistito dalle relative garanzie costituzionali; per di piú, la privazione della proprietà per effetto della *conclusiveness* della *registration* era immediata, senza che fosse concesso alcun lasso temporale utile a far valere giudizialmente il diritto di proprietà preesistente[33]. Il problema venne risolto mediante la modifica delle leggi ritenute incostituzionali, sia attribuendo ad un organo giurisdizionale il potere-dovere di verificare preliminarmente la legalità dell'iscrizione, sia prevedendo un *congruo lasso di tempo* – a partire dalla *registration* – entro il quale il precedente proprietario avrebbe potuto far valere le proprie ragioni[34]. Un problema simile si è riproposto per i *Marketable Title Acts*, emanati in numerosi Stati americani a partire dagli anni '60 con l'obiettivo di migliorare la completezza dei registri immobiliari e, conseguentemente, di accrescere la sicurezza della circolazione immobiliare[35]. La *costituzionalità* di tale legislazione è stata riconosciuta per il

[32] Il quinto emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti d'America dispone che «*no person shall be* [...] *deprived of* [...] *property, without due process of law*; *nor shall private property be taken for public use*, *without just compensation*». Sulla garanzia del *due process of law*, cfr. V. Vigoriti, *Due process of law*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 228.

[33] Cfr. la giurisprudenza riportata in Federal Farm Loan Bureau, *Land Title Registration by Certificate*, cit., p. 5 ss.; E.C. Massie, G. Brown, A.V. Cannon, *Report of the Committee on the Torrens System and Registration of Title to Land*, in *American Bar Association Journal*, I, Issue 1 (1914), p. 481 ss.

[34] *People v. Simon*, riportato in R.T. Devlin, *The Law of Real Property and Deeds*, Chicago, 1911, III, p. 2612 ss., testo e nota 6, ed in T. Sheldon, *Land Registration in Illinois*, Chicago, 1901, p. 84 ss.; *State v. Westfall*, riportato in R.T. Devlin, *o.c.*, p. 2629 ss., testo e nota 7; *Robinson v. Kerrigan*, riportata in Id., *o.c.*, p. 2632 ss.; *Arndt v. Griggs*, riportata in A.G. Powell, *A Manual of Land Registration*, Atlanta, 1917, p. 20 ss., testo e nota 3; Federal Farm Loan Bureau, *o.c.*, pp. 8 ss., 15 ss., 25 ss. e 37 ss.

Un problema ulteriore che si è posto negli Stati Uniti è stato quello della necessità di notifica dell'avvenuta *registration* al precedente titolare, al fine di consentirgli di far valere giudizialmente le proprie ragioni: tale notifica è stata ritenuta necessaria – ai fini della costituzionalità della legislazione in esame – quantomeno nei casi in cui era noto il soggetto della cui titolarità si trattava (cfr. la giurisprudenza sopra citata).

[35] Sulla *Marketable Title Legislation*, cfr. L.M. Simes, C.B. Taylor, *The Improvement of Conveyancing by Legislation*, Ann Arbor, 1960, p. 297 ss. Questi provvedimenti legislativi si propongono l'obiettivo di assicurare un certo grado di comple-

fatto che agli aventi diritto – onerati di iscrivere i loro diritti, a pena di estinzione dei medesimi – veniva comunque concesso un *adeguato lasso di tempo* dalla *recordation*, al fine di assolvere a detto onere[36].

4. In Italia, la disciplina dell'art. 2652, nn. 6 ss., c.c., pone a ben vedere – sia pure in grado diverso – gli stessi interrogativi che hanno occupato dottrina e giurisprudenza tedesca e statunitense. Essa si colloca nel contesto di un Codice, quello del 1942, che ha introdotto un importante mutamento di ruolo della proprietà rispetto alla tradizione individualistica ottocentesca, spostando il polo dell'attenzione dal profilo statico del diritto al profilo dinamico della circolazione della ricchezza[37]. La soluzione normativa adottata dal Codice italiano con la «pubblicità sanante» appare conforme al principio di *proporzionalità* ed al canone di *ragionevolezza* (ben piú di quanto lo sia, ad esempio, la disciplina tedesca), e ciò grazie soprattutto all'ampio termine (quinquennale o triennale), decorrente dalla trascrizione, entro il quale il precedente avente diritto può far valere le proprie ragioni. La disciplina codicistica italiana (come, del resto, quella tavolare[38] austriaca e

tezza delle risultanze dei registri (*records*), nella misura in cui rendono inopponibili all'acquirente diritti e pesi che non risultino dalla *record chain of title*, la catena dei titoli di provenienza che copre un periodo di qualche decennio – 30 anni è il termine indicato nello *Uniform Marketable Title Act* del 1990 (UMTA) – a decorrere dalla *root of title*. Una persona che ha a proprio favore (ed eventualmente a favore dei propri danti causa anche mediati) un *unbroken record chain of title* per 30 anni o piú ha un *Marketable Record Title*, purché nulla appaia *of record* tale da pregiudicare il diritto di tale persona (sez. 3 UMTA). A tale legislazione si affiancano spesso i c.dd. *Curative Acts*, che rendono inopponibili all'acquirente – a séguito del decorso di un dato periodo, variabile generalmente da uno a dieci anni, dalla *recordation* di un *deed* – le «inesattezze» delle formalità pubblicitarie derivanti da alcune cause di invalidità – di solito di natura formale – degli atti trascritti.

[36] Sul problema della costituzionalità dei *Marketable Record Title Acts*, v. in particolare L.M. Simes, C.B. Taylor, *The Improvement of Conveyancing by Legislation*, cit., spec. p. 253 ss.; L.M. Simes, C.B. Taylor, *Model Title Standards*, Ann Arbor, 1960; R.W. Aigler, *Constitutionality of Marketable Title Acts*, in *Michigan Law Review*, 50, Issue 2 (1951), p. 185; R.W. Aigler, *Supplement to Constitutionality of Marketable Title Acts* (1951-1957), in *Michigan Law Review*, 56, Issue 2, p. 225; P.E. Basye, *Trends and Progress-the Marketable Title Acts*, in *Iowa Law Review*, 47, Issue 2 (Winter 1962), p. 261; R.J. Aiken, *Proposed Title Registration: A Suggested Solution to the Problem of Marketable Title*, in *Marquette Law Review*, 1966, p. 15.

[37] A. Moscarini, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, p. 69 ss.

[38] Sul piú equilibrato bilanciamento degli interessi nella disciplina tavolare austriaca (§§ 63 ss. GBG), rispetto al § 892 del BGB tedesco, v. W. Hesse, *Vom öffentlichen*

italiana) appare, proprio per la suddetta ragione, maggiormente equilibrata, in quanto pone a carico del dante causa mediato, o dell'erede vero, l'onere di agire giudizialmente – trascrivendo la relativa domanda – entro un quinquennio (e, nel medesimo lasso di tempo, onera il subacquirente di un esame attento dei titoli di provenienza); decorso il suddetto quinquennio, l'affidamento dei terzi è pienamente tutelato, e il vero titolare ha comunque a propria disposizione almeno l'azione di ingiustificato arricchimento *ex* art. 2038 c.c. nei confronti dell'alienante *non dominus* a titolo oneroso o del subacquirente *a non domino* a titolo gratuito[39]. Sul piano dei valori costituzionali, il sacrificio del vero titolare si giustifica, come in Germania, in quanto effetto riflesso di un *limite* al diritto di proprietà, sancito in correlazione alla *funzione sociale* della stessa (art. 42 cost.)[40], e non è riconducibile alla logica dell'espropriazione per pubblica utilità, perché non si tratta di un provvedimento adottato con riferimento ad un determinato proprietario, bensí degli effetti di una disciplina legislativa avente carattere generale (c.d. *Einzelaktstheorie*)[41]. La riconduzione della disciplina degli acqui-

Glauben des Grundbuchs im alten Reich und in der Ostmark, in *DFG* (*Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit*), 1941, p. 113 ss.

[39] Sul rimedio dell'azione di ingiustificato arricchimento, *ex* art. 2038 c.c., a beneficio dell'originario titolare che abbia perduto il diritto da altri acquistato *a non domino*, cfr. per tutti P. Trimarchi, *Atti di disposizione di cosa altrui e arricchimento senza causa*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Alberto Asquini*, V, Padova, 1965, p. 2021; A. Nicolussi, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998, *passim*; Id., *Arricchimento senza causa e Bereicherungsrecht*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 287; e C. Argiroffi, *La tutela compensativa della proprietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 989.

L'art. 2652, nn. 6 ss., c.c., tutela i terzi subacquirenti di buona fede «a qualunque titolo», quindi anche a titolo gratuito. L'interesse generale alla sicurezza dei traffici – inquadrabile come già visto nella funzione sociale della proprietà – giustifica, sul piano costituzionale, la prevalenza di tali soggetti rispetto all'originario titolare, che altrimenti non avrebbe fondamento in un'ottica conflittuale puramente individualistica.

[40] La funzione sociale della proprietà svolge un indubbio ruolo al fine di favorire la circolazione dei beni. Cfr. i rilievi sul punto di A. Moscarini, *Proprietà privata*, cit., p. 94 («L'inserzione della funzione sociale nella struttura del diritto soggettivo determina un superamento del modello individualistico ed il necessario contemperamento dei diritti del proprietario con quelli dei terzi, a vario titolo coinvolti nel trarre utilità e benefici dalla cosa»).

Per la legittimità costituzionale dell'art. 2652, n. 6, c.c., alla luce degli artt. 41 e 42 cost., cfr. App. Brescia, 23 maggio 1957, in *Foro it.*, 1958, I, c. 1996.

[41] S. Mangiameli, *La proprietà privata nella Costituzione*, Milano, 1986, pp. 145 ss. e 152 ss.; A. Moscarini, *o.c.*, p. 106 ss. e A. Sandulli, *I limiti della proprietà privata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 962. In definitiva, secondo la giurisprudenza costituzionale non sono sottoposte al regime dell'espropriazione per pubblica utilità – e quindi all'obbligatorietà dell'indennizzo – quelle limita-

sti *a non domino* alla funzione sociale della proprietà fa sí che le relative norme – anche se in origine erano ritenute eccezionali – non possano essere piú qualificate come tali e, in conformità all'indirizzo della moderna dottrina sia costituzionalistica che civilistica, debbano essere considerate suscettibili di *estensione analogica*[42]. Ciò vale, innanzitutto e per quanto qui interessa, per le previsioni dell'art. 2652, nn. 6 ss., c.c., che – proprio alla luce dei princípi costituzionali suesposti, e a differenza di quanto tradizionalmente ritenuto[43] – assumono un *ruolo centrale* nella disciplina della pubblicità immobiliare[44]: a puro

zioni che, afferendo alla generalità dei beni (o di categorie di beni), determinano le modalità di godimento e di acquisto dei beni (art. 42, comma 2, cost.); con la precisazione che deve trattarsi di limitazioni imposte direttamente ed esclusivamente dalla legge.

[42] Cfr. in tal senso P. Rescigno, *Proprietà (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 275; F.S. Marini, *Il "privato" e la Costituzione*, Milano, 2000, p. 13; A. Moscarini, *o.c.*, p. 100; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2001, p. 448 (per il quale la funzione sociale è «un principio che legittima l'estensione in via analogica di quelle norme, nate come eccezionali, aventi un contenuto che, in via interpretativa, risulta attuativo del principio»).

Sulla non eccezionalità delle ipotesi di acquisto *a non domino*, v. anche, nella dottrina civilistica, L. Mengoni, *Gli acquisti* "a non domino", cit., p. 31; A. Proto Pisani, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, pp. 246 ss. e 302; e G. Cian, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, p. 116, nota 107.

[43] Per l'affermazione che l'art. 2652, n. 6, c.c. sarebbe norma eccezionale, quindi non è suscettibile di estensione analogica, G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 72 s.; C.A. Funaioli, nota a Trib. Roma, 27 giugno 1953, in *Giust. civ.*, 1953, p. 1891; S. Pugliatti, *La trascrizione*, II, cit., p. 476; Cass., 10 agosto 1962, n. 2540, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 841. Cfr. anche, nel senso dell'eccezionalità dell'art. 2652 n. 6, F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, I, Milano, 1998, p. 33.

Per l'esatta conclusione, invece, della non eccezionalità dell'art. 2652, n. 6, c.c., v. G. Baralis, G. Metitieri, *Pubblicità sanante, leggi speciali e responsabilità notarile*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, p. 370 ss. Sull'art. 2652 in genere, v. L. Mengoni, *Gli acquisti* "a non domino", cit., p. 263, nota 19.

[44] Sulla «centralità sistematica» delle previsioni che, come l'art. 2332 c.c. e le altre disposizioni in materia di operazioni societarie straordinarie, assicurano la stabilità dell'attività societaria mediante l'effetto «sanante» ivi previsto, e per l'esclusione quindi dell'eccezionalità di tale disciplina, cfr. G. Palmieri, *La nullità della società per azioni*, in *Tratt. società per azioni* Colombo e Portale, I, Torino, 2004, p. 457 ss., spec. p. 470 ss.; G. Iermano, *Invalidità delle operazioni straordinarie e principio di stabilità*, in *Il nuovo diritto delle società*, IV, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, Torino, 2007, p. 408; A. Vicari, *Effetti dell'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 2504* quater *c.c.*, in *Giur. comm.*, 1995, 4, II, p. 556 ss. Per la contestazione dell'eccezionalità dell'art. 2332 c.c., v. anche C. Angelici, *La società nulla*, Milano, 1975, p. 6 ss. Cfr. anche A. Borgioli, *La nullità della società per azioni*, Milano, 1977, p. 87 ss. *Contra*, per la necessità di interpretazione restrittiva, G. Scognamiglio, *Le scissioni*, in *Tratt. società per azioni* Colombo e Portale, VII, 2, Torino, 2002, p. 382.

titolo esemplificativo, la disciplina del n. 6 deve ritenersi applicabile anche agli atti negoziali giuridicamente inesistenti[45], a quelli inefficaci[46] o inopponibili[47], come pure ai provvedimenti amministrativi invalidi[48], ed alle sentenze radicalmente nulle o giuridicamente inesistenti, decorsi cinque anni dalla relativa trascrizione[49].

Queste conclusioni si conciliano armonicamente con l'orientamento della Corte costituzionale, la quale ha affermato la legittimità costituzionale delle norme che regolano il «*conflitto tra l'interesse individuale del proprietario alla conservazione del suo diritto e l'interesse collettivo alla sicurezza del commercio* [...] dando la prevalenza al secondo, e quindi all'esigenza di tutela dell'affidamento incolpevole dei terzi acquirenti. In questo senso le norme in questione risolvono un problema di ordinamento della proprietà privata assumendo il significato di un

[45] In tal senso, correttamente, v. G. Filanti, *Inesistenza e nullità*, Napoli, 1983, p. 279 ss.

[46] Per l'applicabilità dell'art. 2652, n. 6, c.c., agli atti inefficaci, v. G. Baralis, G. Metitieri, *Pubblicità sanante, leggi speciali e responsabilità notarile*, cit., p. 372; G. Casu, *La c.d. pubblicità sanante. Riflessioni sulla sua operatività nell'attività del notaio*, in *C.N.N.*, *Studi e materiali*, 2003, 2, p. 460; G. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 143, testo e nota 59. Cfr. anche il caso deciso da Cass., Sez. un., 17 novembre 1978, n. 5341, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 327. *Contra*, C.A. Funaioli, nota a Trib. Roma, 27 giugno 1953, cit., p. 1891; R. Nicolò, *La trascrizione*, III, cit., p. 124; S. Pugliatti, *La trascrizione*, II, cit., p. 476; Cass., 20 ottobre 1955, n. 3333, in *Foro it.*, 1956, I, c. 9.

[47] Nel caso di *revocatoria di atto in frode ai creditori*, l'art. 2652, n. 5, c.c. non fa salvo il «subacquirente a titolo gratuito»; la dottrina ha ritenuto irragionevole tale previsione, quando sia decorso il quinquennio dalla trascrizione dell'atto revocato, nel confronto con l'art. 2652 n. 6 c.c. (G. Gabrielli, *o.u.c.*, p. 131, testo e nota 29). Si tratta, peraltro, sulla base del canone di ragionevolezza e dell'obbligo di interpretazione adeguatrice, di interpretare estensivamente l'art. 2652, n. 6, c.c., ritenendolo applicabile – al di là delle ipotesi di invalidità espressamente contemplate dalla disposizione – anche alle ipotesi in cui l'atto trascritto sia «inopponibile». Cfr. per tale conclusione anche G.M. Zignoni, *Sulla trascrizione delle impugnazioni degli atti giuridici*, in *Foro pad.*, 1951, III, c. 135

[48] Per l'applicabilità dell'art. 2652, n. 6, ai provvedimenti amministrativi invalidi trascritti, R. Nicolò, *La trascrizione*, III, cit., p. 71; A. Zaccaria, S. Troiano, *Gli effetti della trascrizione*, Torino, 2005, p. 258; G. Gabrielli, *o.u.c.*, p. 137, testo e nota 45; F. Auletta, *La trascrivibilità di domande giudiziali proposte al Tar*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 894 ss. *Contra*, Cass., 1 febbraio 2002, n. 1289, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 2808; App. Napoli, 25 novembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2504, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 880, ed in *Corr. giur.*, 2004, p. 1619. Cfr. anche sulla questione B. Zuffi, *La cedevole tutela della trascrizione nei rapporti sostanziali e processuali con la p.a. in tema di espropriazione*, *ivi*, p. 1619 ss.

[49] Si pensi, a titolo puramente esemplificativo, alla sentenza non sottoscritta dal giudice (art. 161, comma 2, c.p.c.), e che ciò nonostante sia stata trascritta.

vincolo sociale della proprietà, legittimato dallo stesso art. 42, secondo comma, cost., il quale autorizza la legge a porre limiti alla tutela del diritto del proprietario quando l'utilità sociale lo esiga»[50]. La stessa Corte ha parlato in proposito di «*utilità sociale correlata alla esigenza di un sano e corretto funzionamento del mercato*»[51]. Quindi gli acquisti *a non domino* basati sulle risultanze dei registri immobiliari risultano pienamente legittimati sul piano costituzionale, sia dalla *funzione sociale ex* art. 42 cost., che giustifica l'imposizione da parte del legislatore di limiti al diritto di proprietà, e la regolamentazione dei relativi modi di acquisto; sia dai limiti all'iniziativa economica privata (art. 41 cost.), ossia l'*utilità sociale* e la *sicurezza* (che è anche la *sicurezza giuridica*[52]), riferiti non solo all'attività di impresa ma anche a quella di godimento e disposizione del proprietario[53]. Va d'altra parte evidenziato che i diversi valori costituzionali (tutela della proprietà da un lato, e dell'affidamento dei terzi dall'altro) non si pongono in radicale contrapposizione tra loro, se è vero che la sicurezza dei traffici aumenta il valore di scambio del bene e quindi giova anche al proprietario[54].

La Corte di Cassazione ha poi fatto leva – oltre che sulla «*correttezza del traffico giuridico*», *ex* art. 41 cost. – sul *principio di solidarietà sociale*, sancito dall'art. 2 cost.[55], sul quale ha fondato tra l'altro l'estensione dell'àmbito di applicazione della trascrizione delle domande giudiziali. Ed è proprio il principio di solidarietà sociale che – tornando alla disciplina dell'art. 2652, nn. 6 ss. – induce a domandarsi se l'interpretazione dottrinale, secondo la quale la tutela del terzo sarebbe esclusa soltanto in presenza di *mala fede* (ossia di reale ed effettiva conoscenza del vizio del titolo di provenienza)[56], pur essendo proba-

[50] Corte cost., 23 giugno 1988, n. 702, in *Cons. Stato*, 1988, II, p. 1141.

[51] Corte cost.,6 aprile 1995, n. 110, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1405.

[52] Cfr. in tal senso A. Baldassarre, *La funzione notarile e la Costituzione italiana*, in *Notariato*, 2009, p. 129 ss.

[53] P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 449.

[54] Cfr. per tale riflessione G. Venezian, *La tutela dell'aspettativa (1900)*, in *Opere giuridiche*, II, Roma, 1920, p. 176 s.; L. Mengoni, *Gli acquisti* "a non domino", cit., p. 30; e M. Cenini, *Gli acquisti* a non domino, Milano, 2009, pp. 125, 129 ss. e 143.

[55] Cass., 5 dicembre 2003, n. 18619, in *Foro it.*, 2005, I, c. 3465; Cass., Sez. un., 12 giugno 2006, n. 13523, in *Giur. it.*, 2007, p. 937.

[56] Per l'irrilevanza della colpa grave agli effetti dell'art. 2652, n. 6, c.c., nel silenzio della legge, G. Favero, *Acquisto* a non domino *di immobili dotali per effetto della pubblicità sanante?*, in *Riv. dir. matr.*, 1960, p. 90, nota 7; e L. Mengoni, *Gli acquisti* "a non domino", cit., p. 338 ss. e p. 350 ss. *Contra*, G. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare*, cit., pp. 72 e 136; R. Nicolò, *La trascrizione*, III, cit., pp. 16 e 117; e G. Casu, *La c.d. pubblicità sanante*, cit., p. 456.

bilmente la piú corretta sul piano della disciplina codicistica, sia compatibile con il dettato dell'art. 2 cost. Se appare certamente condivisibile l'esigenza di non rallentare o appesantire il traffico giuridico immobiliare mediante l'imposizione a carico dell'acquirente di oneri di accertamento e verifica, occorre valutare, alla luce del principio di proporzionalità, se possa essere ritenuta costituzionalmente legittima la protezione di un affidamento «gravemente negligente», e quindi la salvezza dell'acquisto del terzo il quale abbia agito con *colpa grave*, omettendo qualunque indagine o verifica anche in presenza di circostanze palesi ed evidenti, che facevano ritenere plausibile, o addirittura probabile, l'esistenza di un vizio del titolo di provenienza.

Sempre con riferimento alle previsioni dell'art. 2652, nn. 6 ss., c.c., si pone un ulteriore problema, già affrontato all'estero: le previsioni normative che comportano la privazione del diritto in capo al precedente titolare, decorso il quinquennio dalla trascrizione, possono ritenersi costituzionalmente legittime, ancorché non sia previsto alcun *onere od obbligo di notifica della trascrizione stessa nei confronti di detto titolare*? Il considerevole lasso di tempo, entro il quale il diritto può essere fatto valere, induce a rispondere affermativamente[57]. D'altra parte, nel diritto tavolare delle nuove province il *termine triennale* è previsto dall'art. 64 l. tav. solo per quei casi nei quali *non è stata effettuata notifica al titolare* del diritto leso a norma del precedente art. 63. Ciò comporta, evidentemente, l'onere per il titolare di attivarsi, mediante *periodiche ispezioni dei registri immobiliari*, al fine di verificare se il proprio diritto sia stato leso da una trascrizione o da una intavolazione a lui non note[58]. A questo proposito, va rammentato che la Corte costituzionale ha ritenuto in piú occasioni idoneo a tal fine anche un termine annuale o semestrale, affermando che *ravvicinate ispezioni nei registri immobiliari* (perfino due nell'arco di sei mesi) *non possono considerarsi un onere eccessivamente gravoso*[59]. A maggior ragione, non

[57] Cfr. anche Cass., 25 ottobre 2007, n. 22366, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Termini processuali civili*, n. 21, che ha ritenuto inapplicabile la sospensione dei termini processuali in relazione al termine di decadenza per proporre l'azione revocatoria, proprio per la «non brevità» di tale termine.

[58] Su tale onere v., nella dottrina tavolare italiana, M. Bassi, *Compendio di diritto tavolare*, San Mariano del Friuli, 2010, p. 179; F. Defrancesco, *La struttura giuridica del libro fondiario e il contenzioso tavolare*, in *Riv. dir. agr.*, 1951, p. 240. Nella dottrina tedesca, J. Lieder, *Die Lehre vom unwirksamen Rechtsscheinträger*, in *AcP*, 210 (2010), p. 863. Nella dottrina svizzera, F. Jenny, *Der öffentliche Glaube des Grundbuches nach dem schweizerischen ZGB*, Bern, 1926, p. 9.

[59] Cfr. in tal senso Corte cost., 17 marzo 1988, n. 311, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2146; Cass., 19 agosto 1989, n. 3734, in *Vita not.*, 1989, p. 69; Corte cost., 8 maggio 1990,

può considerarsi sproporzionato l'onere di ispezionare i libri fondiari o i registri immobiliari una volta ogni tre anni, od ogni cinque anni.

In applicazione dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza deve poi ritenersi che *il titolo di acquisto del terzo di buona fede*, *ex* art. 2652, nn. 6 ss., debba essere *idoneo* (ancorché tale specificazione manchi nel testo della legge, a differenza degli artt. 1153 e 1159 c.c.), poiché anche la disciplina in esame non può trattare l'acquirente in base a titolo invalido o inefficace meglio di come è trattato, nella fisiologia della circolazione giuridica, l'acquirente in base a titolo valido[60]. Una soluzione come quella della *immediate indefeasibility*, ove introdotta in Italia, sarebbe quindi incostituzionale.

L'impiego dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità consente, d'altra parte, di conseguire risultati interpretativi maggiormente soddisfacenti con riferimento a tutti gli acquisti immobiliari *a non domino*, ivi compresi quelli fondati sul principio dell'*apparenza del diritto*. A titolo esemplificativo, l'inapplicabilità della tutela immediata *ex* art. 534 c.c. *agli acquisti dal legatario apparente* – affermata da buona parte della dottrina e della giurisprudenza – costituirebbe una soluzione del tutto irragionevole, oltre che in contrasto con quella adottata in regime tavolare[61], in presenza della medesima *ratio* di tutela dei terzi acquirenti (la instabilità e difficile verificabilità della delazione successoria, sia essa a titolo universale o particolare, da parte dei terzi di buona fede). Lo stesso dicasi per quell'orientamento che tende a ritenere inapplicabile l'art. 534 c.c. *in presenza di domande giudiziali diverse dalla petizione ereditaria* (quali, ad esempio, quelle dirette a contestare la validità di un testamento)[62]. Su un piano piú generale, peraltro, un piú moderno approccio ermeneutico di tipo costituzionale, che tenga in adeguato conto anche il principio di legalità, induce a rimeditare la stessa ragion d'essere della tutela immediata dei terzi a danno dell'e-

n. 228, in *Foro it.*, 1990, I, c. 3069; Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 487, in *Rass. equo canone*, 1990, p. 203; Corte cost., 22 giugno 1992, n. 296, in *Foro it.*, 1992, I, c. 3215; Cass., 8 gennaio 1999, n. 110, in *Dir. giur. agr. amb.*, 1999, p. 284. In dottrina, per valutazioni contrapposte sul punto, v. G. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 163; e F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 60 ss.

[60] Per questa argomentazione, v. F. Guisan, *La protection de l'acquéreur de bonne foi en matière mobilière*, Lausanne, 1970; e M. Cenini, *Gli acquisti* a non domino, cit., p. 6 e p. 270.

[61] Cfr. l'art. 21, r.d. n. 499 del 1929.

[62] Cfr., nel senso criticato, A. Proto Pisani, *Petizione di eredità e mero accertamento della qualità di erede*, in *Foro it.*, 1961, I, c. 1989; Id., *La trascrizione delle domande giudiziali*, cit., p. 147 ss.; Cass., 29 luglio 1966 n. 2114, in *Foro it.*, 1967, I, c. 1871; Cass., 21 marzo 1989, n. 1402, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1610, ed in *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 1714. *Contra*, L. Mengoni, *Gli acquisti* "a non domino", cit., p. 157.

rede o legatario vero: *l'art. 534 c.c. appare difficilmente giustificabile alla luce del principio di proporzionalità*, se solo si considera che l'erede ed il legatario veri subiscono un importante sacrificio patrimoniale, senza che sia ad essi garantito un periodo di tempo entro il quale far valere le loro ragioni o trascrivere il proprio acquisto, e senza che sia richiesta una condizione di colpa quale presupposto della perdita, da parte loro, del diritto[63]. Pesa poi – sotto l'angolo visuale del principio di legalità – *l'assenza nell'ordinamento giuridico italiano di una procedura legale diretta ad accertare ufficialmente* – tramite l'operato di un'autorità pubblica imparziale – la *delazione successoria*, come avviene nella quasi totalità degli ordinamenti europei[64].

5. Il rilievo dei princípi costituzionali in materia di trascrizione non si esaurisce, evidentemente, nella sfera degli acquisti *a non domino* di cui all'art. 2652, nn. 6 ss., c.c., ma è molto piú ampio: esso investe la problematica piú generale delle *tecniche interpretative* e del *metodo giuridico* in materia di pubblicità immobiliare.

È noto come l'orientamento tradizionale propugni un'interpretazione restrittiva delle disposizioni di legge in materia di trascrizione, sostanzialmente circoscritta alla lettera della legge: ciò come riflesso del fatto che ancor oggi, nelle 'declamazioni' ufficiali prevalenti, le fattispecie trascrivibili sono considerate *tassative*, in conseguenza della affermata *eccezionalità* dell'istituto della trascrizione (il quale deroghe-rebbe sia al generale principio consensualistico, sia al preteso principio di libertà delle forme)[65]. Una tale impostazione metodologica è criticabile già sul piano della teoria generale dell'interpretazione: l'idea del primato dell'interpretazione letterale, basata sull'art. 12 delle preleggi,

[63] L'orientamento giurisprudenziale che, al di fuori dei casi legalmente tipizzati di «apparenza del diritto», ritiene necessario un comportamento colposo del titolare al fine di accordare tutela al terzo di buona fede (cfr. da ultima, in tal senso, Cass., 9 marzo 2012, n. 3787, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Rappresentanza nei contratti*, n. 9), deve essere letto alla luce dei princípi Cedu e di quelli costituzionali e, in particolare del principio di proporzionalità, che certamente – nell'ottica di un equilibrato bilanciamento degli interessi in conflitto – impedisce, quantomeno, di far leva su generiche situazioni di apparenza che non siano state indotte, anche colposamente, dal titolare.

[64] G. Petrelli, *Sulla sicurezza degli acquisti da eredi e donatari*, in *Notariato*, 2005, p. 211 ss.

[65] Per tale eccezionalità v. di recente F. Gazzoni, *Trattato della trascrizione*, I, Torino, 2012, p. 85 ss. Ben diversa l'impostazione di G. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 43 ss., il quale, pur riaffermando detta eccezionalità, ritiene tuttavia ammissibile l'interpretazione estensiva in materia di trascrizione.

è stata da tempo confutata dalla dottrina sia costituzionalistica[66] che civilistica[67], come pure dai teorici generali dell'interpretazione[68]: il linguaggio giuridico, come ogni altro linguaggio, è per sua natura vago ed impreciso, e l'attribuzione di significato è sempre il risultato di un'attività interpretativa[69]. D'altra parte, la gerarchia delle fonti impone di attribuire valore preminente, in sede di interpretazione della legge, ai princípi costituzionali e comunitari[70], ed ai canoni di *ragionevolezza*[71]

[66] V. soprattutto L. Paladin, *Costituzione, preleggi e codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 19.; A. Ruggeri, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in Aa.Vv., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale. La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale*, I, *Princípi fondamentali*, Napoli, 2007, p. 255 (ove il rilievo che si viene a fare un uso irragionevole dell'interpretazione quando «si affaccino letture degli enunciati *letteralistiche*, siccome eccessivamente legate ad espressioni linguistiche nelle quali tuttavia non riescano piú a rispecchiarsi gli interessi effettivamente in campo né – e soprattutto – se ne riscontri il doveroso, fermo orientamento verso i valori»).

[67] Il riferimento d'obbligo è, sul punto, a P. Perlingieri, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo "in claris non fit interpretatio", il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss., ed in *Scuole, tendenze e metodi*, Napoli, 1988, p. 273 ss. Ma v. anche i numerosi saggi raccolti in P. Perlingieri, *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006.

[68] Cfr. in particolare, anche per la contestazione del brocardo *in claris non fit interpretatio*, G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 33 ss.; A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche*, I, *Il concetto del diritto*, Milano, 1996, p. 236 ss.; L. Mengoni, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996, p. 83; V. Frosini, *La lettera e lo spirito della legge*, Milano, 1998, pp. 61 ss. e 191; R. Sacco, *L'interpretazione*, in G. Alpa, A. Guarneri, P.G. Monateri, G. Pascuzzi, R. Sacco (a cura di), *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino 1999, pp. 185 ss. e 284; M. Fracanzani, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003, p. 89 ss.; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari, 2004, p. 117; G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 87, nota 75; M. Barcellona, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006, p. 274 ss. (ove il rilievo che l'interpretazione letterale ha la limitata funzione di «scartare i progetti di senso del tutto privi di congruenza con le parole della legge»).

[69] V. tra gli altri C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990; G.R. Carriò, *Sull'interpretazione giuridica*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino, 1989, p. 127 ss.; R. Sacco, *L'interpretazione*, cit., p. 174 ss.; F. Viola, G. Zaccaria, *o.c.*, pp. 182 ss. e 224 ss.; e V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002, p. 54.

[70] Cfr. sul punto V. Velluzzi, *o.c.*, p. 149 ss.

[71] Sul ruolo del criterio di ragionevolezza nell'interpretazione della legge e nel giudizio di costituzionalità, cfr. soprattutto S. Patti, *La ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2012; E. Del Prato, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010,

e *proporzionalità*[72], che operano a tale piú elevato livello, e sono quindi sovraordinati rispetto ai canoni ermeneutici tradizionali.

L'idea della eccezionalità e tassatività delle fattispecie trascrivibili, d'altra parte, è stata di recente criticata in radice[73], *in quanto basata su un modello ormai storicamente superato*, quello ottocentesco della *transcription hypothécaire*, essa sí certamente eccezionale rispetto ai dogmi del principio consensualistico, della tutela assoluta della proprietà e della libertà delle forme, architravi portanti del *Code civil* e della concezione individualistica che stava alla base di esso; tanto da condurre addirittura all'esclusione, nel medesimo *Code*, della valenza di pubblicità dichiarativa della medesima trascrizione nei conflitti tra piú acquirenti da un medesimo autore[74]. Si è già evidenziato come la riforma della *transcription hypothécaire*, faticosamente approvata nel 1855, poté trovar posto solo in una 'legge speciale', perché si riteneva impensabile modificare il 'sacro' testo del Codice[75]: legge speciale che

1, I, p. 23; A. Morrone, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II, 2, Milano, 2008, p. 185; F. Modugno, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2009; Id., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; A. Ruggeri, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, cit., p. 215; A. Ricci, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007; G. Maniaci (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano, 2006; A. Cerri, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.* Treccani, XXV, Agg., Roma, 2005; L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005; M. La Torre, A. Spadaro, *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002; Aa.Vv., *Ragionevolezza e interpretazione*, in *Ars interpretandi*, 2002; A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

[72] Sul principio di proporzionalità, v. tra gli altri S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; N. Viceconte, *Proporzionalità e bilanciamento d'interessi nelle decisioni delle Corti*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, p. 189.

[73] G. Petrelli, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli, 2009, spec. p. 31 ss.; G. Baralis, *La pubblicità immobiliare fra eccezionalità e specialità*, Padova, 2010, spec. p. 41 ss.

[74] V. sul punto P. De Loynes, *Le Code civil et le Crédit. Régime hypothécaire. Régime de la transmission de la Propriété*, in *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, a cura di Halpérin, Paris, 1904, p. 383; J.M. Ohnet, *Le code civil et la publicité foncière: un rendez-vous manqué*, in *Le code civil français en Alsace, en Allemagne et en Belgique*, Strasbourg, 2006, p. 155.

[75] Cfr. il resoconto dei lavori preparatori della legge francese del 1855, riportato in R.T. Troplong, *Privileges et hypothéques: commentaire de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire*, cit., p. V (in particolare l'*exposé des motifs* di Suin). V. anche J.G. Ferron, *Etude historique et critique sur la publicité des droits réels immobiliers*, Paris, 1896, p. 151 s.

poteva – in quanto tale – introdurre soltanto 'deroghe' ed 'eccezioni' ai princípi generali del *Code*.

Oggi, però, la trascrizione è istituto centrale, di applicazione 'normale' nella circolazione giuridica immobiliare, ed eccezionali devono semmai ritenersi le ipotesi di conflitti circolatori risolti sulla base del principio *prior tempore potior iure* (riferito alla data degli atti, anziché delle relative trascrizioni)[76]. Ancóra di recente è stata affermata la 'specificità' sul piano ermeneutico dell'istituto della trascrizione, le cui esigenze di certezza sarebbero tali da postulare una lettura delle relative norme improntata ad un assoluto 'positivismo giuridico'[77], addirittura una *reine Rechtslehre*, quale metodo giuridico piú idoneo per l'individuazione delle suddette norme[78]. Un rifiuto della componente valutativa, nell'interpretazione delle norme in tema di trascrizione, che si scontra però – oltre che con le considerazioni suesposte – con un vero e proprio *vincolo giuridico per l'interprete*: quello di *interpretare tutto il diritto, nessun settore escluso, in modo conforme alle fonti di rango superiore*, quali la Costituzione repubblicana, il diritto comunitario e la Cedu[79]. La stessa *interpretazione analogica* può ritenersi, in alcuni casi, *costituzionalmente doverosa*, se consente di attribuire alla legge un senso, compatibile con i precetti costituzionali, primo fra tutti il

[76] G. Petrelli, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 39 ss.

[77] F. Gazzoni, *Trattato della trascrizione*, I, cit., pp. XIV e 94 ss. *Contra*, sul piano della teoria generale dell'interpretazione, L. Mengoni, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 116 ss.; Id., *Interpretazione e nuova dogmatica*, *ivi*, p. 73 ss.

[78] F. Gazzoni, *o.u.c.*, p. XIV.

[79] Il canone dell'interpretazione conforme comporta un vero e proprio obbligo del giudice, e dell'interprete in generale, di attribuire alla legge un significato compatibile con i precetti della Costituzione, della Cedu e del diritto comunitario, prevalendo un tale significato anche su quello apparentemente ricavabile dall'interpretazione letterale: cfr. tra gli altri M.R. Morelli, *Sulla doverosità del previo esperimento della interpretazione correttiva come requisito di ammissibilità dell'incidente di legittimità, e sulle possibili conseguenze della sua elusione*, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1175; G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a costituzione*, Milano, 2006, pp. 121 ss., 209 ss., 216 ss., 226 ss. e 242 ss. Sull'interpretazione «adeguatrice» v. anche G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 146 ss. e 336 ss.; V. Frosini, *La lettera e lo spirito della legge*, Milano, 1998, p. 198 ss.; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 217 ss. e 348 ss.; P. Perlingieri, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in P. Femia (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 1; M. D'Amico, B. Randazzo (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009; G. Perlingieri, *L'"interpretazione secondo Costituzione" nella giurisprudenza*, Napoli, 2012, p. 11 ss.

principio di uguaglianza, in connessione con il *canone della ragionevolezza*; senso che altrimenti la legge stessa non avrebbe[80]. E se ciò può condurre al risultato di arricchire interpretativamente il catalogo degli atti trascrivibili (come hanno fatto di recente le Sezioni unite a proposito della trascrizione delle domande giudiziali[81]), tale esito non può essere considerato un 'attentato' ai princípi in materia di trascrizione: questo istituto non è avulso dall'intero ordinamento giuridico, ma è piuttosto, non diversamente da qualsiasi altra materia, inserito a pieno titolo nel sistema giuridico, e va interpretato – come hanno ricordato le stesse Sezioni unite – sulla base dei canoni della totalità ed unitarietà dell'ordinamento stesso[82]. Del resto, non è infrequente che

[80] Cfr. L. Tullio, *Analogia implicita e "meritevolezza dell'estensione" nel giudizio di costituzionalità*, in P. Femia (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, cit., p. 129; O. Clarizia, Tertium comparationis, *norma eccezionale e incostituzionalità con effetto estensivo*, *ivi*, p. 171.

Un esempio di impiego dello strumento analogico in chiave di interpretazione adeguatrice è quello desumibile dalla pronuncia della Corte costituzionale relativa alla posizione del terzo acquirente di bene gravato da privilegio (Corte cost., 15 ottobre 1999, n. 386, in *Corr. giur*., 1999, p. 1476, con nota di G. Petrelli, *Privilegi fiscali e tutela del terzo acquirente*). La Corte, con sentenza interpretativa di rigetto, ha ritenuto applicabile analogicamente – sulla base del canone dell'interpretazione conforme a costituzione – l'art. 2859 c.c., quanto all'opponibilità delle eccezioni da parte del suddetto terzo acquirente, che abbia trascritto il proprio acquisto anteriormente all'accertamento fiscale dal quale è sorto il privilegio fiscale.

Quanto sopra non significa che la tendenza espansiva del sistema pubblicitario implichi, sempre e comunque, un'interpretazione di tipo estensivo delle norme in materia. Un esempio è quello deciso dalla Corte costituzionale (Corte cost., 28 dicembre 1990, n. 583, in *Foro it*., 1991, I, c. 1369) riguardo alla mancata soggezione a trascrizione delle domande dirette a far valere l'invalidità di atti soggetti ad iscrizione ipotecaria, che proprio per ragioni sistematiche la Consulta ha ritenuto, correttamente, costituzionalmente legittima.

[81] Cass., Sez. un., 12 giugno 2006, n. 13523, in *Giur. it*., 2007, p. 937.

[82] Cass., Sez. un., 12 giugno 2006, n. 13523, cit. [«Sebbene, infatti, non possa porsi in contestazione l'esigenza di rispettare il dettato dell'art. 12 preleggi, che, nell'imporre una gradualità d'utilizzazione degli strumenti ermeneutici, pone al primo posto quello letterale, integrato da quello razionale riferito alla singola norma, va, tuttavia, anche considerato che la stessa disposizione consente, nell'ipotesi di lacuna, il ricorso ai criteri della similitudine e dell'analogia, ai quali segue quello sistematico, per il quale l'interpretazione della singola disposizione va effettuata in relazione al complesso delle disposizioni in materia, poiché *incivile est*, *nisi tota lege perspecta*, *una aliqua particula eius proposita*, *iudicare vel respondere* (Celso: D. 1, 3, 24)»]. In dottrina, per l'importanza dell'interpretazione sistematica v. soprattutto S. Pugliatti, *La logica e i concetti giuridici*, in N. Irti (a cura di), *La polemica sui concetti giuridici*, Milano, 2004, p. 45 ss.; N. MacCormick, *La congruenza nella giustificazione giuridica*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, I, Torino, 1987, p. 243 ss.; V. Frosini, *La lettera e lo spirito della legge*, Milano, 1998, p. 178

norme un tempo ritenute eccezionali divengano, con il tempo, espressione di princípi generali (dunque applicabili per analogia)[83], ed è proprio questo che è avvenuto nella materia della trascrizione. La doverosa interpretazione adeguatrice del sistema della pubblicità immobiliare comporta quindi che la eventuale eccezionalità delle relative norme debba essere necessariamente valutata alla luce delle norme e dei 'princípi di sistema' di rango superiore[84].

L'argomento principe su cui viene fondata l'affermazione della rigida tassatività delle ipotesi di trascrizione è quello della *certezza del diritto*, che verrebbe pregiudicata da un'estensione per via interpretativa di tali ipotesi[85]. A parte il fatto che si tratta di semplice argomento consequenzialista, che da solo non pare affatto sufficiente a fondare una conclusione cosí impegnativa[86], va ricordato – per rimanere sul piano costituzionale – come la stessa Consulta abbia avuto modo, già vent'anni fa, di affermare che il canone della certezza del diritto impedisce, in materia di trascrizione, che i difetti riscontrabili nelle disposizioni normative siano suscettibili di *soluzioni affidate agli interpreti*[87]. Il presupposto è, ovviamente, che la valorizzazione delle norme e dei princípi costituzionali nel procedimento ermeneutico non significa che si debba «pregiudicare il *rigore scientifico* che deve guidare

ss.; A. Falzea, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, in Id., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milano 1999, pp. 248 ss. e 293; Id., *Teoria dell'efficacia giuridica*, *ivi*, pp. 125 ss. e 158 ss.; Id., *I princípi generali del diritto*, *ivi*, pp. 342 ss. e 357; V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica*, cit.; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 229; P. Perlingieri, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188, ed in *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. 3; G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a costituzione*, cit., pp. 10 ss. e 67 ss.

[83] P. Perlingieri, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica*, cit., p. 24. Nello stesso senso, M.M. Fracanzani, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003, p. 226.

[84] P. Perlingieri, *o.u.c.*, p. 52 a.

[85] F. Gazzoni, *Trattato della trascrizione*, I, cit., pp. XIV e 88 ss.

[86] Sui limiti dell'argomento consequenzialista, cfr. L. Mengoni, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., pp. 91 ss. e 106 ss.

[87] Corte cost., 6 aprile 1995, n. 111, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1420 («va riconosciuto che la certezza del diritto costituisce senza dubbio un valore fondamentale dell'ordinamento da realizzare nella massima misura possibile e che, *in materia di pubblicità, la certezza è ovviamente lo scopo stesso del sistema*. Purtuttavia non ogni difetto o confusione legislativa si risolve in irrazionalità tale da determinare un vizio di incostituzionalità, tanto piú che *gli eventuali difetti riscontrabili in numerose formulazioni normative sono suscettibili di soluzioni che restano affidate agli interpreti*»).

l'attività di ricerca»[88]; al contrario, la *coerenza* dell'ordinamento giuridico, conseguibile solamente attraverso l'interpretazione sistematica, è il presupposto ineliminabile attraverso il quale conseguire il risultato della prevedibilità delle decisioni e, tramite quest'ultima, la stessa *certezza del diritto*[89]. D'altronde, come è stato incisivamente affermato, *il valore della certezza del diritto è ormai subordinato a quello della «certezza dei diritti fondamentali»*, e ciò emerge chiaramente dalla giurisprudenza, sia nazionale che comunitaria e internazionale, in tema di *cedevolezza del giudicato* in caso di contrasto con norme sovraordinate[90]. In altri termini, nel vigente ordinamento multilivello anche l'intangibilità del giudicato è ormai un valore subordinato rispetto alla tutela dei diritti fondamentali sanciti dalla Cedu, cosí come è sacrificato sull'altare della conformità alle norme ed ai princípi del diritto comunitario[91]: e se la dialettica tra le contrapposte esigenze della 'equità' e della 'certezza del diritto' vede mettere in discussione l'emblema stesso della suddetta certezza, ossia il *giudicato*, non sembra proprio che si possa «escludere dall'interpretazione», sistematica e costituzionale, le norme in materia di trascrizione; anche perché l'estensione dell'àmbito

[88] Per questo esatto rilievo v. G. Perlingieri, *L'"interpretazione secondo costituzione" nella giurisprudenza*, cit., p. 16. Anche chi scrive ha avuto modo di ribadire che in materia di trascrizione il ricorso obbligato all'interpretazione sistematica, assiologica ed adeguatrice non esclude che l'interprete sia «chiamato ad impiegare in modo rigoroso, ma senza timore, l'intero strumentario a sua disposizione nel contesto odierno di *complessità del sistema delle fonti* in materia di trascrizione», dovendosi sempre rinvenire «una *norma giuridica* (che la trascrizione richieda o ammetta), anche se non a mezzo di una *disposizione espressa*» (G. Petrelli, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 438).

[89] Rileva che, attraverso la coerenza dell'ordinamento – conseguita attraverso l'interpretazione sistematica ed adeguatrice – è garantita la prevedibilità delle decisioni, G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 17. Cfr. anche G. Gometz, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005.

[90] A. Ruggeri, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la convenzione europea dei diritti umani… ovverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Legisl. pen.*, 2011, p. 463 ss. («la *certezza del diritto* deve farsi da canto, nella scala costituzionale dei valori, davanti alla *certezza dei diritti costituzionali*, vale a dire alla loro effettività, quale risulta in forza dei riconoscimenti fatti e beneficio dei diritti stessi dalla Corte europea»). Cfr. anche R. Conti, *La Corte dei diritti dell'uomo e la Convenzione europea prevalgono sul giudicato – e sul diritto – nazionale*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 689; F. Spitaleri (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Milano, 2009; M.G. Pizzorni, *Il principio del giudicato tra primato del diritto dell'Unione europea e autonomia degli Stati membri in materia processuale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 1025.

[91] Cfr. da ultimo L.P. Comoglio, Requiem *per il processo "giusto"*, in *Nuova giur. civ.*, 2013, II, p. 56 ss.

di applicazione di questo istituto non può che migliorare la sicurezza dei traffici giuridici[92]. In questa nuova ottica, nella quale la *prevalenza dei valori rispetto alla certezza* – o quantomeno l'*equilibrato bilanciamento* tra i due[93] – è il paradigma ormai dominante, non sembra piú possibile difendere «a prescindere» la geometria euclidea della pubblicità immobiliare intesa come «sistema chiuso» di ottocentesca memoria, evocando addirittura una nuova *reine Rechtslehre*, una specificità ermeneutica che caratterizzerebbe l'istituto della trascrizione immobiliare (o, forse, l'intero àmbito della pubblicità legale)[94]. Al contrario, il

[92] G. Petrelli, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 56 ss.

[93] L'obiettivo della certezza del diritto non legittima il giudice o il giurista a circoscrivere il processo interpretativo al mero esame della lettera della legge [comportamento che appare semmai tipico dei pratici del diritto: M. Bussani, *Appunti sull'interlocutore del giurista e sul problema dell'interpretazione*, in J. Derrida, G. Vattimo (a cura di), *Diritto giustizia e interpretazione*, Roma-Bari, 1998, p. 49 ss.], né postula un'interpretazione necessariamente restrittiva. E piuttosto necessario che la decisione interpretativa sia corretta, non sia arbitraria, sia giusta dal punto di vista sostanziale (quindi conforme a determinati criteri assiologici), e che il relativo risultato sia ragionevole: A. Aarnio, *La teoria dell'argomentazione e oltre. Alcune osservazioni sulla razionalità della giustificazione giuridica*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, I, cit., p. 222 ss. Sulla generale esigenza di equilibrio tra momento formale e momento sostanziale del diritto, cfr. A. Falzea, *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, in Id., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milano 1999, p. 178 ss.

[94] Atteggiamento, quello descritto nel testo, che evoca alla mente, per contrappunto, le parole di Salvatore Pugliatti, quando ammoniva i giuristi a prestare ascolto alla società e alla storia che bussano alla loro porta, e a non fingersi sordi, né tentare di abituarsi al rumore per non subirne piú la molestia (S. Pugliatti, *Continuo e discontinuo nel diritto*, in Id., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 89). Oggi piú che mai, assume valore decisivo l'insegnamento metodologico jheringhiano, secondo il quale *non è la vita ad esistere a causa dei concetti, ma sono piuttosto questi ultimi ad esistere a causa della vita* (K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966, p. 61). In termini «aggiornati», si è giustamente affermato che «la riflessione sui diritti fondamentali richiede al giurista di liberarsi dal letto di Procuste delle sue abituali categorie concettuali rendendolo avvertito della necessità di crearne di nuove, posto che sono gli strumenti mentali che debbono adattarsi alla realtà dell'esperienza e alle sopravvenienze della storia, non il reciproco», nella consapevolezza che «ormai siamo passati "dalla centralità della legge alla centralità dell'uomo di legge"» (N. Lipari, *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, pp. 637 e 653); e che è quindi necessario che il giurista «deponga la sua pigrizia, questo viziaccio in cui si è adagiato dal tempo dell'esproprio illuministico» [P. Grossi, *Tra fatto e diritto*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 38 (2009), p. 1911], e che è cosí ben assecondato dalla visione rigidamente «positivistica» secondo la quale l'ordinamento della pubblicità legale dovrebbe rinvenirsi esclusivamente lettera della legge, per di piú restrittivamente interpretata.

dibattito dottrinale piú recente testimonia del «passaggio dalla certezza del diritto alla sicurezza giuridica», intesa quale necessità primaria di tutelare la persona ed i relativi diritti fondamentali[95].

Ma torniamo ai profili costituzionali. L'ampliamento, per via interpretativa, delle fattispecie soggette a trascrizione discende, a livello costituzionale, dall'esigenza di tutelare – piú di quanto non avvenisse in passato – il legittimo *affidamento dei terzi*[96]. La giurisprudenza costi-

[95] Cfr. A. Bizzarro, *La priorità temporale nella circolazione giuridica contrattuale*, Napoli, 2012, p. 141 ss. (ed ivi riferimenti dottrinali).

[96] L'emersione, anche sul piano costituzionale e comunitario, della tutela dell'affidamento legittimo ha costituito oggetto di diverse indagini dottrinali. Cfr., tra gli altri, R. Sacco, *Affidamento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 661; G. Marini, *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995; C. Amato, *Affidamento (tutela dell')*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg., Torino, 2012, p. 74; L. Lorello, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998; S. Calmes, *Le principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Paris, 2001; S. Antoniazzi, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; M. Gigante, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008; S. Bastianon, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012.

Corte cost., 10 gennaio 1997, n. 1, in *Giur. it.*, 1997, I, c. 177, ha ritenuto la posizione dei terzi di buona fede «protetta dal principio della tutela dell'affidamento incolpevole, che permea di sé ogni àmbito dell'ordinamento giuridico e dal quale scaturisce anche la regola generale di circolazione dei beni mobili nel nostro sistema di mercato (cfr. art. 1153 del codice civile)».

La rilevanza ordinamentale della *tutela dell'affidamento incolpevole* emerge con evidenza anche dalla recente posizione delle Sezioni Unite in tema di *overruling*. Si è infatti affermato che «ove l'*overruling* si connoti del carattere dell'imprevedibilità (per aver agito in modo inopinato e repentino sul consolidato orientamento pregresso) […] – in considerazione del *bilanciamento dei valori* in gioco, tra i quali assume preminenza quello del giusto processo (art. 111 cost.), volto a tutelare l'effettività dei mezzi di azione e difesa anche attraverso la celebrazione di un giudizio che tenda, essenzialmente, alla decisione di merito – deve escludersi l'operatività della preclusione o della decadenza derivante dall'*overruling* nei confronti della parte che abbia *confidato incolpevolmente* (e cioè non oltre il momento di oggettiva conoscibilità dell'arresto nomofilattico correttivo, da verificarsi in concreto) *nella consolidata precedente interpretazione della regola* stessa, la quale, sebbene soltanto sul piano fattuale, aveva comunque creato l'*apparenza di una regola conforme alla legge del tempo*» (Cass., Sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2254).

Per la rilevanza dell'affidamento dei terzi nel vigente ordinamento della pubblicità immobiliare, v. di recente G. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 25 (il quale afferma correttamente che sulle formalità pubblicitarie – ancorché invalide in dipendenza di un vizio del procedimento che vi ha dato luogo – «in forza della presunzione di legittimità che assiste gli atti della pubblica amministrazione, può bene fondarsi l'affidamento di terzi»). In giurisprudenza, v. Cass., 24 novembre 1959, n. 3448, in *Foro it.*, 1960, I, c. 607, con nota di V. Falaschi, *La tutela dell'affidamento legit-*

tuzionale e delle Corti europee è ormai da tempo orientata – in presenza di violazioni del principio di legalità – ad assegnare priorità alla *tutela dell'affidamento incolpevole dei terzi*, anche quando l'aspettativa di acquisto di tali terzi si pone in conflitto con *interessi pubblici* di rilevantissima portata (addirittura interessi alla prevenzione e repressione di gravi fattispecie di reato): si consideri, a titolo esemplificativo, la rilevanza attribuita dalla giurisprudenza all'affidamento dei terzi di buona fede in presenza di *confisca urbanistica*[97], o di *confisca a séguito di misure di prevenzione antimafia*[98]. Un tale orientamento si colloca in per-

timamente posto dai terzi nelle risultanze dei registri immobiliari e la funzione costitutiva attribuita alla trascrizione.

[97] A proposito della *confisca urbanistica*, *ex* art. 44, comma 2, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, il conflitto tra l'interesse pubblico e quello dei terzi acquirenti di buona fede è stato risolto sia dalla giurisprudenza italiana che dalla Cedu in senso favorevole ai secondi (nonostante la natura «reale» della misura di sicurezza). Cfr. Corte cost., 15 luglio 1991, n. 345, in *Foro it*., 1992, I, c. 3; Corte e.d.u., 20 gennaio 2009, Sud Fondi e altri c. Italia, in *Foro it*., 2010, IV, c. 2, con nota di E. Nicosia, *Lottizzazione abusiva, confisca e diritti dell'uomo* [la Corte di Strasburgo ha affermato, in questa occasione, la violazione dei princípi di legalità (sia formale che sostanziale) e di proporzionalità della confisca, anche perché (§ 141) proprietario degli immobili era diventato lo stesso Comune che aveva rilasciato le concessioni edilizie illegittime]; B. Manfredonia, *La confisca quale sanzione c.d. amministrativa e la tutela del terzo estraneo al reato: profili di illegittimità costituzionale?*, in *Danno resp*., 2008, p. 1030; App. Bari, 9 aprile 2008, in *Giur. it*., 2009, p. 609, con nota di G. Tucci, *Confisca "urbanistica" e tutela del mercato tra la Costituzione italiana e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*; A. Scarcella, *Lottizzazione abusiva, confisca e buona fede dei proprietari estranei al reato:* revirement *della Cassazione?* (nota a Cass., 17 novembre 2008, n. 42741), in *Urb. app*., 2009, p. 371; A. Romanelli, *Confisca urbanistica e terzi acquirenti in buona fede: verso un definitivo* revirement *giurisprudenziale?*, in *Giur. it*., 2009, p. 2280; D. Chinello, *La responsabilità del terzo acquirente in buona fede per illeciti edilizi e terreni lottizzati abusivamente*, in *Imm. Propr*., 2012, p. 25. Di rilievo la circostanza che la buona fede del terzo poggia, nei suddetti casi, anche sull'assenza di trascrizione anteriore al suo acquisto, posto che titolo per la trascrizione è soltanto la sentenza che dispone la confisca (art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001); sentenza che, nella fattispecie in esame, è successiva all'acquisto del terzo di buona fede.

[98] Appare significativo il percorso, prima giurisprudenziale e poi legislativo, in materia di *tutela dei diritti acquistati da terzi di buona fede in presenza di misure di prevenzione e confisca*. I dubbi sulla prevalenza in tal caso dell'interesse pubblico all'attuazione della confisca, o dell'interesse privato dei terzi di buona fede titolari di diritti sul bene confiscato, che avevano trovato risposte contrastanti nella giurisprudenza nazionale, sono stati definitivamente risolti dal legislatore con il d.lg. 6 settembre 2011, n. 159, nel secondo senso: i beni non possono essere confiscati se *trasferiti legittimamente*, prima dell'esecuzione del sequestro (quindi, nei casi previsti, prima della relativa trascrizione o iscrizione nei pubblici registri), *a terzi in buona fede* (art. 25); inoltre la confisca non pregiudica i *diritti reali di garanzia costituiti (quindi iscritti) a fa-*

fetta continuità con la tendenza complessiva del sistema pubblicitario – desumibile, del resto, anche dalla lettera dell'art. 2645 c.c.[99] – alla progressiva espansione delle fattispecie soggette a trascrizione, sempre 'tipiche' ma non piú rigidamente 'tassative', sempre nell'ottica della protezione del legittimo affidamento dei terzi.

6. Un problema di notevole importanza è quello della legittimità costituzionale delle *diversità di disciplina della pubblicità nei libri fondiari* vigente nei territori delle c.dd. nuove province (c.d. *regime tavolare*), rispetto alla *trascrizione* prevista dal Codice civile. La Corte di Cassazione ha dichiarato manifestamente infondata la relativa questione di costituzionalità[100], avuto riguardo in particolare al profilo della *opponibilità ai terzi degli acquisti per usucapione*[101]: la differenza di disciplina è stata ricondotta alla tutela delle minoranze *ex* art. 6 cost., ed alle peculiari tradizioni giuridiche locali[102]. Va rilevato, però, che lo statuto speciale delle regioni Trentino Alto Adige e Friuli Venezia Giu-

vore di creditori in buona fede in epoca anteriore al sequestro (art. 52). Un caso importante, quindi, in cui *i diritti fondamentali dei privati prevalgono sull'interesse pubblico* (e su un interesse pubblico particolarmente forte), sulla base delle risultanze dei registri immobiliari. Cfr. anche la rimessione alle Sezioni unite per la questione di diritto transitorio, da parte di Cass., 17 febbraio 2012, n. 2338, in *Giur. it.*, 2013, p. 335.

Già Corte cost., 9 luglio 1974, n. 229, in *www.cortecostituzionale.it*, aveva concluso nel senso della tutela dei terzi acquirenti di buona fede di un bene sottoposto a confisca, non potendosi configurare una responsabilità oggettiva del terzo acquirente. Va evidenziato che la Consulta ha richiesto un comportamento diligente del terzo acquirente, ritenendo possibile la confisca non solo in caso di mala fede, ma anche in presenza di un «difetto di vigilanza» da parte sua (cfr. anche su questo punto Corte cost., 10 gennaio 1997, n. 1, in *Foro it.*, 1998, c. 2043; R. Conti, *Diritto di proprietà e CEDU. Itinerari giurisprudenziali europei*, Roma, 2012, p. 48).

Sul rilievo che anche la normativa comunitaria recente attribuisce alla buona fede dei terzi (a fronte di provvedimenti di confisca e simili), cfr. F. Cassano, *Azioni esecutive sui beni oggetto di sequestro antimafia e buona fede dei creditori*, in *Fallimento*, 2002, p. 663 ss.

[99] Sull'interpretazione dell'art. 2645 c.c., cfr. G. Petrelli, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 207 ss.

[100] Cass., 23 marzo 1995, n. 3370, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 516.

[101] Esiste una differenza fondamentale tra l'efficacia dell'usucapione nel diritto comune e nel regime tavolare: nel primo caso, l'usucapione è sempre opponibile all'acquirente a titolo derivativo dell'immobile, ancorché non trascritta (cfr., tra le altre, Cass., 3 febbraio 2005, n. 2161, in *Giur. it.*, 2005, p. 2275); nel secondo, invece, tale opponibilità sussiste solamente (a norma dell'art. 5, r.d. n. 499 del 1929) se la domanda di usucapione è stata annotata anteriormente all'intavolazione dell'acquisto del terzo di buona fede (Cass., 21 marzo 2011, n. 6393, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Trascrizione*, n. 35).

[102] Cass., 23 marzo 1995, n. 3370, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 516.

lia non copre' il profilo dell'efficacia di pubblica fede dell'intavolazione, limitandosi ad attribuire alle suddette regioni a statuto speciale la competenza in materia di «impianto e tenuta dei libri fondiari», e riservando invece alla legislazione statale la regolamentazione, tra l'altro, dell'*efficacia* delle iscrizioni[103]. Il riferimento all'art. 6 cost. appare quindi piuttosto fragile, ed anzi inconferente; non a caso la dottrina piú attenta ha contestato energicamente la costituzionalità della suddescritta disparità di trattamento[104]. In realtà, come è stato in altra sede sottolineato, *differenze di disciplina possono giustificarsi solo quando riflettano le diversità di struttura ed oggetto delle due pubblicità* (pubblicità su base reale o personale; pubblicità di diritti o di atti); non quando, invece, le stesse derivino solamente dalla espressa previsione o meno, in uno dei due sistemi, di una determinata formalità pubblicitaria (o di una particolare modalità di essa)[105]. Cosí, ad esempio, non avrebbe senso consentire solo nel sistema tavolare, e non in quello della trascrizione, la pubblicità del patto di riscatto, come pure piú in generale non avrebbe senso – alla luce, del resto, della chiara intenzione dei *conditores* – ipotizzare come «normale» una notevole differenza nella «sicurezza giuridica» garantita rispettivamente dai due sistemi pubblicitari, per quanto non reso necessario dalla diversa struttura di essi. Cosí, tornando all'opponibilità ai terzi dell'usucapione, non si vede quale possa essere, oggi, la giustificazione di una cosí macroscopica differenza di trattamento (le giustificazioni addotte nella relazione al codice civile non sembrano piú attuali nella loro assolutezza[106]). Si consideri, ancóra, l'ulteriore esempio dell'*art. 7, r.d. n. 499 del 1929*, a norma del quale *l'art. 1445 c.c. non sarebbe applicabile in regime tavolare, in quanto con questo incompatibile*. Tale disposizione non può essere interpretata, come pure è avvenuto, in modo da escludere nel regime tavolare la tutela immediata dei terzi subacquirenti di

[103] Cfr l'espressa previsione – riguardante l'*efficacia delle iscrizioni tavolari* – contenuta nell'art. 3, d.P.R. 24 febbraio 1971, n. 234, per il Friuli-Venezia Giulia, e nell'art. 29, d.P.R. 1 febbraio 1973, n. 49, per il Trentino-Alto Adige: D. Maltese, *Limiti di diritto privato e processuale alla potestà legislativa delle regioni e legge tavolare*, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1375.

[104] Cfr. soprattutto G. Gabrielli, *Libri fondiari*, in *Noviss. dig. it.*, *Appendice*, IV, cit., p. 952; D. Maltese, *Problemi di costituzionalità della legge tavolare*, in *Giur. it.*, 1975, IV, c. 85; e G. Sicchiero, *Ancóra sulla buona fede nel diritto tavolare*, in *Giur. it.*, 1996, I, p. 515.

[105] G. Petrelli, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 299 ss.

[106] Per tale rilievo, cfr. F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, II, Milano, 1993, p. 247 ss.

buona fede in caso di annullamento del titolo di provenienza (postulando in tal caso l'applicazione dell'art. 64 l. tav.): soluzione che renderebbe inspiegabilmente, ed irragionevolmente, deteriore la tutela dei terzi in regime tavolare, rispetto a quanto avviene nel diritto comune[107]. Sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata devono piuttosto ritenersi inapplicabili, in quanto incompatibili, le sole norme sulla trascrizione richiamate dal medesimo art. 1445.

7. Si è visto che la legge ricollega alla pubblicità immobiliare (pubblicità tavolare delle nuove province e trascrizione regolata dal codice civile) effetti giuridici pregnanti, ed in particolare la *pubblica fede* e l'*efficacia sanante delle invalidità dell'atto pubblicato*. Sulla base del principio di proporzionalità, peraltro, il sacrificio dell'avente diritto che potrebbe conseguire all'attuazione della pubblicità può ritenersi accettabile solo nella misura in cui la suddetta attuazione sia preceduta da un adeguato *controllo di legalità* (in modo da circoscrivere al massimo il rischio di perdita ingiustificata del diritto). Su tale conclusione concorda la dottrina di area germanica, a proposito del legame tra principio di legalità (*Legalitätsprinzip*) e pubblica fede del libro fondiario (*öffentliche Glaube des Grundbuchs*)[108]. Il collegamento tra i due aspetti è stato colto anche dalla dottrina italiana in relazione al c.d. effetto «sanante» della iscrizione nel registro delle imprese degli atti costitutivi di società di capitali (artt. 2332, 2463, ultimo comma, e 2523, comma 2, c.c.), e degli atti di trasformazione, fusione e scissione di società (artt. 2500 *bis*, 2504 *quater*, 2506 *ter*, ultimo comma, c.c.)[109].

[107] G. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 201; M. Cuccaro, *Lineamenti di diritto tavolare*, Milano, 2010, p. 131 ss.; G. Gabrielli, F. Tommaseo, *Commentario della legge tavolare*, Milano, 1999, p. 558; L. Mengoni, *Gli acquisti* "a non domino", cit., p. 102; Id., *L'azione in cancellazione nel sistema dei libri fondiari*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 149; G. Gabrielli, *Libri fondiari*, cit., p. 956.

[108] H. Kuhlmann, *Positiver oder negativer guter Glaube in § 892 BGB?*, Bonn, 1954, p. 63 ss.; J. Lieder, *Die Lehre vom unwirksamen Rechtsscheinträger*, in *AcP*, 210 (2010), p. 872; E. Locher, *La riforma delle norme sul libro fondiario tedesco e il nuovo codice civile italiano*, in *Annuar. dir. comp.*, 1946, p. 138 ss.

[109] Sul controllo preventivo di legalità (giudiziario e poi notarile) quale giustificazione della c.d. efficacia sanante della pubblicità societaria, nei casi indicati nel testo (con la conseguenza che l'area dei vizi rilevabili in sede di controllo è molto piú ampia di quelli che possono essere rilevati dopo l'iscrizione), cfr. tra gli altri A. Borgioli, *La nullità della società per azioni*, cit., pp. 228 ss. e 466 ss.; E. Bocchini, *Il problema della tassatività delle cause di nullità nelle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1975, p. 167 ss.; S. Landolfi, *Problemi attuali dell'omologazione degli atti societari*, in *Vita not.*, 1988, pp. 30 ss. e 39; U. Morera, *L'omologazione degli statuti di società*, Milano, 1988, p. 172 ss.; M. Maceroni, *L'omologazione e i controlli* ex ante *su-*

Riguardo, invece, alla pubblicità immobiliare, mentre l'importanza del principio di legalità è stata avvertita nella sua rilevante portata dai commentatori della legge tavolare, gli studiosi della trascrizione sono rimasti attestati sulla posizione tradizionale di matrice francese, ed affermano ancóra a larga maggioranza il ruolo passivo del conservatore, ed il carattere formale ed estrinseco del relativo controllo[110], senza tener conto in alcun modo che l'introduzione del nuovo art. 2652, nn. 6 ss, ha completamente mutato il quadro di riferimento. Stranamente, perché la dottrina ottocentesca, quando si discuteva di riforma della trascrizione, aveva ben chiaro che attribuire a quest'ultima «forza probante» sarebbe stato possibile solo predisponendo, nel contempo, adeguati controlli di legalità[111]. La Carta costituzionale ha ulteriormente inciso sul quadro suddescritto, ed alla luce dei relativi princípi occorre oggi interpretare le norme del Codice; la cui disciplina, oltretutto, si è arricchita del nuovo art. 2674 *bis*, introdotto dalla l. 22 febbraio 1985, n. 52, che ha notevolmente *ampliato* il controllo di legalità del conservatore rispetto ai limiti angusti in cui era confinato dall'art. 2674 c.c.[112].

gli atti societari, Padova, 2002, p. 23 ss.; G. Meo, *Dal controllo giurisdizionale al controllo notarile: legalità e stabilità degli atti*, in R. Alessi, M.A. Galeotti Flori (a cura di), *Statuti societari e controllo di legalità*, Torino, 2002, p. 85; G. Palmieri, *La nullità della società per azioni*, cit., p. 533; C. Santagata, *Le fusioni*, in *Tratt. società per azioni* diretto da Colombo e Portale, VII, 17, Torino, 2004, p. 624 ss.

[110] L'orientamento è pressoché costante: cfr. per tutti F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 172 e p. 403 ss. Ritengono, invece, che con il nuovo art. 2674 *bis* c.c. il controllo del conservatore sia divenuto «intrinseco e sostanziale» e riguardi anche i vizi di validità del titolo da trascriversi, F. Trifone, *Rilievi critici "a caldo" sugli artt. 2674*-bis *c.c., 113*-bis *e 113*-ter *disposizioni per l'attuazione del c.c., introdotti dalla novella, n. 52 del 1985, in tema di modifiche al libro sesto del c.c.*, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 5 ss.; D. Maltese, *Registri immobiliari*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 484.

[111] Cfr. in particolare O. Tiraboschi, *Catasto e trascrizione*, Roma, 1894, p. 393; G. Venezian, *Riforme del sistema di pubblicità dei diritti immobiliari*, in Aa.Vv., *Atti del IV Congresso giuridico nazionale*, Napoli, 1897, p. 509; G. Venezian, *La riforma della trascrizione nel disegno di legge per lo sgravio del debito ipotecario*, in *Opere giuridiche*, II, Roma, 1920, p. 109; N. Coviello, *Della trascrizione*, I, Napoli-Torino, 1924, p. 143 ss. Con riferimento al diritto vigente, v. sul collegamento tra la c.d. pubblicità sanante ed il controllo di legalità attribuito al notaio, G. Petrelli, *L'autenticità del titolo della trascrizione*, cit., spec. pp. 607 e 610 ss.

[112] Sul rapporto tra gli artt. 2674 e 2674-*bis* c.c., v. G. Petrelli, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 165 ss.; Id., *Conformità catastale e pubblicità immobiliare*, Milano, 2010, p. 60; Id., *Novazione causale, pubblicità immobiliare, presunta tassatività delle ipotesi di trascrizione* (nota a Trib. Avellino, 31 maggio 2012), in *Riv. not.*, 2012, p. 968.

Controllo che, come la dottrina piú attenta ha rilevato, non appare oggi molto lontano da quello effettuato dal giudice tavolare[113].

L'area dei controlli preventivi previsti dal legislatore comprende, poi, quelli che devono essere effettuati dal notaio rogante o autenticante che forma il «titolo» da trascrivere (art. 2657 c.c., e art. 28, n. 1, l. 16 febbraio 1913, n. 89, come modificato dalla l. 28 novembre 2005, n. 246)[114]: si tratta dei controlli preventivi relativi ad identità personale, capacità e legittimazione delle parti, nonché alla legalità del contenuto dell'atto pubblicato, alla ricomprensione di esso nel catalogo di quelli trascrivibili, alla conformità a legge del contenuto della nota di trascrizione.

Il principio di legalità importa, d'altra parte, che il procedimento pubblicitario si informi ai princípi del «*giusto procedimento*»[115]: i relativi contorni sono stati ridisegnati dalla nuova disciplina del *procedimento amministrativo* (cfr. in particolare l'art. 6, lett. *a* e *b*, l. 7 agosto 1990, n. 241, come modificata dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15) in termini estremamente ampi proprio in applicazione dei suddetti princípi[116], ai quali deve ritenersi senz'altro assoggettata anche l'attività del conservatore[117]. Questi è, poi, tenuto a rispettare scrupolosamente anche

[113] Per tale rilievo v. D. Maltese, *Sul concetto di "pubblica fede" del libro fondiario*, cit., p. 39 ss. (che parla di «quasi filiforme distinzione fra i poteri spettanti in materia al giudice tavolare e quelli che competono al conservatore delle ipoteche»); G. Gabrielli, F. Tommaseo, *Commentario della legge tavolare*, cit., p. 622 (per i quali il sindacato di legalità sostanziale spettante al conservatore dei registri immobiliari ai sensi dell'art. 2674 *bis* c.c. «fatta eccezione per i profili soggettivi legati alla diversa natura dell'organo competente, è nella sostanza simile a quello svolto dal giudice tavolare»). Peraltro, anche le differenze dipendenti dalla diversa natura dell'organo competente per i controlli si sono notevolmente attenuate, peraltro, con l'art. 95 *bis* l. tav., allegata al r.d. n. 499 del 1929, aggiunto dall'art. 34, l. 24 novembre 2000, n. 340.

[114] Sul significato del controllo di legalità effettuato dal notaio, e sui relativi contenuti, v. G. Petrelli, *L'autenticità del titolo della trascrizione*, cit., spec. p. 632 ss.; Id., *Conformità catastale e pubblicità immobiliare*, cit., pp. 6 ss. e 81 ss.

[115] S. Mangiameli, *La proprietà privata nella Costituzione*, cit., p. 165 ss. V. anche sul punto V. Crisafulli, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 130.

[116] Cfr., tra le altre, Cons. Stato, 23 febbraio 2004, n. 695, in *Rap. Foro it.*, 2004, voce *Atto amministrativo*, n. 160; Cons. Stato, 1 marzo 2006, n. 2618, *ivi*, 2007, voce *Istruzione pubblica*, n. 55; Cons. Stato, 12 aprile 2006, n. 6933, *ivi*, 2008, voce *Atto amministrativo*, n. 173. Per i riflessi costituzionali, v. L. Buffoni, *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l'archetipo del processo*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 277.

[117] Sulla trascrizione come procedimento amministrativo, cfr. tra gli altri C. Maiorca, *Della trascrizione*, in *Comm. cod. civ.* D'Amelio, Firenze, 1943, p. 12; S. Pugliatti, *La trascrizione*, I, *La pubblicità in generale*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messi-

i limiti previsti in generale dalle norme di legge nell'esecuzione di quel particolare *trattamento di dati personali* in cui consiste la trascrizione (cfr. gli artt. 11, comma 2, e 18, comma 3, d.lg. 30 giugno 2003, n. 196).

In questo nuovo scenario, deve ritenersi quindi definitivamente superato il c.d. *principio di autoresponsabilità* del richiedente la trascrizione[118], che connotava il sistema pubblicitario nei sistemi ottocenteschi e che è ancóra affermato, tralaticiamente, da dottrina e giurisprudenza (di esso si conservano anche alcune residue emersioni sul piano legislativo[119]). L'attenzione degli interpreti deve, piuttosto, spostarsi sui *limiti* del potere-dovere di controllo del conservatore, che evidentemente non possono corrispondere interamente a quelli del giudice tavolare (sarebbe, ad esempio, sia praticamente che concettualmente impossibile per il conservatore – a causa della diversità di struttura e funzione delle due forme di pubblicità – effettuare un controllo analogo a quello previsto dall'art. 94, comma 1, n. 1, l. tav., verificare cioè che dai registri immobiliari «non risulta alcun ostacolo» contro la chiesta trascrizione). La lacunosità della normativa in materia richiede una attenta attività ermeneutica che, partendo dall'obbligo di interpretazione costituzionalmente orientata, individui correttamente – superando i dogmi tradizionali – caratteri e limiti del suddetto controllo (con riferimento, ad esempio, alla trascrivibilità o meno degli atti nulli o inefficaci). Al qual proposito, occorre ritenere che, essendo la tutela costituzionale del *diritto di proprietà* anche garanzia di *effettività* dello stesso, l'acquirente – una volta presentata la richiesta di trascrizione –

neo, Milano, 1957, p. 346 ss.; Id., *La trascrizione*, II, cit., p. 84 ss.; G. Melegari, *Profili pubblicistici della trascrizione*, in Aa.Vv., *La trascrizione fra pubblicità e acquisto dei diritti: raccolta delle relazioni tenute nella tavola rotonda svoltasi a Parma il 18 marzo 1992 tenutasi per iniziativa dell'Istituto di diritto privato dell'università e del Consiglio notarile della stessa città*, Palermo, 1992, p. 125 ss. Si veda anche il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia del Territorio in data 25 giugno 2010 (in G.U. n. 153 del 3 luglio 2010), con il quale è stato approvato il Regolamento di attuazione dell'art. 2, l. 7 agosto 1990, n. 241.

[118] Sul c.d. principio di autoresponsabilità del richiedente la trascrizione, cfr. C. Maiorca, *Della trascrizione*, cit., p. 279 s.; Cass., 23 aprile 1980, n. 2671, in *Riv. not.*, 1980, p. 1597; Cass., 5 luglio 2000, n. 8964, in *Fallimento*, 2001, p. 420, ed in *Dir. fall.*, 2001, II, p. 635; Cass., 11 gennaio 2005, n. 368, in *Vita not.*, 2005, p. 995, ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 224; Cass., 11 agosto 2005, n. 16853, in *Vita not.*, 2006, p. 300. Sul necessario superamento di tale principio, non piú attuale, cfr. G. Petrelli, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare*, cit., p. 725 ss.

[119] Cfr. gli artt. 2659, n. 1, e 2662 c.c., che consentono di eseguire la trascrizione indicando nella nota alcuni elementi (regimi patrimoniali coniugali delle parti; cause che hanno impedito al primo chiamato di succedere) sotto la responsabilità del richiedente, senza necessità di documentazione fidefaciente.

abbia un *diritto soggettivo, costituzionalmente tutelato, alla attuazione della trascrizione* del suo acquisto (quale riflesso della tutela effettiva del diritto dominicale)[120]. Di conseguenza, i casi in cui la trascrizione medesima può essere rifiutata devono essere circoscritti alle ipotesi in cui difettino i relativi presupposti normativi (da individuare, ovviamente, anche mediante l'interpretazione sistematica, assiologica e costituzionalmente orientata); *non possono essere invece riconosciuti margini di discrezionalità al conservatore* il quale, nel dubbio, deve trascrivere piuttosto che rifiutare la trascrizione[121].

La garanzia di legalità nell'attuazione della pubblicità legale sollecita, infine, l'interprete ad interrogarsi sulla *legittimità costituzionale delle norme che disciplinano l'intervento del giudice, in presenza di rifiuto o ritardo di trascrizione* (artt. 2674 e 2674 *bis* c.c.; artt. 113 *bis* e 113 *ter* disp. att. c.c.); legittimità da valutarsi alla luce dell'art. 24 cost. e del *principio del contraddittorio* (del quale deve essere consentita la realizzazione anche nel procedimento camerale disciplinato dalle norme succitate). Deve essere, in quest'ottica, valutato criticamente l'orientamento giurisprudenziale che, inspiegabilmente, continua ad escludere in questi casi la *ricorribilità per Cassazione per violazione di legge*, *ex* art. 111 cost.[122].

[120] Cosí, nel diritto tedesco, S. Köther, *Der Umfang der Prüfungspflicht im Grundbuchrecht, insbesondere zur Pflicht, das Grundbuch richtig zu halten und zur Mitwirkung des Grundbuchamts beim gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten*, Würzburg, 1981, pp. 119 ss., 155 e 185 ss. (la quale afferma, di conseguenza, l'esistenza dell'obbligo del *Grundbuchamt* di iscrivere anche quando abbia conoscenza della pregressa inesattezza del *Grundbuch*, e la tassatività dei casi, previsti dalla legge, in cui la domanda di iscrizione può essere rifiutata).

Sul diritto soggettivo ad ottenere la trascrizione, v. anche S. Pugliatti, *La trascrizione*, I, cit., p. 338 ss.; ID., *La trascrizione*, II, cit., pp. 114 e 322 ss.; e L. Ferri, P. Zanelli, *Della trascrizione*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1995, p. 11, nota 1.

[121] Sul *favor* procedimentale per l'attuazione della trascrizione, cfr. G. Petrelli, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 167 ss.

[122] Cfr. per tutte Cass., 30 marzo 2005, n. 6675, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Trascrizione*, n. 32; Cass., 5 maggio 1998, n. 4523, *ivi*, 1998, voce cit., n. 34. La giurisprudenza argomenta, essenzialmente, dal fatto che quello previsto dagli artt. 2674 e 2674 *bis* c.c. (e dagli artt. 113 *bis* e 113 *ter* disp. att. c.c.) è «un provvedimento conclusivo di un procedimento che non comporta esplicazione di una attività giurisdizionale in sede contenziosa, in quanto non ha ad oggetto la risoluzione di un conflitto d'interessi, ma il regolamento secondo legge dell'interesse pubblico alla pubblicità immobiliare, e non suscettibile di passare in giudicato, potendo le parti interessate adire la normale via contenziosa per ottenere una pronuncia sull'esistenza del loro diritto». E giustamente critico rispetto a tale giurisprudenza G. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 19, perché in un eventuale giudizio ordinario l'ammini-

8. Una importante questione di *legittimità costituzionale della disciplina della trascrizione delle domande giudiziali* si pone alla luce dell'art. 24 cost., visto sotto il duplice angolo visuale della *tutela costituzionale del diritto di azione e del diritto di difesa*. L'effettività del primo postula che il giudicato relativo a diritti immobiliari debba poter essere reso opponibile al terzo, avente causa dal convenuto, in modo che – in applicazione del classico principio chiovendiano – la durata del processo non vada a danno dell'attore che ha ragione[123]: a questo fine, lo strumento principe per realizzare tale opponibilità è costituito, evidentemente, dalla trascrizione. L'effettività del diritto di difesa, d'altra parte, richiede che il terzo, potenziale acquirente del diritto immobiliare controverso, sia messo in condizione di poter a acquisire conoscenza del processo in corso, per far valere le sue difese (mediante intervento, opposizione di terzo, ecc.)[124]; ora, questo è possibile solo se la pendenza del processo è resa conoscibile al terzo, mediante trascrizione della relativa domanda[125]. Il che implica – come hanno avuto del resto modo di evidenziare le Sezioni unite della Suprema corte – che

strazione può essere condannata al risarcimento dei danni, ma non può essere soddisfatto «in forma specifica il diritto alla pubblicità». Ne consegue che l'interpretazione della giurisprudenza prevalente non può essere accolta, poiché altrimenti verrebbe gravemente menomato il diritto di difesa del privato avente diritto alla pubblicità, in violazione dell'art. 24 cost. Cfr., sulla problematica dell'applicabilità del nuovo art. 111 cost. ai procedimenti camerali contenziosi, nell'ottica del giusto processo e dell'interpretazione adeguatrice, Corte cost., 30 gennaio 2002, n. 1, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1476, con nota di G. Tota, *Tutela camerale dei diritti e giusto processo*.

[123] G. Petrelli, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 333 ss.

[124] G. Petrelli, *o.u.c.*, p. 336 ss. Cfr. anche A. Proto Pisani, *Appunti sui rapporti fra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale*, in *Riv. trim.*, 1971, p. 1233 ss.; F. Carpi, *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, Milano, 1974, pp. 279 ss. e 309 ss.

[125] Sempre sotto il profilo della tutela del diritto di difesa, dottrina e giurisprudenza hanno spesso subordinato la *legittimità costituzionale delle norme che prevedono termini di prescrizione o decadenza* per l'esercizio di un diritto, *alla possibilità di venire a conoscenza, attraverso la pubblicità, del fatto da cui decorre il termine*: cfr. per tutte Cass., 19 gennaio 2007, n. 1210, in *Giur. it.*, 2008, p. 92, con nota di M. D'Auria, *Il termine di prescrizione nell'azione revocatoria*, ed in *Nuova giur. civ.*, 2007, I, p. 1154, con nota di F. Avancini, *Una lettura sistematica del cod. civ.: la conoscibilità dell'atto pregiudizievole.* In altri casi – in presenza soprattutto di termini brevi – è stata richiesta invece la conoscenza effettiva (non reputandosi sufficiente la mera conoscibilità legale) quale presupposto di legittimità costituzionale delle norme (ad es., in materia di legge fallimentare): cfr. la giurisprudenza citata da G. Vettori, *Immobili urbani – Prelazione legale – Questione di legittimità costituzionale dell'art. 39, 1° comma, l. n. 392/1978*, in *Nuova giur. civ.*, 1990, I, p. 75 ss.

ogni qualvolta il giudicato sia, per legge, opponibile al terzo, la relativa domanda deve ritenersi trascrivibile (quantomeno agli effetti processuali di cui all'art. 111, ultimo comma, c.p.c.)[126]. Viene cosí ribaltata l'opinione tradizionale, che afferma la stretta tassatività dei casi in cui sarebbe ammessa la trascrizione delle domande giudiziali. Ciò non deve stupire: nel bilanciamento tra il mero «interesse a non trascrivere» dell'attore in giudizio, ed il suddescritto interesse del terzo alla conoscibilità della pendenza del processo, costituzionalmente protetto dall'art. 24 cost., la scelta nella seconda direzione è evidentemente obbligata.

La Corte costituzionale ha dichiarato, invece, infondata la questione di costituzionalità dell'art. 2668 c.c. (ma in realtà si trattava di questione riguardante l'art. 2652 c.c.), nella misura in cui da un lato viene consentita *la trascrizione di domande giudiziali senza necessità di previa delibazione giudiziale della fondatezza della domanda* (*fumus boni iuris*), e dall'altro si richiede una sentenza passata in giudicato al fine di cancellare la domanda stessa[127]. La trascrizione di domande giudiziali infondate può, infatti, arrecare seri danni al titolare del diritto, pregiudicando gravemente la circolazione giuridica dell'immobile: con-

[126] Cfr. Cass., Sez. un., 12 giugno 2006, n. 13523, in *Giur. it.*, 2007, p. 937 («la materia della trascrizione delle domande giudiziali [...] non può ad oggi non essere interpretata anche alla luce degli "*inderogabili doveri di solidarietà*" per i quali, riconosciuti dall'art. 2 cost., tra i princípi regolatori fondamentali delle relazioni sociali, si pone a carico di ciascuna delle parti di qualsivoglia rapporto un dovere d'autoresponsabilità, indipendente dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o da espresse previsioni normative, imponendole d'agire in guisa da preservare gli interessi dell'altra ed, a maggior ragione, d'astenersi dall'ostacolarne senza giustificato motivo l'esercizio dei diritti. Per il che, l'esigenza di contemperare gli opposti interessi dell'attore e dell'avente causa dal convenuto non può, comunque, prescindere dalla pari esigenza d'*interpretare* l'esaminata normativa *nel senso di ritenere doverosa e, quindi, non solo consentita ma necessaria, la trascrizione della domanda* [...] *al fine di preservare il terzo avente causa dal convenuto dal rischio d'acquistare inconsapevolmente un diritto suscettibile di menomazione nell'ipotesi d'accoglimento della domanda stessa*. In vero, se è principio pacifico che una determinata interpretazione debba essere pretermessa ove possa suscitare dubbi di costituzionalità della norma, devesi ritenere che *l'esigenza di tutela del diritto del proprietario leso* [...] *senza onere alcuno di trascrizione della domanda non possa essere legittimamente riconosciuta in quanto implica una lesione ingiustificata dell'analoga esigenza di tutela del diritto dell'aspirante avente causa dal convenuto d'essere reso edotto circa la pendenza d'un giudizio al cui esito potrebbe risultare menomata, od anche totalmente elisa, l'ampiezza del diritto che è in procinto d'acquistare dal convenuto medesimo*»).

[127] Corte cost., 6 dicembre 2002, n. 523, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 275, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1972, con nota di B. Gambineri, ed in *Danno resp.*, 2003, p. 250, con nota di A. Palmieri.

sentire detta trascrizione senza un vaglio preventivo – dovendo attendere, *ex* art. 2668 c.c., il passaggio in giudicato della sentenza che ordini la cancellazione al fine di ottenere la liberazione dal vincolo – lede gravemente il diritto di difesa del suddetto titolare. La Consulta ha dichiarato infondata la questione di costituzionalità, asserendo che questa specifica trascrizione non avrebbe natura di strumento cautelare, e che rientra nella discrezionalità del legislatore l'individuazione dei presupposti di trascrizione delle domande giudiziali[128].

9. In definitiva, la fisionomia dell'istituto della trascrizione risulta profondamente mutata rispetto a quella consegnataci dalla tradizione ottocentesca, anche e forse soprattutto alla luce dei princípi costituzionali. *Funzione sociale e utilità sociale, sicurezza dei traffici e tutela del legittimo affidamento nell'operato degli organi preposti all'attuazione della pubblicità, solidarietà sociale e principio di legalità, canoni di proporzionalità e ragionevolezza nell'interpretazione della legge*: non è difficile percepire l'abissale distanza del vigente istituto della trascrizione (sicuramente idoneo oggi – pur con le sue perduranti imperfezioni e lacune[129] – ad ingenerare nei terzi affidamenti incolpevoli meritevoli di tutela, anche grazie ai controlli di legalità su cui si basa la pubblicità, all'effetto c.d. «sanante» previsto dall'art. 2652, nn. 6 ss., ed alla tendenziale completezza del sistema pubblicitario, chiaramente de-

[128] La motivazione della Consulta appare peraltro, in questo caso, piuttosto debole, sussistendo in realtà fondati dubbi di illegittimità costituzionale della disciplina alla luce, in particolare, degli artt. 24 e 111 cost.: cfr. B. Gambineri, *o.l.c.*; R. Conte, *Provvedimento d'urgenza, ordine di cancellazione della trascrizione di domanda giudiziale* "ictu oculi" *infondata e incostituzionalità dell'art. 2668 c.c.*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 924.

[129] La trascrizione immobiliare italiana è un sistema pubblicitario impostato su base personale e non reale (con riferimento, cioè, ai soggetti e non ai beni), e come tale richiede lunghe e complesse indagini al fine di ricostruire la catena (almeno ventennale) dei titoli di provenienza (mentre il «foglio reale» – che presuppone un'interazione «bidirezionale», sul piano soggettivo come su quello oggettivo, con il catasto – consente di visualizzare, con un colpo d'occhio, la complessiva situazione giuridica del bene). Soprattutto, la trascrizione è un sistema di pubblicità di atti, e non di diritti (L. Mengoni, *Gli acquisti* "a non domino", cit., p. 93), ed in ragione di ciò non è, e non può essere, munita di «pubblica fede» e di efficacia probatoria in ordine all'esistenza ed alla titolarità del diritto. Si aggiunga, tra le lacune piú importanti, il perfezionamento dell'usucapione a prescindere dalla trascrizione della relativa sentenza di accertamento (la quale, pur prevista dall'art. 2651 c.c., ha valore di mera pubblicità notizia): con la conseguenza che l'affidamento che può riporsi sulle risultanze dei registri immobiliari è sempre limitato, potendosi sempre opporre, da parte dell'usucapiente, l'acquisto a titolo originario del diritto reale a qualunque successivo avente causa dal precedente titolare.

sumibile da una attenta lettura dell'art. 2645 c.c.), rispetto ad un modello puramente pubblicitario quale era quello regolato dal Codice del 1865, fondato sull'autoresponsabilità del richiedente la trascrizione da un lato, e del terzo interessato dall'altro lato, e nel contempo basato su una logica di stretta eccezionalità rispetto ai princípi del diritto sostanziale (primi fra i quali la concezione sacrale e individualistica della proprietà privata, e la portata centrale del principio consensualistico anche nei conflitti circolatori). E compito della dottrina e della giurisprudenza prendere definitivamente atto dei mutamenti intervenuti, abbandonando le residue suggestioni provenienti da un modello ormai superato, ed adottando senza timori una *nuova metodologia giuridica, fondata sull'interpretazione sistematica, assiologica e costituzionalmente orientata*.

II. *Trascrizione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*

10. Problematiche in larga parte simili, rispetto a quelle già esaminate con riferimento alla Costituzione, si pongono in relazione alla *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (Cedu)[130]. La lettura delle norme in materia di pubblicità immobiliare alla luce della Cedu conduce a conclusioni sostanzialmente convergenti rispetto a quelle raggiunte nell'analisi dei profili di rilievo costituzionale; agevolando in tal modo il compito dell'interprete, il quale è obbligato adottare un'interpretazione conforme sia alla Costituzione che alla Cedu.

La Corte costituzionale ha chiarito che le norme della Cedu costituiscono fonte integrativa del parametro di costituzionalità introdotto dall'art. 117, comma 1, cost., e che quindi *il giudice comune è obbligato a interpretare le norme interne in modo conforme alla Cedu*, entro i limiti in cui ciò è permesso dal testo delle norme; in caso contrario, è tenuto a sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale[131]. Nonostante le norme della Cedu siano state recepite nella

[130] Sulla quale v. di recente S. Praduroux, *Diritti dell'uomo*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg., Torino, 2012, p. 305; A. Cardone, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, p. 335.

[131] Corte cost., 24 novembre 2007, nn. 348 e 349, in *Foro it.*, 2008, I, c. 39; Corte cost., 26 novembre 2009, n. 311, in *Corr. giur.*, 2010, p. 619. In dottrina, v. in particolare L. Montanari, *Giudici comuni e Corti sovranazionali: rapporti tra sistemi*, in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, p. 119; E. Lamarque, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 955; A. Ruggeri, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fonda-*

Carta europea dei diritti fondamentali (c.d. Carta di Nizza), e richiamate – quali princípi generali del diritto dell'Unione – dall'art. 6 Tratt. UE[132], il giudice comune non può ad oggi, secondo l'orientamento prevalente, disapplicare le norme interne contrastanti con la Cedu[133]; deve, però, interpretare le norme stesse in modo conforme alle norme ed ai princípi della stessa Convenzione, come interpretati dalla Corte di Strasburgo[134].

Con riguardo al tema della presente indagine, viene in considerazione innanzitutto l'art. 1 del Protocollo n. 1 annesso alla Cedu (*«protezione della proprietà»*)[135]. La Corte europea ha affermato che tale disposizione contiene *tre distinte norme*, le quali vanno interpretate l'una alla luce delle altre: la prima (art. 1, comma 1, primo periodo) prevede il diritto al rispetto dei propri beni; la seconda (art. 1, comma 1, secondo periodo) disciplina l'espropriazione per pubblica utilità, a fronte di un giusto indennizzo; la terza (art. 1, comma 2) consente alle legislazioni nazionali di «*disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale*»[136]. A quest'ultimo fine non è indispensabile la previsione di un

mentali, in *Pol. dir.*, 2010, p. 3; Id., *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in *Dir. un. eur.*, 2010, p. 125; R. Conti, *La scala reale della Corte costituzionale sul ruolo della CEDU nell'ordinamento interno*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1243.

[132] Cfr. E. Falletti, *Carta di Nizza (Carta europea dei diritti fondamentali)*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, Agg., Torino, 2009, p. 73; T. Cerruti, *CEDU, UE e parametri di costituzionalità: è cambiato qualcosa dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona?* (nota a Corte cost., 11 marzo 2011, n. 80), in *Giur. it.*, 2012, p. 777; A. Guazzarotti, *La CEDU dopo il trattato di Lisbona: come in un gioco dell'oca?*, in *Studium iuris*, 2012, p. 172.

[133] Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, cit.; Corte cost., 11 marzo 2011, n. 80, cit.

[134] Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo sono reperibili, in lingua inglese o francese, sul sito *http://hudoc.echr.coe.int*.

[135] Art. 1 – Protezione della proprietà.

«Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai princípi generali del diritto internazionale.

Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende».

Cfr., su tale disciplina, N. Colacino, *La protezione del diritto di proprietà nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Roma, 2007.

[136] Cfr., tra le altre, Corte e.d.u., 23 settembre 1982, n. 52, Sporrong e Lönnroth c. Svezia, § 61, in *Dir. uomo lib. fond.*, 2006, p. 476; Corte e.d.u., 21 febbraio 1986, n. 98, James c. Regno Unito, § 37, *ivi*, p. 671; Corte e.d.u., 9 dicembre 1994, n. 16798,

indennizzo a favore del privato la cui proprietà subisca limitazioni, ma è necessario il rispetto del *principio di proporzionalità*, e la realizzazione di un *giusto equilibrio* tra il diritto fondamentale privato sacrificato e l'interesse generale[137]. Si è, ancóra, precisato che la Convenzione opera anche nei rapporti «orizzontali» tra soggetti privati, e che quindi il suddetto art. 1 trova applicazione anche quando viene disposto, nell'interesse generale, il *trasferimento di proprietà da un privato ad un altro* (nel qual caso la Corte di Strasburgo afferma la propria competenza quando la soluzione dettata dal diritto nazionale appaia irragionevole, non proporzionale e quindi in contrasto con la Convenzione)[138]. Per la Corte, *le nozioni di pubblica utilità e di interesse generale vanno interpretate in senso necessariamente estensivo*[139]; nonostante il punto sia poco chiaro nella giurisprudenza della Corte stessa[140], al concetto di «interesse generale» deve essere necessariamente ascritto un significato piú ampio rispetto a quello di «pubblica utilità»[141]. La Corte afferma, comunque, che gli Stati godono di un *ampio margine di apprezzamento* nella definizione dell'interesse generale, purché la disciplina dettata sia ragionevole e conforme al principio di proporzionalità[142].

I Santi Monasteri c. Grecia, § 56, *ivi*, p. 322; Corte e.d.u., 25 marzo 1999, Iatridis c. Grecia, § 55.

Il concetto di «interesse generale», contenuto nell'art. 1, Prot. n. 1, non appare molto diverso dalla clausola della «funzione sociale», *ex* art. 42 cost.; il relativo riferimento consente pertanto di escludere l'accoglimento, da parte della Convenzione, di una nozione meramente individualistica di proprietà (come vorrebbero alcuni autori: cfr. M. Comporti, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 189): in questo senso, condivisibilmente, S. Praduroux, *Una costellazione europea: la proprietà e i beni nel quadro dei parametri di legalità enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ.*, 2012, II, p. 772.

[137] R. Conti, *Diritto di proprietà e CEDU*, cit., p. 34 ss.; S. Praduroux, *Una costellazione europea*, cit., p. 778. Il principio di proporzionalità è considerato inerente la Convenzione nel suo complesso: Corte e.d.u., 23 settembre 1982, n. 52, Sporrong e Lönnroth c. Svezia, § 69, cit.; Corte e.d.u., 23 aprile 1987, Poiss c. Austria, § 64 s.; Corte e.d.u., 28 luglio 1999, n. 22774, Immobiliare Saffi c. Italia, §§ 49 ss., in *Dir. uomo lib. fond.*, 2007, p. 52; Corte e.d.u., 29 luglio 2004, n. 36913, Scordino e altri c. Italia, § 98 ss., in *Riv. giur. edil.*, 2005, p. 3.

[138] Corte e.d.u., 21 febbraio 1986, n. 98, James c. Regno Unito, § 39 ss., cit.; Corte e.d.u., 21 luglio 2011, Fabris c. Francia, § 55 ss. Cfr. R. Conti, *o.u.c.*, p. 30; S. Praduroux, *o.u.c.*, p. 769.

[139] Corte e.d.u., 22 febbraio 2005, Hutten-Czapska c. Polonia, § 148. Cfr. R. Conti, *o.u.c.*, p. 31.

[140] Corte e.d.u., 21 febbraio 1986, n. 98, James e altri c. Regno Unito, § 43, cit.

[141] V. sul punto G. Petrelli, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare*, cit., p. 715 ss.

[142] Corte e.d.u., 21 febbraio 1986, n. 98, James e altri c. Regno Unito, § 46, cit.;

Le norme interne in tema di *pubblicità immobiliare* possono giocare un ruolo importante – agli effetti dell'art. 1 del Protocollo n. 1 – innanzitutto nel caso in cui il relativo funzionamento sia suscettibile di determinare, contemporaneamente all'acquisto del diritto di proprietà a beneficio di un terzo acquirente di buona fede, *il sacrificio del diritto del precedente o vero titolare*[143]. Fenomeno, quest'ultimo, caratteristico di alcuni sistemi pubblicitari (segnatamente, quelli germanici ed anglosassoni), ma non estraneo, come già visto, anche alla vigente disciplina italiana. Anche questo tipo di interferenza della legislazione statale sul diritto di proprietà privata, pertanto, può ritenersi legittima alla luce della Cedu solo *se proporzionata* e purché sia realizzato un *giusto equilibrio* tra l'interesse privato sacrificato e l'interesse generale alla sicurezza dei traffici, nell'ottica del quale le previsioni normative sono dettate. L'obbligo di «interpretazione conforme» alla Cedu impone quindi all'interprete del diritto italiano di individuare, tra piú interpretazioni possibili, quella che maggiormente realizzi tale esigenza di proporzionalità.

Va tenuto conto, poi, anche del fatto che, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, gli Stati hanno un *obbligo positivo di garantire la protezione dei diritti di proprietà in modo da assicurarne l'effettività*[144] (ed è di indubbio rilievo, a tal fine, il ruolo svolto dalla trascrizione, come ha evidenziato per altro verso la giurisprudenza costituzionale italiana). *La protezione non si estende, però, ai diritti che non sono stati esercitati per lungo tempo*[145].

Corte e.d.u., 23 novembre 2000, n. 25701, Ex re di Grecia c. Grecia, § 87, in *Dir. uomo lib. fond.*, 2007, p. 311. Cfr. F. Donati, P. Milazzo, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, cit., p. 65.

[143] Non viene, invece, in considerazione, nell'ottica della Convenzione, la posizione del terzo acquirente di buona fede; per meglio dire, la giurisprudenza di Strasburgo ha in piú occasioni precisato che l'art. 1 del Protocollo n. 1 non garantisce, di per sé, ad un terzo di diventare proprietario di un bene: Corte e.d.u., 23 novembre 1983, n. 70, Van der Mussele c. Belgio, § 48, in *Dir. uomo lib. fond.*, 2006, p. 547; Corte e.d.u., 28 settembre 2004, Kopecky c. Slovacchia, § 35.

[144] Corte e.d.u., 18 giugno 2002, Öneryldiz c. Turchia, § 145; Corte e.d.u., 24 maggio 2007, Paudicio c. Italia, § 40 ss. Cfr. R. Conti, *Diritto di proprietà e CEDU*, cit., p. 37 ss.

[145] Corte e.d.u., 12 luglio 2001, Principe Hans-Adam II del Liechtenstein c. Repubblica Federale Tedesca, § 83 ss.; Corte e.d.u., 10 luglio 2003, Efstathiou e Michaïlidis & C. Motel Amerika c. Grecia, § 21 ss.; Corte e.d.u., 14 dicembre 2006, Lupas e altri c. Romania, § 78 ss.

11. Di recente, alcuni sistemi stranieri di pubblicità immobiliare sono stati interessati da ampi processi di riforma, nel corso dei quali sono emersi diversi problemi di compatibilità con la Cedu. La relativa analisi risulta di grande interesse, anche per i notevoli spunti che possono trarsene ai fini dell'interpretazione della disciplina italiana.

Nel corso della riforma inglese della *Land registration*, culminata nell'emanazione del *Land Registration Act 2002*, si è posto in particolare il problema della possibile eliminazione di alcuni *overriding interests* (ossia di diritti prevalenti rispetto a quelli iscritti, nonostante l'assenza di qualsiasi loro pubblicità), al fine di accrescere la completezza dei registri e quindi la sicurezza della circolazione giuridica[146]. La *Law Commission* concluse, a tal proposito, che una tale disciplina avrebbe potuto essere considerata – nell'ottica dell'art. 1, Prot. n. 1 – alla stregua di una «regolamentazione» del relativo utilizzo nell'interesse generale; e valutò che il requisito della proporzionalità sarebbe stato soddisfatto dall'imposizione di un indennizzo a carico del *Land Registry*, ovvero a carico del privato che avrebbe tratto beneficio dalla *reduction of status* dell'*overriding interest*. Si reputò infine che, al fine di rendere compatibile la nuova disciplina con il requisito di proporzionalità imposto dalla Cedu, si sarebbe potuto prevedere un lungo periodo transitorio al fine di consentire l'iscrizione dei suddetti diritti[147]. Proprio questa è stata la soluzione adottata nel testo finale del *Land Registration Act* 2002 (cfr. la sez. 117): è stato previsto il termine di dieci anni dall'entrata in vigore dello *statute* per iscrivere una *notice*, o una *caution against first registration*, ed in tal modo mantenere lo *status* di *overriding*. Si è ritenuto che tale disciplina legislativa – che configura non una «privazione» (espropriazione), bensí una «regolamentazione dell'uso dei beni» – sia conforme al principio di proporzionalità, proprio in ragione della durata adeguata del termine concesso[148]. Questa soluzione (assoggettamento a pubblicità, e conseguente estinzione del diritto non reso pubblico entro un congruo termine, decorrente proprio da tale pubblicità) contempera in effetti in modo equilibrato l'interesse privato e quello generale (si è già visto come ana-

[146] Sulla categoria degli *overriding interests*, cfr. L. Di Costanzo, *La pubblicità immobiliare nei sistemi di* common law, cit., p. 89 ss.; R. Megarry, W. Wade, *The Law of Real Property*, London, 2008, p. 201 ss.; G. Cheshire, E.H. Burn, *Modern Law of Real Property*, Oxford, 2006, p. 975 ss.; C. Harpum, J. Bignell, *Registered Land*, Bristol, 2004, p. 147 ss.

[147] Law Commission of England and Wales, *Land Registration for the Twenty-First Century. A Consultative Document*, London, 1998, p. 64, e nota 105.

[148] Law Commission of England and Wales, *Land Registration for the Twenty-First Century. A Conveyancing Revolution*, London, 2001, p. 176 ss.

loga disciplina sia stata adottata in buona parte degli stati americani con i *Marketable Record Title Acts*); essa potrebbe essere utilmente adottata anche nell'ordinamento italiano, al fine di risolvere i problemi che pongono alcuni diritti e vincoli «occulti», i quali nel vigente diritto tuttora prevalgono su quelli resi pubblici (si pensi, un caso per tutto, agli usi civici[149]).

Anche nel corso dei lavori preparatori della *riforma scozzese della pubblicità immobiliare*, di recente culminati nell'emanazione del *Land Registration (Scotland) Act* 2012, è stato riservato ampio spazio ai problemi della protezione dei diritti umani; può dirsi, anzi, che una delle principali ragioni di questa riforma è stata costituita dall'adeguamento della previgente legislazione in materia di pubblicità immobiliare ai dettami della Cedu. Infatti, sotto il previgente *Land Registration (Scotland) Act* 1979 l'iscrizione (ancorché avesse ad oggetto un atto dispositivo invalido o proveniente *a non domino*) conferiva immediatamente la proprietà all'acquirente, pregiudicando nel contempo definitivamente il diritto del precedente titolare (con effetto paragonabile a quello della *immediate indefeasibility* nei sistemi *Torrens*). La *Scottish Law Commission*, preoccupata evidentemente di salvaguardare gli effetti già prodottisi della previgente disciplina, affermò che tale effetto dovesse ritenersi giustificato da ragioni di interesse generale; e che – nonostante ciò potesse configurare una privazione del diritto di proprietà ai sensi dell'art. 1, comma 1, Prot. n. 1 – la legittimità della misura fosse comunque assicurata dall'obbligo di indennizzo posto a carico del conservatore (*Keeper*) dalla legge del 1979[150]. Non può, in-

[149] Sui problemi relativi alla pubblicità degli usi civici, cfr. S. De Vogli, *Proprietà collettive e usi civici nella società dell'informazione*, in Id., *Tecnologie informatiche e regime di pubblicità dei beni immobili*, Padova, 2002, p. 179; G. Mariconda, *Di alcune forme speciali di pubblicità (In tema di stato civile, di enti* non profit *e di usi civici)*, Napoli, 2008.

[150] Scottish Law Commission, *Discussion Paper on Land Registration: Miscellaneous Issues*, Edimburgh, 2005, p. 76 («*the small number of cases in which this happens is sufficiently justified as a matter of public policy, and the person so deprived of property is entitled to full compensation*»). La nuova normativa scozzese, che pone a carico del conservatore un obbligo di indennizzo in presenza di atti dispositivi *a non domino*, è stata ritenuta compatibile con la Cedu nel raffronto con quella precedente del 1979, nella quale al *Keeper* non era fatto divieto di iscrivere atti invalidi, e in cui l'iscrizione dava luogo all'immediato acquisto della proprietà (da cui il sorgere dei dubbi di legittimità alla luce della Convenzione) (Scottish Law Commission, *Report on Land Registration*, I, Edimburgh, 2010, p. 7 s.). Si è comunque affermata la compatibilità con la Cedu di tale disciplina, sulla base del pubblico interesse a consentire alla generalità dei terzi di riporre affidamento sull'esattezza del registro («*Indeed, even without such compensation they would probably be compatible, for there is a strong*

vece, certamente dubitarsi della compatibilità con l'art. 1, Prot. n. 1, della nuova disciplina scozzese (sezz. 52, e 86 ss.), nella quale l'iscrizione costituisce il *dies a quo* di decorrenza del termine annuale, decorso il quale soltanto l'iscrizione, accompagnata dal possesso, produce il proprio effetto di «pubblica fede»[151]. Conclusione alla quale, come si dirà, si giunge anche con riguardo alle previsioni contenute nell'art. 2652, nn. 6 ss., del Codice civile italiano.

La *Scottish Law Commission* si è posta poi il problema del rapporto della *land registration* con l'art. 6 Cedu, che attribuisce a chiunque il diritto ad un equo e pubblico processo dinanzi ad un tribunale indipendente ed imparziale, nella determinazione dei diritti civili ed obbligazioni, ed il diritto ad ottenere tale determinazione in un tempo ragionevole. L'art. 6 è stato riconosciuto applicabile anche ai procedimenti amministrativi che diano luogo a «determinazione dei diritti civili»[152], concludendosi nel senso che l'iscrizione è una «determinazione» nell'accezione suesposta, e che il conservatore è soggetto all'art. 6. Si è peraltro ritenuto che l'adempimento alle prescrizioni dell'art. 6 possa aver luogo, alternativamente, o assoggettando lo stesso procedimento di iscrizione a tale disciplina, o prevedendo un successivo controllo giudiziale dell'iscrizione o mancata iscrizione[153]. E quanto avviene anche nell'ordinamento italiano, in cui – nonostante il procedimento pubblicitario si svolga interamente in àmbito amministrativo – gli artt. 113 ss. disp. att. c.c. predispongono appositi rimedi giudiziali utili al fine di tutelare l'interesse privato (ed il correlato interesse pubblico) all'attuazione della pubblicità legale, a norma dell'art. 6 suddetto. È interessante notare come la *Scottish Law Commission* abbia affermato che l'art. 6 Cedu trova applicazione anche nei sistemi «negativi» (qual è per molti aspetti anche quello italiano), nei quali la pubblicità non è di per sé idonea ad attribuire il diritto all'acquirente: anche in tali sistemi, infatti, il rifiuto del conservatore può pregiudicare l'acquisto

public interest in enabling people to rely on the accuracy of the Register»: Scottish Law Commission, *o.u.c.*, p. 8).

Va peraltro detto, sul punto, che un obbligo di indennizzo a carico dello Stato non rappresenta una *condicio sine qua non* della legittimità ai fini Cedu della disciplina pubblicitaria: l'esigenza di proporzionalità può essere adeguatamente soddisfatta anche attraverso altri strumenti (la responsabilità civile del conservatore o dello Stato, o l'azione di ingiustificato arricchimento).

[151] Scottish Law Commission, *Report on Land Registration*, I, cit., p. 7.

[152] Scottish Law Commission, *Discussion Paper on Land Registration: Miscellaneous Issues*, cit., p. 77.

[153] Scottish Law Commission, *o.u.c.*, p. 76 ss.

della proprietà[154] (e questo può avvenire anche quando si tratti di pubblicità dichiarativa). Sempre per la preoccupazione di ingenerare un difficile contenzioso, alla luce dei lunghi tempi necessari nel previgente sistema al fine di conseguire la *registration*, la *Scottish Law Commission* ha escluso poi – con valutazione che appare opinabile quanto apodittica – che il ritardo nell'iscrizione comporti, nella normalità dei casi, violazione dell'art. 6 Cedu[155].

Un altro interessante problema, che la *Scottish Law Commission* ha esaminato, è stato quello dei limiti per l'iscrivibilità delle domande giudiziali (*caveats*), tenuto conto che le stesse finiscono per paralizzare, in fatto, il potere di disposizione del titolare del diritto, e proprio per tale ragione ne era stata decretata l'illegittimità agli effetti Cedu dalla giurisprudenza scozzese[156]. Il problema è stato risolto, con il *Land Registration (Scotland) Act* 2012, prevedendo (sez. 67) la necessità di un vaglio giudiziale preventivo ai fini dell'iscrizione del *caveat*. Lo stesso dubbio di illegittimità sussiste, come già osservato, in relazione al vigente diritto italiano, che non richiede alcun provvedimento giudiziale che vagli il *fumus boni iuris* della domanda giudiziale ai fini della relativa trascrivibilità (mentre appare insufficiente la mera tutela risarcitoria prevista dall'art. 96 c.p.c.).

La Commissione scozzese ha, infine, esaminato la disciplina pubblicitaria alla luce dell'art. 8 Cedu, che sancisce il «diritto al rispetto della vita privata»; si è ritenuto che tale diritto non sia leso dalla esibizione al pubblico dell'«indice dei proprietari», in quanto misura ritenuta proporzionata in vista dell'obiettivo, tra l'altro, del benessere economico del paese, considerata anche l'utilità di tale indice per i creditori del proprietario[157]. *Mutatis mutandis*, lo stesso ragionamento – e per altro verso gli stessi dubbi, come si dirà – possono essere riferiti alla disciplina italiana: come è noto – e come si dirà meglio nel prosieguo – il sistema italiano della pubblicità immobiliare è impostato su base personale, e chiunque può venire a conoscenza dell'intera consistenza patrimoniale di un determinato soggetto senza dover giustificare tale ricerca con uno specifico interesse patrimoniale. Tanto piú a

[154] Scottish Law Commission, *Discussion Paper on Land Registration. Void and Voidable Titles*, Edimburgh, 2004, p. 59 ss.

[155] Scottish Law Commission, *Discussion Paper on Land Registration: Miscellaneous Issues*, cit., p. 79 ss.

[156] Cfr. Outer House, Court of Session, *Karl Construction Limited v. Palisade Properties Plc*, 14 gennaio 2002, in *http://www.scotcourts.gov.uk*. Sul tema v. Scottish Law Commission, *Report on Land Registration*, I, cit., p. 315 ss.

[157] Scottish Law Commission, *Discussion Paper on Land Registration. Registration, Rectification and Indemnity*, Edimburgh, 2005, p. 16 ss.

séguito dell'informatizzazione dei registri immobiliari, e della possibilità di accedere telematicamente alle relative risultanze senza l'intermediazione del conservatore.

12. Alcune sentenze della Corte di Strasburgo, pronunciate proprio nei confronti dello Stato italiano, offrono l'occasione per verificare l'incidenza sui princípi della trascrizione delle violazioni del principio di legalità da parte della pubblica amministrazione, in tutti i casi in cui la stessa amministrazione risulti interessata all'esecuzione della trascrizione, ed in particolare sia obbligata alla relativa attuazione, od onerata della stessa.

Si può partire dalle note decisioni «Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia» e «Carbonara e Ventura c. Italia», con le quali la Corte ha ritenuto *incompatibile con il principio di proporzionalità* – agli effetti dell'art. 1, Prot. n. 1, annesso alla Cedu – *la disciplina nazionale che consenta alla pubblica amministrazione di trarre beneficio da una situazione illegale che essa stessa ha determinato o concorso a determinare*[158]. Nel caso «Beyeler c. Italia», poi, è stata ritenuta sproporzionata l'ingerenza nel diritto di proprietà privata di un bene sottoposto a vincolo culturale, e quindi la pretesa dello Stato italiano di far valere la nullità dell'atto di vendita di tale bene in assenza di notifica all'amministrazione dei beni culturali, in un caso in cui quest'ultima era stata a lungo inerte, avendo atteso diversi anni prima di far valere il vincolo[159].

Sulla base dei suesposti princípi, deve allora ritenersi che sia «gravemente sproporzionata», e quindi contraria all'art. 1, Prot. n. 1, l'ingerenza nel diritto di proprietà privata di un *immobile gravato da vin-*

[158] Corte e.d.u., 30 maggio 2000, n. 31524, Belvedere Alberghiera c. Italia, in *Corr. giur.*, 2001, p. 460, e Corte e.d.u., 30 maggio 2000, Carbonara e Ventura c. Italia, *ivi*, p. 464. Nel medesimo senso, a proposito della c.d. occupazione usurpativa, v. Corte e.d.u., 12 gennaio 2006, n. 14793, Sciarrotta c. Italia, § 71, in *Giur. it.*, 2006, p. 1045; Corte e.d.u, 26 ottobre 2006, Ippoliti c. Italia, § 29; Corte e.d.u., 19 ottobre 2006, Gautieri c. Italia, § 53; Corte e.d.u., 20 aprile 2006, Sciscio c. Italia, § 78 ss.; Corte e.d.u., 8 dicembre 2005, Guiso-Gallisay c. Italia, § 87 ss.; e, con riferimento alla c.d. confisca urbanistica, Corte e.d.u., 20 gennaio 2009, Sud Fondi e altri c. Italia, cit.

Quanto a dottrina e giurisprudenza italiane – a proposito dei riflessi della lunga inerzia della p.a., che abbia ingenerato affidamento nei soggetti privati, sul funzionamento del principio di legalità e, quindi, sulla possibilità di far valere una situazione illecita nei confronti dei terzi di buona fede – cfr. P. Otranto, *Decorso del tempo e tutela dalla sanzione urbanistica: il Consiglio di Stato arricchisce la casistica* (nota a Cons. Stato, 29 maggio 2006, n. 3270), in *Riv. giur. edil.*, 2007, p. 592.

[159] Corte e.d.u., 5 gennaio 2000, n. 33202, Beyeler c. Italia, in *Foro it.*, 2000, IV, c. 97, ed in *Giornale dir. amm.*, 2000, p. 779.

colo culturale, nel caso in cui la pubblica amministrazione abbia omesso di trascrivere il medesimo vincolo culturale, e poi pretenda di opporlo ancorché non trascritto (facendo valere le relative conseguenze sulla validità degli atti intermedi compiuti) *al terzo subacquirente di buona fede*. La trascrizione dei vincoli è infatti attività doverosa per la p.a.[160]; sarebbe perciò irragionevole, e non conforme al principio di proporzionalità, una interpretazione che facesse prevalere sulla posizione del terzo subacquirente quella della pubblica amministrazione inerte, la quale cosí finirebbe con il ricavare un vantaggio dalla violazione dei propri doveri. Sulla base del *canone di interpretazione conforme* alla Cedu ed alla Costituzione, e tenendo conto quindi della prevalenza – piú volte affermata dalla giurisprudenza – dei diritti fondamentali su interessi pubblici, anche di rilevante portata, appare di conseguenza agevole concludere – superando ogni residua perplessità sul punto – che *la trascrizione del vincolo culturale ha natura ed effetti di pubblicità dichiarativa*[161].

Per le stesse ragioni, i princípi come sopra enucleati contribuiscono a risolvere, su un piano piú generale, il problema dell'*efficacia della trascrizione dei vincoli pubblicistici*, eseguita a norma dell'art. 2645 *quater* c.c.[162], a cui i primi commentatori appaiono propensi ad assegnare natura di pubblicità notizia[163]. La legge però, nel momento in cui impone

[160] L'obbligo di trascrizione a carico della p.a. era già contemplato dall'art. 71, l. 1 giugno 1939, n. 1089, anche per i vincoli anteriori a detta legge. V. oggi gli artt. 15, comma 2, e 47, comma 2, d.lg. 22 gennaio 2004, n. 42, ove la precisazione che «[o]ve si tratti di cose soggette a pubblicità immobiliare o mobiliare, il provvedimento di dichiarazione è trascritto, su richiesta del soprintendente, nei relativi registri ed ha efficacia nei confronti di ogni successivo proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo».

[161] In tal senso è la giurisprudenza ormai costante: v., tra le sentenze piú recenti, Cons. Stato, 3 aprile 1992, n. 226, in *Riv. giur. edilizia*, 1992, I, p. 638, ed in *Giur. it.*, 1992, III, 1, c. 947; Cons. Stato, 9 gennaio 1997, n. 3, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Antichità*, n. 36; Cons. Stato, 16 novembre 2000 n. 6134, *ivi*, 2001, voce *Beni culturali, paesaggistici e ambientali*, n. 107; Cons. Stato, 7 novembre 2002, n. 6067, *ivi*, 2003, voce cit., n. 103; Cons. Stato, 9 giugno 2005, n. 3041, *ivi*, 2006, voce cit., n. 127; Cons. Stato, 9 ottobre 2007, n. 5296, *ivi*, 2008, voce cit., n. 107; Cons. Stato, 13 luglio 2009, n. 4390, *ivi*, 2010, voce cit., n. 91. In dottrina, cfr. M.E. Poggi, *La circolazione dei beni culturali di proprietà privata*, in *Contr. impr.*, 1986, p. 406 ss.; G. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 52.

[162] Introdotto dall'art. 6, comma 5 *quaterdecies*, d.l. 2 marzo 2012, n. 16, come modificato dalla l. di conversione 26 aprile 2012, n. 44.

[163] In tal senso (sulla base della mancata indicazione nell'art. 2645 *quater* degli effetti della trascrizione, ma anche della natura pubblica dell'interesse per il cui soddisfacimento il vincolo è imposto), v. F. Gazzoni, *Trattato della trascrizione*, II, Torino, 2012, p. 228 ss.; B. Mastropietro, *La trascrizione degli atti costitutivi di vincoli pub-*

l'obbligo di trascrivere gli atti costitutivi dei suddetti vincoli (generalmente preordinati all'ottenimento di contributi pubblici, agevolazioni, provvedimenti autorizzativi o concessori, ecc.)[164], determina anche, in capo all'ente pubblico, l'insorgenza dell'obbligo di verificarne l'esecuzione. *Non sembra ragionevole che la p.a. – la quale abbia concesso contributi, agevolazioni e provvedimenti senza aver verificato la previa trascrizione del vincolo – possa giovarsi di tale negligente comportamento al fine di opporre il vincolo non trascritto ai terzi subacquirenti*: come già detto a proposito dei vincoli culturali, ciò si tradurrebbe in una ingerenza sproporzionata nel diritto di proprietà dei terzi acquirenti, protetti dalla Cedu, i quali – a fronte di una previsione come quella dell'art. 2645 *quater* c.c. – hanno diritto di fare affidamento sulle risultanze (negative) dei registri immobiliari. Ecco perché anche in questo caso il *ragionevole bilanciamento tra l'interesse pubblico* soddisfatto dal vincolo e l'*affidamento del terzo subacquirente* nella pienezza del proprio diritto di proprietà non può che condurre alla prevalenza di quest'ultimo, ogni qualvolta il vincolo non sia stato trascritto: attribuendo cosí alla trascrizione *ex* art. 2645 *quater* natura ed effetti di *pubblicità dichiarativa*. Conformemente, del resto, a quella che appare una linea di tendenza piú generale del sistema italiano di pubblicità immobiliare, nel quale la trascrizione ha il ruolo precipuo di dirimere conflitti circolatori, e la relativa esecuzione è quindi essenziale al fine di opporre l'atto trascritto ai terzi, «*salvo che dalla legge risulti che la trascrizione non è richiesta o è richiesta a effetti diversi*» (art. 2645 c.c.)[165].

13. Una ingerenza nel diritto di proprietà è possibile e legittima, in base all'art, 1, Prot. n. 1, annesso alla Cedu, solo se conforme al *principio di legalità*. Questo vale per qualsiasi ingerenza, quindi anche per la «regolamentazione dell'uso dei beni» (*ex* art. 1, comma 2, Prot., ove si fa espresso riferimento alla disciplina dell'uso da parte della «legge»)[166].

blici, in *Rass. dir. civ*., 2012, p. 932; Id., *Il nuovo art. 2645*-quater *c.c. in materia di trascrizione di vincoli pubblici*, in *Notariato*, 2012, p. 709; E. Smaniotto, *Il nuovo articolo 2645*-quater *c.c. sulla trascrizione di atti costitutivi di vincolo*, in *Vita not*., 2012, p. 1649. R. Scuccimarra, *L'art. 2645*-quater *codice civile: prime riflessioni*, in *Imm. propr.*, 2012, p. 583.

[164] Cfr. sul punto G. Petrelli, *Trascrizione immobiliare e legislazione regionale*, in *Riv. not*., 2009, p. 741 ss.

[165] Sulla «dichiaratività» come effetto di *default* della trascrizione immobiliare, cfr. G. Petrelli, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 379 ss., spec. p. 388 ss.

[166] Corte e.d.u., 23 novembre 2000, n. 25701, Ex re di Grecia c. Grecia, § 79 ss., cit.

A tal fine si richiede, innanzitutto, che le norme giuridiche sulla base delle quali l'ingerenza ha luogo siano chiare, accessibili e prevedibili[167]. Soprattutto però, per quanto qui interessa, gli Stati hanno l'obbligo di approntare adeguate *garanzie procedurali* a tutela dei diritti di proprietà[168]: la Corte di Strasburgo richiede, in particolare, che il rispetto dei diritti fondamentali sia assicurato mediante la predisposizione di «*procedure ragionevolmente celeri, condotte avanti apparati quanto piú possibile indipendenti e imparziali, e aperti alla partecipazione dei soggetti interessati*»[169]. In tal modo la tutela sostanziale dei diritti si confonde in qualche modo con la garanzia del «giusto procedimento» (il *due process of law* della tradizione anglosassone e statunitense)[170], e la disciplina dell'art. 1 del primo Protocollo incrocia quella dettata dall'art. 6, primo periodo, Cedu (diritto ad un giusto processo)[171]. Si tratta di un principio che la Corte ritiene *immanente all'intera convenzione*, ed applicabile anche ai procedimenti amministrativi: ad esso si attribuisce

[167] Cfr. tra le altre Corte e.d.u., 8 luglio 1986, n. 103, Lithgow e altri c. Regno Unito, § 110, in *Dir. uomo lib. fond.*, 2006, p. 734; Corte e.d.u., 22 settembre 1994, n. 296, Hentrich c. Francia, § 42, *ivi*, p. 275. In dottrina, v. R. Conti, *Diritto di proprietà e CEDU*, cit., p. 110.

[168] Corte e.d.u., 5 febbraio 2009, Vontas c. Grecia, § 35 ss. («*in the context of Article 1 of Protocol N° 1, the Court has held that the States are under a positive obligation to provide judicial procedures that offer the necessary procedural guarantees* […] *This means in particular that Article 1 of Protocol N° 1 implies that any interference with the peaceful enjoyment of possessions must be accompanied by procedural guarantees* […] *In ascertaining whether this condition has been satisfied, a comprehensive view must be taken of the applicable judicial and administrative procedures*»); Corte e.d.u., 21 maggio 2002, Jokela c. Finlandia, § 45 («*Although Article 1 of Protocol N° 1 contains no explicit procedural requireents, the proceedings at issue must also afford the individual a reasonable opportunity of putting his or her case to the responsible authorities for the purpose of effectively challenging the measures interfering with the rights guaranteed by this provision*»); Corte e.d.u., 22 settembre 1994, n. 296, Hentrich c. Francia, §§ 49 e 53 ss., cit.; Corte e.d.u., 24 ottobre 1986, n. 108, Agosi c. Regno Unito, § 55, in *Dir. uomo lib. fond.*, 2006, p. 759.

[169] Corte e.d.u., 20 marzo 2007, Tysiac c. Polonia, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p. 945, con nota di D. Bevilacqua, *Tutela dei diritti umani e giusto procedimento: le garanzie dei princípi generali nati dalla composizione di piú ordinamenti.*

[170] Sui princípi del giusto processo, cfr. di recente S. Chiarloni, *Giusto processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II, 1, Milano, 2008, p. 403.

[171] Art. 6 – Diritto a un equo processo.

«Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti».

funzione interpretativa, trattandosi di un principio generale diffuso in tutta l'area giuridica europea[172].

Occorre, a questo punto, interrogarsi – in assenza di precedenti giurisprudenziali che specificamente abbiano esaminato la pubblicità immobiliare nell'ottica appena esposta – su quale sia la valenza della *due process of law clause* nell'ordinamento della pubblicità legale, in particolare nei *casi in cui alla pubblicità è ricollegato un effetto potenzialmente 'privativo' di diritti soggettivi*: il pensiero corre alle norme in materia di pubblicità immobiliare che attribuiscono all'attuazione della formalità pubblicitaria un effetto in varia misura 'sanante'; al quale corrisponde, specularmente, la perdita del relativo diritto in capo a determinati soggetti (es., perdita del diritto a far valere l'invalidità di un atto, in via generalizzata o nei confronti di determinati soggetti in buona fede). Non sembra dubbio, alla luce di quanto già chiarito, che l'ordinamento debba garantire la *legalità del procedimento che conduce all'attuazione della pubblicità*: in assenza di tali garanzie procedurali, non potrebbe ritenersi conforme al principio di legalità la «regolamentazione dell'uso dei beni» dettata dalle legislazioni nazionali in materia di pubblicità legale. L'obiettivo può essere, peraltro, conseguito non solo mediante attribuzione di poteri-doveri di controllo ad una autorità giudiziaria o amministrativa, ma anche (come ha dimostrato in Italia l'esperienza della soppressione delle *omologazioni* degli atti societari[173]) mediante l'intervento di un *pubblico ufficiale esterno ri-*

[172] Corte e.d.u., 25 giugno 1996, n. 19776, Amuur c. Francia, § 50, in *Dir. uomo lib. fond.*, 2006, p. 468; Corte e.d.u., 30 maggio 2000, n. 31524, Belvedere Alberghiera c. Italia, § 63, in *Corr. giur.*, 2001, p. 460.

[173] Esiste un'ampia letteratura giuridica sul punto: v. tra gli altri Aa.Vv., *Statuti societari e controllo di legalità*, Torino, 2002; M. Maceroni, *L'omologazione e i controlli* ex ante *sugli atti societari*, Padova, 2002; N. Riccardelli (a cura di), *Il controllo sugli atti societari e la legge n. 340/2000*, Torino, 2002; V. Panzironi, *L'omologazione degli atti sociali. La nuova competenza notarile*, Milano, 2002; A. Viscusi, *Il nuovo sistema dei controlli sugli atti societari*, Napoli, 2002; A. Paciello (a cura di), *Il controllo notarile sugli atti societari*, Milano, 2001; A. Pavone La Rosa, *Il controllo degli atti societari per l'iscrizione nel registro delle imprese*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Schlesinger*, IV, Milano, 2004, p. 2939; F. Di Sabato, *Il nuovo controllo degli atti societari soggetti ad iscrizione nel reg. imprese*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, I, p. 109; M. Sciuto, *Forma pubblica, controllo di legalità e condizioni di iscrivibilità nella costituzione delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 1212; M. Notari, *La riforma dell'omologazione degli atti societari*, *ivi*, p. 993; B. Libonati, *Il controllo notarile sugli atti societari: spunti per una ricostruzione sistematica*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, p. 187; S. Fortunato, *Dall'omologazione alla verifica notarile*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 539; A. Albanese, *La verifica notarile di legalità sulle società: primi problemi interpretativi*, in *Contr. impr.*, 2001, p. 791; M. Stella Richter Jr., *Considerazioni ge-*

spetto alla pubblica amministrazione, qual è il *notaio*. Anche nell'ordinamento italiano, l'*attuazione della trascrizione immobiliare* può condurre, come si è visto, alla perdita del diritto di proprietà dopo un determinato periodo di tempo (cfr. l'art. 2652, nn. 6 ss., c.c.); le *garanzie procedurali rappresentate dal controllo di legalità da eseguirsi da parte del notaio e del conservatore* – volte a verificare l'identità personale, la capacità e la legittimazione delle parti, la legalità del contenuto dell'atto da trascrivere, la ricomprensione dell'atto nel catalogo di quelli soggetti a trascrizione, la conformità tra l'atto pubblicato e la nota di trascrizione – sono quindi essenziali in quanto, riducendo al minimo il rischio di perdita illegittima del diritto da parte del titolare, consentono di ritenere realizzata l'esigenza di proporzionalità, centrale nello spirito della Convenzione. In mancanza di tali controlli, al contrario, la perdita del diritto che conseguirebbe alle previsioni dell'art. 2652, nn. 6 ss., c.c., dovrebbe considerarsi *illegale* e quindi contraria, oltre che all'art. 6 della Cedu, all'art. 1 del primo Protocollo. Ne consegue, ed è punto della massima rilevanza, che le norme interne che disciplinano i controlli da eseguirsi ad opera del notaio e del conservatore devono essere oggi *interpretate in modo conforme* alla Cedu, con deciso e definitivo *superamento degli orientamenti che continuano ad affermare un ruolo meramente passivo del conservatore, ed il carattere meramente formale del relativo controllo*[174]. Per altro verso, invece, suscitano consistenti *dubbi di legittimità* – alla luce della Cedu, ma anche dei princípi costituzionali – le norme che disciplinano la trascrizione degli acquisti *mortis causa*, e che consentono la relativa esecuzione senza alcuna *verifica preliminare riguardo alla delazione successoria da parte di un'autorità pubblica*[175].

Sul piano procedurale, la Corte di Strasburgo ha avuto modo di affermare espressamente che il *diritto ad ottenere la pubblicità legale* rappresenta una garanzia fondamentale ai fini della «effettività del diritto di proprietà», e che quindi la *lunghezza eccessiva del procedimento pubblicitario* contrasta con l'art. 6, par. 1, Cedu, nonché, in as-

nerali sulla riforma delle omologazioni societarie, in *Riv. not.*, 2001, p. 279; U. Morera, *Dall'"omologazione" del Tribunale all'"omologazione" del notaio: prime riflessioni sull'art. 32, legge 340/2000*, *ivi*, p. 295; P. Revigliono, *Il controllo di iscrivibilità sugli atti societari: profili sostanziali e procedimentali*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 1443.

[174] In senso critico sul fondamento attuale di tali orientamenti G. Petrelli, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare*, cit., p. 726 ss.

[175] Sulla questione v. G. Petrelli, *Sulla sicurezza degli acquisti da eredi e donatari*, cit., p. 211 ss.

senza di adeguato rimedio nel diritto interno, con l'art. 13 della medesima Convenzione[176].

Sempre nell'ottica della legalità procedurale, è stato infine affrontato il problema della legittimità ai fini Cedu dell'iscrizione o *trascrizione di domande giudiziali infondate*, in assenza di un previo filtro giudiziale: è stata ventilata, sul punto, l'illegittimità delle norme nazionali che tale possibilità ammettano, nella misura in cui la pubblicità cosí realizzata rischia di paralizzare, di fatto, il potere di disposizione del proprietario, senza una adeguata garanzia di legalità[177].

Anche le problematiche della *protezione dei dati personali* devono essere risolte tenendo conto delle norme e dei princípi della Cedu. L'art. 8 di detta Convenzione (come l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) sancisce il diritto al rispetto della vita privata[178]. L'art. 8, n. 1, della Carta, sancisce il diritto alla protezione dei dati di carattere personale. Secondo la Corte di Giustizia, detto diritto comprende qualsiasi informazione riferita ad una persona, comprese quindi quelle di natura patrimoniale[179]. Considerato che la normativa italiana in materia di *privacy* costituisce attuazione della dir. 1995/46/CE (e deve essere; oltretutto, interpretata in modo conforme alla Cedu), deve ritenersi che essa abbia rango prevalente rispetto a quella codicistica in materia di trascrizione. I *riflessi della disciplina di protezione dei dati personali sul regime della pubblicità immobiliare* sono notevoli, e non sono stati finora oggetto di alcun approfondimento da parte di dottrina e giurisprudenza. A mero titolo esemplificativo, si pone il problema della liceità, alla luce della Cedu, dell'accesso ai registri immobiliari, impostati su base personale, da parte di «chiunque» (art. 2673 c.c.), senza dover giustificare un interesse di natura patrimoniale; con possibilità, accresciute anche dall'accessibilità per via telematica, di richieste di pubblicità in massa e indiscriminate, per finalità anche estranee a quelle istituzionali della pubblicità immobiliari (si pensi ad inchieste giornalistiche, ricerche finalizzate ad indivi-

[176] Corte e.d.u., 1 giugno 2006, Buj c. Croazia, § 19.

[177] Scottish Law Commission, *Report on Land Registration*, cit., p. 315 ss.

[178] «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

[179] Corte giust., 9 novembre 2010, c. 92/09 e c. 93/09, Volker und Markus Schecke e Eifert, punto 52.

duare l'origine etnica dei proprietari in una determinata zona, ecc.). Vi è poi la questione della «tipicità» del contenuto delle note e dei registri: con conseguente divieto, sulla base dei princípi di necessità e non eccedenza rispetto ai fini istituzionali della pubblicità legale, di inserire nelle note dati diversi da quelli previsti dalla legge, ed il connesso problema del potere-dovere di rifiuto del conservatore in caso di violazione. Ancóra, vi è il problema dell'accesso ai titoli (attualmente consentito solo mediante l'intermediazione del conservatore, e non per via telematica), e delle possibili restrizioni a tale accesso (peraltro non regolamentate dalle vigenti norme di legge), a salvaguardia degli eventuali dati sensibili e giudiziari contenuti nei titoli stessi. È sufficiente questa sommaria rassegna di problemi aperti per evidenziare quanto la normativa italiana sia sul punto gravemente lacunosa ed insufficiente[180]; il rischio è che la stessa venga presto giudicata illegittima alla luce delle previsioni della Cedu e del diritto comunitario.

14. La Corte di Strasburgo ha avuto modo, in diverse occasioni, di pronunciarsi in relazione a fattispecie di acquisto *a non domino* del diritto di proprietà, in correlazione ai profili della pubblicità legale, inquadrando tali ipotesi nella «regolamentazione dell'uso dei beni» prevista dall'art. 1, comma 2, del primo Protocollo annesso alla Cedu. È molto importante, a tal proposito, la decisione della Grande Camera del 30 agosto 2007 nel caso «J.A. Pye Ltd. (Oxford) e J.A. Pye (Oxford) Land Ltd. c. Regno Unito»[181]. In tale circostanza la Corte di Strasburgo ha affermato che l'*usucapione* (*adverse possession*), ancorché dia luogo alla privazione della proprietà senza indennizzo a favore del possessore, non lede l'art. 1, Prot. n. 1, annesso alla Convenzione, in

[180] Il d.lg. 30 giugno 2003, n. 196 si limita, all'art. 66, comma 2, a qualificare come di «rilevante interesse pubblico» l'attività diretta alla conservazione dei registri immobiliari. Con riferimento al trattamento dei dati sensibili, è stato poi emanato il Provvedimento del direttore dell'Agenzia del territorio in data 30 aprile 2008 (comunicato in data 15 maggio 2008, in G.U. n. 113 del 15 maggio 2008), il cui contenuto è peraltro estremamente generico.

[181] Sulla quale v., nella dottrina italiana, S. Patti, *Perdita del diritto a séguito di usucapione e indennità (alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo)*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 663 (il quale commentava, peraltro, la decisione della IV sezione della Corte del 15 novembre 2005, poi riformata dalla Grande Camera con decisione del 30 agosto 2007); A. Gambaro, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà*, *ivi*, 2010, II, p. 123. Nella letteratura di lingua inglese, v. S. Panesar, J. Wood, *Adverse Possession and Article 1 of the European Convention*, in *Liverpool Law Review*, 2009, p. 77. Quanto alla giurisprudenza inglese, v. anche House of Lords, *Ofulue v. Bossert*, 11 marzo 2009, in *http://www.publications.parliament.uk*.

quanto si concretizza non già in una privazione della proprietà disposta con una misura specifica, bensí in una «regolamentazione dell'uso dei beni», disposta dal diritto immobiliare «comune» nell'*interesse generale* alla certezza delle situazioni giuridiche; regolamentazione che proprio per tale ragione è consentita alle autorità nazionali, e rimessa alla loro valutazione (in base alla teoria del margine di apprezzamento[182]), purché sia *conforme al principio di proporzionalità*, e realizzi quindi un *giusto equilibrio tra l'interesse generale e il diritto di proprietà del privato*. Questa esigenza di proporzionalità è stata considerata soddisfatta in considerazione, da un lato, del notevole lasso di tempo (dodici anni) entro il quale l'avente diritto avrebbe potuto, in base al diritto inglese, agire a tutela delle sue ragioni; dall'altro, del fatto che l'onere del proprietario di compiere atti interruttivi dell'usucapione non era particolarmente gravoso. Del resto, la proprietà in oggetto era, all'epoca dei fatti (prima, cioè, dell'entrata in vigore del *Land Registration Act 2002*), *unregistered*, e di conseguenza – in assenza di una pubblicità avente effetti di *conclusiveness* – l'usucapione assolveva alla funzione fondamentale di attribuire certezza alla proprietà, nell'interesse generale.

È proprio tale *interesse generale*, a ben vedere, la chiave di volta al fine di risolvere affermativamente la questione della legittimità ai fini Cedu dell'usucapione; mentre opposta dovrebbe essere la conclusione ove si ritenesse che le norme sull'usucapione risolvono solamente un conflitto di interessi tra due soggetti privati, il titolare inerte del diritto e il possessore[183].

La conclusione avrebbe dovuto essere, probabilmente, diversa, anche nell'ipotesi in cui il fondo fosse stato registrato, ossia iscritto nei registri immobiliari a nome di un determinato soggetto con effetti di pubblica fede (come avviene oggi in Inghilterra sotto il *Land Registration Act* 2002[184], e come avviene ad esempio in Germania, a norma del § 892 BGB): in quel caso sarebbe venuta meno la funzione «at-

[182] La Corte di Strasburgo, nella decisione del 30 agosto 2007, § 67 ss., riconosce un ampio margine agli Stati nell'individuazione dell'interesse generale a fondamento della *adverse possession* (in considerazione anche del fatto che si tratta di una «branca del diritto complessa e ancestrale che disciplina materie di diritto privato»).

[183] In tal senso S. Patti, *Perdita del diritto a séguito di usucapione e indennità*, cit., p. 664.

[184] In Inghilterra la *registration*, eseguita a séguito di un penetrante controllo di legalità da parte del *Registrar*, determina l'acquisto della titolarità del diritto a prescindere dalla validità del titolo che si iscrive (sezz. 27 e 58 LRA). Non sono previste eccezioni a tale efficacia letterale dell'iscrizione, salva – nei casi di frode da parte dell'acquirente – la rettifica del registro su ordine del giudice (*Schedule* 4).

tributrice di certezza» dell'usucapione, e con essa l'interesse generale che sorregge l'istituto (in assenza di indennizzo al precedente proprietario), a norma dell'art. 1, comma 2, Prot. n. 1.

Nel *sistema codicistico italiano*, un problema di illegittimità dell'usucapione nell'ottica Cedu allo stato attuale non si pone, posto che la trascrizione è mera pubblicità di atti e non di diritti, e come tale non è idonea di per sé a costituire prova della proprietà, ed attribuire quindi *certezza* alla relativa titolarità: unico strumento idoneo a tal fine è, effettivamente, l'usucapione[185], la cui legittimità poggia quindi su solide basi. Diverso è, invece, il discorso per quanto riguarda il *regime tavolare*: l'intavolazione è munita, come è noto, di pubblica fede (art. 5, r.d. n. 499 del 1929; artt. 28 e 63 ss., l. tav. allegata), ed un sistema normativo cosí congegnato è idoneo a dare certezza riguardo alle situazioni proprietarie (prescindendo dall'elemento del possesso). In tale contesto, l'usucapione «extratavolare» sembrerebbe assolvere quindi unicamente alla funzione di risolvere un conflitto tra due soggetti privati: non rinvenendosi né un interesse generale, né uno scopo di pubblica utilità a fondamento dell'istituto[186], la privazione della proprietà che ne deriva è quindi, probabilmente *illegittima* agli effetti dell'art. 1, Prot. n. 1, Cedu.

15. Si discorre di «pubblica fede» della pubblicità immobiliare, come già evidenziato, ogni qualvolta la legge qualifichi le risultanze dei re-

[185] Nell'ordinamento italiano, il fondamento dell'istituto dell'usucapione viene generalmente rinvenuto nell'esigenza di facilitare la *prova del diritto di proprietà* nel giudizio di rivendicazione. L'applicazione rigorosa dei princípi propri degli acquisti a titolo derivativo (*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habeat*; *resoluto iure dantis*, *resolvitur et ius accipientis*) comporterebbe l'esigenza teorica di risalire all'infinito nella catena dei trasferimenti del dominio, ogni qualvolta si voglia essere certi della titolarità della proprietà in capo all'alienante, e dell'inesistenza di diritti reali limitati o vincoli pregiudizievoli a detta proprietà. L'istituto dell'usucapione, con l'efficacia preclusiva che gli è propria (A. Falzea, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 500 ss., ed *ivi*, nota 117), ha, allora, la precipua finalità di dare *certezza* alla proprietà e quindi *sicurezza* alla *circolazione giuridica*: *Rel. Re*, n. 1074; L. Mengoni, *Gli acquisti* "a non domino", cit., p. 90 ss., S. Ruperto, *L'usucapione*, Milano, 1992, p. 11; R. Caterina, Impium praesidium. *Le ragioni a favore e contro l'usucapione*, Milano, 2001, pp. 12 ss. e 21 ss. L'usucapione rappresenta quindi, per comune ammissione, l'unico strumento sul quale è possibile fondare la stabilità della proprietà, e superare l'incertezza derivante dall'imperfezione della disciplina della trascrizione immobiliare: F.S. Gentile, *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959, p. 36 ss.

[186] A meno di ravvisare un autonomo interesse generale nell'obiettivo di far coincidere le situazioni possessorie (di fatto) con quelle (formali) quali appaiono dai pubblici registri.

gistri come «esatte» e «complete» nei confronti dei terzi acquirenti di buona fede. Le legislazioni positive conoscono diverse soluzioni (variamente etichettate come *öffentliche Glaube*, *Vertrauensschutz*, *indefeasibility*, *conclusiveness*): tutte, sia pure in misura quantitativamente diversa, sono volte a tutelare l'affidamento dei terzi nelle risultanze dei suddetti registri[187]. Si è visto che anche la disciplina dettata dall'art. 2652, nn. 6 ss., del Codice civile italiano, può essere ricondotta – sia pure con le limitazioni oggettive che la caratterizzano – a tale fenomeno.

Questo tipo di effetto ha formato oggetto di alcune interessanti pronunce della Corte di Strasburgo, oltre che da parte di alcune giurisdizioni nazionali[188], in relazione alla protezione del diritto di pro-

[187] Agli effetti della Cedu, la *valorizzazione del principio di affidamento* – che costituisce il perno su cui si fonda la protezione della pubblica fede – non è circoscritta al settore della pubblicità immobiliare, come si evince anche dalla posizione assunta dalla Corte di Strasburgo riguardo alla dottrina *ultra vires*, e quindi alla sorte degli atti compiuti dal rappresentante di un ente morale al di là dei poteri allo stesso spettanti in base allo statuto dell'ente. La suddetta dottrina, in quanto applicata nei confronti di un soggetto privato che aveva acquistato un diritto da un ente pubblico, è stata *ritenuta in contrasto con l'art. 1 del primo Protocollo annesso alla Cedu*, in quanto dà luogo ad un'interferenza sproporzionata nel diritto di proprietà (e nella legittima aspettativa dell'acquirente). In questo caso la Corte (24 giugno 2003, Stretch c. Regno Unito, § 32 ss.) ha ritenuto «ragionevole» la legittima aspettativa del terzo all'acquisto (*legitimate expectation*), fondata sull'affidamento riposto dal terzo nell'esistenza dei necessari poteri in capo a chi aveva agito in rappresentanza dell'ente, e di conseguenza l'assenza di adeguato indennizzo a fronte della perdita del diritto di proprietà (acquistato a titolo oneroso) ha determinato violazione del principio di proporzionalità e assenza dell'equo bilanciamento tra l'interesse generale (protetto dalla regola dell'*ultra vires*) e l'interesse del singolo. In armonia con tale decisione, può ritenersi che la *salvezza degli acquisti compiuti da terzi in buona fede* sulla base di un *ragionevole affidamento* (indotto dalla *pubblicità legale*) sia senz'altro *coerente con il principio di proporzionalità* sancito dall'art. 1 del primo Protocollo; e che, al contrario, *una soluzione che facesse prevalere limiti «occulti» al diritto di proprietà – senza garantire al terzo acquirente di buona fede l'acquisto o almeno un adeguato indennizzo – sarebbe contraria al suddetto art. 1 del primo Protocollo annesso alla Cedu*.

[188] In particolare, la giurisprudenza inglese ha avuto modo, almeno in due occasioni, di affermare la legittimità, alla luce dello *Human Rights Act* 1998 (cha ha recepito la Cedu nel Regno Unito) di affermare la legittimità delle previsioni del *Land Registration Act* 1925 che impedivano di ottenere – a danno del terzo acquirente di buona fede – la *rectification* di una iscrizione erronea, ravvisandovi una misura adottata nell'interesse generale al rafforzamento della sicurezza giuridica nascente dalla *registration* (*for the legitimate aim in the public interest of enhancing the land registration system*) [Corte e.d.u., 19 gennaio 2001, Kingsalton Ltd. & Anor v. Thames Water Developmets Ltd. & Ors; Corte e.d.u., 22 febbraio 2002, Malory Enterprises Ltd. v. Cheshire Homes (UK) Ltd. & Ors].

prietà assicurata dall'art. 1, Prot. n. 1, annesso alla Cedu. In una nutrita serie di decisioni, la Corte europea ha affermato che, in presenza di un *acquisto effettuato in buona fede facendo affidamento sulle risultanze dei registri fondiari*, fosse in violazione del diritto al rispetto dei beni, *ex* art. 1, Prot. n. 1, la normativa nazionale che determinava la privazione del diritto di proprietà, senza indennizzo, facendo valere – magari a notevole distanza di tempo – la *natura demaniale dell'immobile* (fino ad allora occulta). Si è ritenuto quindi che in questi casi la normativa interna abbia determinato un'interferenza sproporzionata nel diritto di proprietà privata, per assenza del giusto equilibrio previsto dall'art. 1, Prot. n. 1[189] (in assenza di circostanze eccezionali che giustificassero il mancato indennizzo a beneficio del soggetto sacrificato). In altre occasioni ancóra, la Corte europea ha avuto modo di evidenziare l'importanza – ai fini del *principio di certezza del diritto* – dei titoli di proprietà, eventualmente risultanti dai *registri immobiliari*, sui quali i proprietari hanno diritto di fare affidamento, pena l'illecita interferenza nel loro diritto di proprietà[190]. Da questa giurisprudenza può evincersi una conclusione generale, riferita alla disciplina della pubblicità legale: *la preesistenza di diritti «occulti», non risultanti dai registri immobiliari, può determinare violazione della Cedu* – pur in presenza di un interesse pubblico, quale la protezione dell'ambiente – *nella misura in cui si traduca in una privazione ingiustificata del diritto per chi lo ha acquistato in buona fede, facendo affidamento sulla «completezza» delle risultanze dei registri*.

In altre ipotesi, si trattava della garanzia di «esattezza» delle risultanze dei registri immobiliari. La Corte di Strasburgo ha ritenuto che a fronte dell'*acquisto in buona fede di un immobile, iscritto nei libri fondiari*, il successivo *annullamento del titolo di acquisto, a notevole distanza di tempo* – nel caso specifico per effetto di un mutamento di giurisprudenza – contrasti con il principio di legalità e, quindi, con la

[189] Corte e.d.u., 13 novembre 2008, Devecioglu c. Turchia, § 33 ss.; Corte e.d.u., 22 luglio 2008, Köktepe c. Turchia, § 82 ss.; Corte e.d.u., 2 giugno 2009, Hacısalihoğlu c. Turchia, § 31 ss.; Corte e.d.u., 8 luglio 2008, Turgut e altri c. Turchia, § 88 ss.; Corte e.d.u., 22 settembre 2009, Ali Taş c. Turchia, § 33 ss.; Corte e.d.u., 10 novembre 2009, Cin e altri c. Turchia, § 29 ss.; Corte e.d.u., 13 dicembre 2011, Malhas c. Turchia, § 87 ss.

[190] Corte e.d.u., 5 febbraio 2009, Vontas c. Grecia, § 41 («*a system of title deeds exists in order to ensure legal certainty as to the ownership of land. Subsequently, these titles can be relied upon by owners as proof that a piece of land belongs to them. The fact that in the present case* […] *the applicants were unable to prove events which took place in the distant past was in the Court's view and in the circumstances of this case contrary to the principle of legal certainty*»).

previsione dell'art. 1, comma 1, seconda parte del primo Protocollo[191]. In questi casi è stata considerata decisiva la contraddittorietà dell'atteggiamento dello Stato che, dopo aver assicurato l'acquisto della proprietà mediante l'iscrizione nei registri fondiari, successivamente e dopo molto tempo aveva preteso di privare l'acquirente del proprio diritto di proprietà. A ben vedere, una situazione non dissimile caratterizza la disciplina contenuta nell'art. 2652, nn. 6 ss., c.c. italiano (e negli artt. 63 ss. l. tav.): l'intervento dello Stato, culminato nella trascrizione del titolo di acquisto della proprietà, unitamente al decorso di un congruo periodo di tempo, ingenera nei terzi acquirenti di buona fede un affidamento legittimo, che non può poi essere pregiudicato, a pena di realizzare un'interferenza sproporzionata, e quindi illegittima ai fini della Cedu, nel diritto di proprietà del terzo acquirente. La normativa italiana, quindi, non soltanto è da ritenersi legittima nell'ottica della Cedu, ma è anzi pienamente conforme al relativo spirito; dovrebbe piuttosto essere considerata illegittima una eventuale disciplina che non tutelasse adeguatamente il terzo acquirente. Da ciò l'esigenza – già evidenziata quando sono stati esaminati i relativi profili di costituzionalità – di *interpretazione estensiva* delle previsioni contenute nell'art. 2652, nn. 6 ss., c.c.

Ben diversa si presenta, invece, la situazione in quegli ordinamenti che fanno conseguire all'iscrizione nei registri immobiliari l'immediato acquisto del diritto (a titolo originario, secondo alcuni), ancorché l'iscrizione sia stata posta in essere (erroneamente) sulla base di un atto invalido o addirittura inesistente. Si tratta della c.d. *immediate indefeasibility*, propria dei sistemi *Torrens*, ed in parte recepita anche dal *Land Registration Act* 2002 inglese: qui la tutela non è limitata al terzo subacquirente, ma si estende addirittura all'acquirente immediato in base a titolo di acquisto invalido, inefficace o inesistente (in assenza di frode). Questa disciplina suscita fondati dubbi di illegittimità ai sensi dell'art. 1 del primo Protocollo, come è stato posto in luce da diversi commentatori[192], in quanto lede in modo sproporzionato, e senza adeguati rimedi sul piano «reale», il diritto del precedente titolare.

[191] Corte e.d.u., 9 gennaio 2007, Fener Rum Erkek Lisesi Vakfi c. Turchia, §§ 45 ss. e 57 ss.

Anche nel caso Günaydin Turizm ve İnşaat Ticaret Anonim Şirketi c. Turchia, del 2 giugno 2009, § 93 ss., l'acquisto della proprietà per effetto dell'iscrizione nel registro fondiario era stato illegittimamente contestato dallo Stato, a notevole distanza di tempo e in violazione dei princípi di legalità e proporzionalità, cosí da essere dichiarato in violazione dell'art. 1, Prot. n. 1.

[192] Cfr., in particolare, P. O' Connor, *Security of Property Rights and Land Title Registration Systems*, cit., p. 183 ss., 188 ss.; L. Griggs, *Possession, Indefeasibility*

Un altro aspetto interessante – che richiama da vicino le previsioni dell'art. 2652, nn. 6 ss., e quelle degli artt. 63 s. l. tav. – è quello della legittimità dei *termini perentori di decadenza*, in quanto imposti in via generalizzata e riguardanti, quindi, anche *soggetti privi della capacità legale di agire*. Avuto riguardo alla normativa austriaca, la Corte europea ha effettuato un *bilanciamento* tra l'esigenza di *tutela del terzo acquirente di buona fede*, in considerazione della quale sono previsti i suddetti termini perentori di decadenza (nella specie si trattava della previsione di un ristretto termine entro il quale impugnare l'aggiudicazione nell'esecuzione forzata), e la contrapposta esigenza di protezione del precedente proprietario legalmente incapace; l'esigenza di proporzionalità si considera però violata solamente quando non sono predisposte dalla legge garanzie procedurali adeguate a beneficio dell'incapace, al fine di poter partecipare alla procedura e difendere le proprie ragioni in giudizio (infrazione all'art. 8, e dell'art. 1 del Protocollo n. 1)[193]. Il che dovrebbe consentire di affermare tranquillamente la legittimità di previsioni – come quelle dell'art. 2652, nn. 6 ss., c.c., o degli artt. 63 ss. l. tav. italiana – che prevedono un diritto di azione a favore dell'incapace e termini di decadenza molto ampi (tre o cinque anni).

In definitiva, dal sistema della Cedu, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, emerge chiaramente l'importanza assegnata – nell'ottica del «rispetto al diritto sui beni» – al *principio di affidamento* (in particolare, nella legittimità dell'agire della pubblica amministrazione) ed alla *tutela della sicurezza dei traffici*, in un'ottica di necessaria *proporzionalità* e di *giusto equilibrio* tra interessi privati ed interesse generale. Princípi ed obiettivi la cui realizzazione – indissolubilmente congiunta con il *principio di legalità* – richiede, nell'àmbito della pubblicità immobiliare, che siano garantite la «completezza» e l'«esattezza» delle risultanze dei registri, ovviamente per quanto possibile e nei limiti consentiti dalla struttura dei singoli sistemi pubblicitari. Le disposizioni legislative interne che disciplinano questi profili devono essere pertanto lette, in ottemperanza all'*obbligo di interpretazione conforme alla Cedu*, in modo da conciliarsi armonicamente con i descritti obiet-

and Human Rights, in *Queensland University of Technology Law & Justice Journal (Qutljj)*, 2008, p. 286; R. Low, L. Griggs, *Immediate Indefeasibility. Is it under Threat?*, in *Australian Property Law Journal*, 2011, p. 222; P. Matthews, *Registered Land, Fraud and Human Rights*, in *L.Q.R.*, 2008, 124(Jul), p. 351; P. O' Connor, *Deferred and Immediate Indefeasibility: Bijural Ambiguity in Registered Land Title Systems*, in *Edimburgh Law Review*, 13, 2009, p. 194.

[193] Corte e.d.u., 16 luglio 2009, Zehentner c. Austria, §§ 62 ss. e 70 ss.

tivi: il che significa da un lato *interpretazione estensiva delle previsioni che individuano le fattispecie trascrivibili e gli effetti «dichiarativi» della trascrizione*; d'altro lato, applicazione del *principio di legalità* (sostanziale e non solo formale) quanto ai *controlli preventivi* imposti al notaio ed al conservatore; e *valorizzazione del ruolo svolto dall'art. 2652, nn. 6 ss., c.c.*, nel sistema odierno della trascrizione immobiliare. Aspetto, quest'ultimo, al quale andrà dedicata una piú ampia ed approfondita indagine.