

# RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

FONDATA E RETTA DA

WALTER BIGIAVI E ALBERTO TRABUCCHI  
(1955-1968) (1968-1998)

COMITATO DI DIREZIONE

C. MASSIMO BIANCA FRANCESCO D. BUSNELLI  
GIORGIO CIAN ANGELO FALZEA ANTONIO GAMBARO  
NATALINO IRTI GIUSEPPE B. PORTALE  
ANDREA PROTO PISANI PIETRO RESCIGNO  
RODOLFO SACCO VINCENZO SCALISI PIERO SCHLESINGER  
PAOLO SPADA VINCENZO VARANO

*E*

GUIDO CALABRESI ERIK JAYME DENIS MAZEAUD  
ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RIO



Wolters Kluwer  
Italia

CEDAM

GAETANO PETRELLI  
Notaio in Verbania

## TRASCRIZIONE IMMOBILIARE E COSTITUZIONE (\*)

SOMMARIO: 1. Premessa. Costituzione repubblicana e trascrizione immobiliare nella dottrina e nella giurisprudenza italiane. — 2. Il sistema italiano della trascrizione nell'ambito 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. Principi 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 principi costituzionali in materia di trascrizione.

1. — Lo studio dell'istituto della trascrizione immobiliare alla luce delle fonti di rango primario (Costituzione, Convenzione europea dei diritti dell'uomo, diritto comunitario) non è stato ancora organicamente affrontato dalla dottrina italiana <sup>(1)</sup>. Anche la giurisprudenza costituzionale ha esaminato 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. In quest'ottica è stata, ad esempio, dichiarata l'illegittimità della norma (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 <sup>(2)</sup>.

(\*) Prima parte della relazione presentata all'8° Convegno Nazionale della SISDiC (Società italiana degli studiosi di diritto civile), su *Pubblicità degli atti e delle attività* (Napoli 3, 4 e 5 aprile 2013).

<sup>(1)</sup> L'unico saggio specificamente dedicato, da parte della dottrina italiana, ai rapporti fra trascrizione e Costituzione è quello di TROLANO-ZACCARIA, *La trascrizione nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di M. Tamponi ed E. Gabrielli, Napoli 2006, p. 191.

<sup>(2)</sup> Cfr. C. cost. 27 luglio 1989, n. 454, in *F. it.*, 1989, I, c. 3336, e C. cost. 21 ottobre 2005, n. 394, in *F. it.*, 2007, I, c. 1083.

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 <sup>(3)</sup>. 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 <sup>(4)</sup>. 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.

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 <sup>(5)</sup>. 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 più aventi causa da un medesimo autore (effetto, quest'ultimo, che venne peraltro eliminato nella codificazione napoleonica, e che fu reintrodotta — dopo innumerevoli discussioni — solo con una legge speciale del 23 marzo 1855). Ciò che più 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 <sup>(6)</sup>. 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 trascrizio-

<sup>(3)</sup> TROIANO-ZACCARIA, *La trascrizione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 192.

<sup>(4)</sup> TROIANO-ZACCARIA, *La trascrizione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 192.

<sup>(5)</sup> Cfr., su tale ricostituzione storica, PETRELLI, *L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato*, in questa *Rivista*, 2007, I, p. 590 ss.

<sup>(6)</sup> Cfr. per tutti MANUEL-GISMONDI, *Le régime de la publicité foncière dans les projets législatifs de réforme en France et en Italie*, Paris 1933, p. 27 ss.

ne; 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 <sup>(7)</sup>.

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* <sup>(8)</sup>: caratteristica fondamentale di questi sistemi pubblicitari è la *pubblica fede* (*öffentliche Glaube*) di cui sono munite le iscrizioni <sup>(9)</sup>, quale riflesso del *principio di legalità* (*Legalitätsprinzip*) che sovrintende alla loro esecuzione <sup>(10)</sup>: 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 <sup>(11)</sup>. Alcuni sistemi, come quello tavolare austriaco (e lo stesso vale per il sistema tavolare italiano, vigente nelle c.d. 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 del r.d. n. 499/1929), 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.) <sup>(12)</sup>. Nell'ordinamento tedesco, invece, la tutela garantita al terzo subacquirente di buona fede è sempre immediata (cfr. il § 892 BGB). Ad un livello ancora più

<sup>(7)</sup> Cfr., su tali aspetti di disciplina, PETRELLI, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass. d. civ.*, 2009, p. 693 ss.

<sup>(8)</sup> 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 HUBER, *Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht*, Bern 1894. Nella letteratura giuridica italiana, v. per tutti FINZI, *Il possesso dei diritti*, Roma 1915 (rist. Milano 1968), p. 142 ss.; CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova 1936, p. 83 ss.; MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano 1973, p. 10 ss.

<sup>(9)</sup> Sulla quale v. per tutti GURSKY, *Allgemeines Liegenschaftsrecht*, 2 (§§ 892 ss. BGB), in *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin 2008, p. 427 ss.; WACKE, *Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken* (§§ 892 ss. BGB), in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 6, München 2004, p. 291 ss.

<sup>(10)</sup> Sul contenuto del *Legalitätsprinzip*, cfr. tra gli altri PIECHOTTA, *Die Stellung des gutgläubigen Immobiliärerwerbers vor seiner Eintragung im Grundbuch*, Münster 1998; VENIAKOB, *Das Legalitätsprinzip im Grundbuchverfahren*, Münster 1996; RÜHL, *Materiell rechtliche Prüfungspflichten im Eintragungsverfahren nach der Grundbuchordnung*, Frankfurt am Main 1990; 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; RIEDL, *Prüfungsrecht und Prüfungspflicht im Grundbuchwesen*, Köln 1962.

<sup>(11)</sup> Sul duplice aspetto della pubblica fede dei libri fondiari, negativo (completezza) e positivo (esattezza), v. per tutti MALTESE, *Sul concetto di « pubblica fede » del libro fondiario*, in *F. it.*, 1997, V, c. 39 ss.

<sup>(12)</sup> Sulle origini storiche di tale differenziazione, cfr. HOFMEISTER, *Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbes in der österreichischen Privatrechtsentwicklung seit dem 18. Jahrhundert*, Wien 1977; HESSE, *Vom öffentlichen Glauben des Grundbuchs im alten Reich und in der Ostmark*, in *DFG (Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit)*, 1941, p. 113.

« estremo » si collocano poi i sistemi *Torrens* di origine australiana, oggi diffusi in numerose giurisdizioni soprattutto di *common law* <sup>(13)</sup>: in alcuni di questi 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 <sup>(14)</sup>. È di tutta evidenza che questi più 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'ambito dei sistemi di derivazione francese, ed ancor oggi diffusamente interpretato come se tale fosse rimasto <sup>(15)</sup>, 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) <sup>(16)</sup>. 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) <sup>(17)</sup>. La dottrina più attenta ha avvertito come in tal

<sup>(13)</sup> Sui sistemi *Torrens*, cfr. in particolare PICARDI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Milano 1968, p. 112 ss.; PANFORTI, voce *Torrens title*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ., Agg.*, I, Torino 2000, p. 715; DI COSTANZO, *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*, Napoli 2005, p. 147 ss.; GARRO, *Property and Trust — Recordation of Interests in Land*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, 2004, p. 42 ss.; O'CONNOR, *Security of Property Rights and Land Title Registration Systems*, Monash University 2003; RUOFF, *An Englishman Looks at the Torrens System*, Sydney 1957.

<sup>(14)</sup> Cfr. su tale effetto, e sulle relative problematiche, O'CONNOR, *Deferred and Immediate Indefeasibility: Bijural Ambiguity in Registered Land Title Systems*, in *Edinburgh Law Review*, 13, 2009, p. 194; O'CONNOR, *Immediate Indefeasibility for Mortgagees: a Moral Hazard?*, in *Bond Law Review*, 21, 2010, p. 133.

<sup>(15)</sup> Cfr., per tale rilievo, PETRELLI, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, cit., p. 724 ss.

<sup>(16)</sup> Per la derivazione storica dell'art. 2652, nn. 6 ss., c.c., dagli artt. 63 ss. l. tav., cfr. MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*, Milano 1975, p. 304; GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 181.

<sup>(17)</sup> Si afferma comunemente che gli artt. 2652, nn. 6, 7 e 9 c.c., contemplano particolari fattispecie di acquisto *a non domino*: PICARDI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Milano 1968, p. 381; MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*, cit., p. 301 ss.; PUGLIATTI, *La trascrizione. II - L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, Milano 1989, p. 476.

modo sia stato introdotto nel sistema pubblicitario italiano un *parziale e circoscritto effetto di pubblica fede* <sup>(18)</sup>, evidentemente non 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 più 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.) <sup>(19)</sup>.

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 « france-sizzante », 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 più in generale in tutti i casi di acquisto *a non domino* (*gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten*).

<sup>(18)</sup> V. soprattutto BONIS, *Efficacia sanante della trascrizione (art. 2652 cod. civ.)*, in *R. d. ipot.*, 1968, p. 176; ID., *Lineamenti del sistema ipotecario italiano*, in *R. d. ipot.*, 1963, p. 43 ss.; PICARDI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, cit., p. 214 ss., 397; CASTRONOVO, *Acquisto « a non domino » e pubblica fede in tema di regolarizzazione del titolo di proprietà*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1971, p. 1136; NICOLÒ, *La trascrizione*, III, Milano 1973, p. 20; MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, cit., p. 121; MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*, cit., p. 299, 307, 350 ss.

<sup>(19)</sup> Cfr. *infra*, il § 7.

gten) <sup>(20)</sup>. 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 <sup>(21)</sup>; il tutto alla luce del principio di proporzionalità <sup>(22)</sup> e del canone di ragionevolezza <sup>(23)</sup>. La suddetta dottrina tedesca ha ravvisato la giustificazione costituzionale della perdita del diritto in capo al precedente titolare nella *funzione sociale della proprietà* <sup>(24)</sup>, e in particolare nell'interesse generale (*Wohl der Allgemeinheit*: 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 <sup>(25)</sup>. La disciplina degli acquisti *a non domino* è stata quindi inquadrata nell'ambito 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°, G.G.), la quale — a differenza dei semplici limiti — postula necessariamente il diritto ad un indennizzo <sup>(26)</sup>. L'osservanza del princi-

<sup>(20)</sup> Cfr. in particolare HAGER, *Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb*, München 1990, p. 9 ss., 46 ss.; PETERS, *Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb*, Tübingen 1991, p. 17 ss.; ADAMOVICH, *Grundbuch und Verfassung*, in *NZ*, 1992, p. 38; LEUSCHNER, *Verkehrsinteresse und Verfassungsrecht*, Berlin 2005; Id., *Die Bedeutung von Allgemeinwohlinteressen bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung privatrechtlicher Regelungen am Beispiel der §§ 932 ff. BGB*, in *AcP*, 205 (2005), p. 205.

<sup>(21)</sup> Sulla tutela dell'affidamento (*Vertrauensschutz*) è ancora d'obbligo il riferimento a EICHLER, *Die Rechtslehre vom Vertrauen*, Tübingen 1950; CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München 1971. V. anche, per i profili di costituzionalità, PIEROTH, *Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz des Vertrauensschutzes*, in *JZ*, 1984, p. 971, e in *JZ*, 1990, p. 279.

<sup>(22)</sup> V. sul punto SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, a cura di Patti, Milano 2002, p. 409; HAGER, *Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb*, cit., p. 41 ss.

<sup>(23)</sup> Cfr. LUTHER, *Ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in *D. e società*, 1993, p. 307.

<sup>(24)</sup> PETERS, *Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb*, cit., p. 26 ss.

<sup>(25)</sup> Per il riferimento all'« interesse alla protezione del traffico » (*Verkehrsschutzinteresse*), comprensivo sia della sicurezza dei traffici (*Verkehrssicherheit*), sia della velocità e semplicità dei medesimi (*Verkehrseichtigkeit*) — ritenendosi invece insufficiente, quale giustificazione sul piano costituzionale degli acquisti *a non domino*, il mero bilanciamento degli interessi privati in gioco — cfr. soprattutto PETERS, *Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb*, cit., p. 72 ss.; RUFFERT, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, Tübingen 2001, p. 384; LEUSCHNER, *Verkehrsinteresse und Verfassungsrecht*, cit., p. 51 ss.; Id., *Die Bedeutung von Allgemeinwohlinteressen*, cit., p. 226 ss.

<sup>(26)</sup> In tal senso v. per tutti SCHULZE-OSTERLOH, *Das Prinzip der Eigentumsopferentschädigung im Zivilrecht und im öffentlichen Recht*, Berlin 1980, p. 30 ss., 293, 299;

pio 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 subita attraverso l'azione di ingiustificato arricchimento (*ungerechtfertigte Bereicherung*: § 816 BGB) <sup>(27)</sup>. Alcuni autori hanno ritenuto costituzionalmente legittime le sole ipotesi di acquisto *a non domino* a titolo oneroso <sup>(28)</sup>; 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) <sup>(29)</sup>.

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* <sup>(30)</sup>. Si tratta dei sistemi pubblicitari adottati inizialmente in Australia, ove però non esisteva una costituzione rigida, e non si poneva il 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* <sup>(31)</sup>: la decisione del funzionario amministrativo

---

PETERS, *Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb*, cit., p. 39; RUFFERT, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, cit., p. 382 ss.; LEUSCHNER, *Die Bedeutung von Allgemeinwohlintereessen*, cit., p. 210 ss. In senso parzialmente diverso, HAGER, *Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb*, cit., p. 66, 77 ss., 459.

<sup>(27)</sup> Cfr. PICKER, *Gutgläubiger Erwerb und Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis*, in *NJW-RR*, 1974, p. 1790; LORENZ, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, § 816, in *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin 2007.

<sup>(28)</sup> HAGER, *Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb*, cit., p. 81 ss.; LEUSCHNER, *Die Bedeutung von Allgemeinwohlintereessen*, cit., p. 241 ss., 245.

<sup>(29)</sup> Per tale rilievo, v. in particolare WITTKOWSKI, *Die Lehre vom Verkehrsgeschäft. Zum Anwendungsbereich der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb*, Berlin 1990, p. 192 ss.; KARNER, *Gutgläubiger Mobiliarenwerb*, Wien 2006, p. 62 ss.

<sup>(30)</sup> Per la storia di tale vicenda, v. SHICK-LOTKIN, *Torrens in the United States*, Toronto 1978; FEDERAL FARM LOAN BUREAU, *Land Title Registration by Certificate*, Washington 1918; GARRO, *Property and Trust — Recordation of Interests in Land*, cit., p. 45 ss.

<sup>(31)</sup> 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 pro-*

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 più, 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<sup>(32)</sup>. 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<sup>(33)</sup>. 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<sup>(34)</sup>. La *costituzionalità* di tale legislazione è stata riconosciuta per il 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<sup>(35)</sup>.

*cess of law*, cfr. VIGORITI, *Due process of law*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, VII, Torino 1991, p. 228.

<sup>(32)</sup> Cfr. la giurisprudenza riportata in FEDERAL FARM LOAN BUREAU, *Land Title Registration by Certificate*, cit., p. 5 ss.; MASSIE-BROWN-CANNON, *Report of the Committee on the Torrens System and Registration of Title to Land*, in *American Bar Association Journal*, Vol. 1, Issue 1 (1914), p. 481 ss.

<sup>(33)</sup> *People v. Simon*, riportato in DEVLIN, *The Law of Real Property and Deeds*, Chicago 1911, III, p. 2612 ss., e nt. 6, ed in SHELDON, *Land Registration in Illinois*, Chicago 1901, p. 84 ss.; *State v. Westfall*, riportato in DEVLIN, *op. ult. cit.*, p. 2629 ss., e nt. 7; *Robinson v. Kerrigan*, riportato in DEVLIN, *op. ult. cit.*, p. 2632 ss.; *Arndt v. Griggs*, riportata in POWELL, *A Manual of Land Registration*, Atlanta 1917, p. 20 ss., e nt. 3; FEDERAL FARM LOAN BUREAU, *Land Title Registration by Certificate*, cit., pp. 8 ss., 15 ss., 25 ss., 37 ss.

<sup>(34)</sup> Sulla *Marketable Title Legislation*, cfr. SIMES-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 completezza 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 più 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.d. *Curative Acts*, che rendono inopponibili all'acquirente — a seguito 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.

<sup>(35)</sup> Sul problema della costituzionalità dei *Marketable Record Title Acts*, v. in particolare SIMES-TAYLOR, *The Improvement of Conveyancing by Legislation*, cit., spec. p. 253 ss.; SIMES-TAYLOR, *Model Title Standards*, Ann Arbor 1960; AIGLER, *Constitutionality of Marke-*

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 <sup>(36)</sup>. La soluzione normativa adottata dal codice italiano con la « pubblicità sanante » appare conforme al principio di *proporzionalità* ed al canone di *ragionevolezza* (ben più 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 <sup>(37)</sup> austriaca e 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 <sup>(38)</sup>. Sul piano dei valori costituzionali, il sacrificio del vero titolare si giustifica, come in Germania, in quanto effetto riflesso di un *limite*

*table Title Acts*, in *Michigan Law Review*, Vol. 50, Issue 2 (1951), p. 185; AIGLER, *Supplement to Constitutionality of Marketable Title Acts* (1951-1957), in *Michigan Law Review*, Vol. 56, Issue 2, p. 225; BASYE, *Trends and Progress-the Marketable Title Acts*, in *Iowa Law Review*, Vol. 47, Issue 2 (Winter 1962), p. 261; AIKEN, *Proposed Title Registration: A Suggested Solution to the Problem of Marketable Title*, in *Marquette Law Review*, 1966, p. 15.

<sup>(36)</sup> MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano 2006, p. 69 ss.

<sup>(37)</sup> Sul più equilibrato bilanciamento degli interessi nella disciplina tavolare austriaca (§§ 63 ss. GBC), rispetto al § 892 del BGB tedesco, v. HESSE, *Vom öffentlichen Glauben des Grundbuchs im alten Reich und in der Ostmark*, in *DFG (Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit)*, 1941, p. 113 ss.

<sup>(38)</sup> 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 TRIMARCHI, *Atti di disposizione di cosa altrui e arricchimento senza causa*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, V, Padova 1965, p. 2021; NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano 1998, *passim*; NICOLUSSI, *Arricchimento senza causa e Bereicherungsrecht*, in *Europ. d. priv.*, 1998, p. 287; ARCIOFFI, *La tutela compensativa della proprietà*, in *Rass. d. 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.

al diritto di proprietà, sancito in correlazione alla *funzione sociale* della stessa (art. 42 Cost.)<sup>(39)</sup>, 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, bensì degli effetti di una disciplina legislativa avente carattere generale (c.d. *Einzelaktstheorie*)<sup>(40)</sup>. La riconduzione della disciplina degli acquisti *a non domino* alla funzione sociale della proprietà fa sì che le relative norme — anche se in origine erano ritenute eccezionali — non possano essere più qualificate come tali e, in conformità all'indirizzo della moderna dottrina sia costituzionalistica che civilistica, debbano essere considerate suscettibili di *estensione analogica*<sup>(41)</sup>. Ciò vale, innanzitutto e per quanto qui interessa, per le previsioni dell'art. 2652, nn. 6 ss., c.c., che — proprio alla luce dei principi costituzionali suesposti, e a differenza di quanto tradizionalmente ritenuto<sup>(42)</sup> — assumono un *ruolo centrale* nella disciplina della pubblicità immobiliare<sup>(43)</sup>: a puro titolo esemplificati-

<sup>(39)</sup> La funzione sociale della proprietà svolge un indubbio ruolo al fine di favorire la circolazione dei beni. Cfr. i rilievi sul punto di MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, cit., p. 94. 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 *F. it.*, 1958, I, c. 1996.

<sup>(40)</sup> MANGIAMELI, *La proprietà privata nella Costituzione*, Milano 1986, p. 145 ss., 152 ss.; MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, cit., p. 106 ss.; SANDULLI, *I limiti della proprietà privata nella giurisprudenza costituzionale*, in *G. 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 limitazioni, imposte direttamente dalla legge, che, afferendo alla generalità dei beni (o di categorie di beni), determinano le modalità di godimento e di acquisto dei beni stessi (art. 42, comma 2°, Cost.).

<sup>(41)</sup> Cfr. in tal senso RESCIGNO, voce *Proprietà (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano 1988, p. 275; MARINI, *Il « privato » e la Costituzione*, Milano 2000, p. 13; MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, cit., p. 100; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli 2001, p. 448. Sulla non eccezionalità delle ipotesi di acquisto *a non domino*, v. anche, nella dottrina civilistica, MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*, cit., p. 31; PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli 1968, p. 246 ss., 302; CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova 1969, p. 116, nt. 107.

<sup>(42)</sup> Per l'affermazione che l'art. 2652, n. 6, c.c. sarebbe norma eccezionale, quindi non suscettibile di estensione analogica, STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova 1947, p. 72-73; FUNAIOLI, *Nota a Trib. Roma 27 giugno 1953*, in *Giust. civ.*, 1953, p. 1891; PUGLIATTI, *La trascrizione, II - L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, cit., p. 476; 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. BARALIS-METTIERI, *Pubblicità sanante, leggi speciali e responsabilità notarile*, in questa *Rivista*, 1991, II, p. 370 ss. Sull'art. 2652 in genere, v. MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*, cit., p. 263, nt. 19.

<sup>(43)</sup> 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. PALMIERI, *La nullità della società per azioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, 1\*, Torino 2004, p. 457 ss., 470 ss.; IERMANO, *Invaldità delle operazioni straordinarie e principio di stabilità*, in *Il nuovo diritto delle società*, IV, diretto da Abbadessa e

vo, la disciplina del n. 6 deve ritenersi applicabile anche agli atti negoziali giuridicamente inesistenti <sup>(44)</sup>, a quelli inefficaci <sup>(45)</sup> o inopponibili <sup>(46)</sup>, come pure ai provvedimenti amministrativi invalidi <sup>(47)</sup>, ed alle sentenze radicalmente nulle o giuridicamente inesistenti, decorsi cinque anni dalla relativa trascrizione <sup>(48)</sup>.

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 *vincolo sociale della proprietà, legittimato dallo stesso art. 42, comma 2°, Cost.*, il quale autorizza la legge a porre limiti alla tutela del diritto del proprietario quando l'utilità sociale lo esiga » <sup>(49)</sup>. La stessa Corte ha parlato in proposito di « *utilità sociale correlata alla esigenza di un sano e corretto funzionamento del mercato* » <sup>(50)</sup>. Quindi gli acquisti a

---

Portale, Torino 2007, p. 408; VICARI, *Effetti dell'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 2504 quater c.c.*, in *G. comm.*, 1995, 4, II, p. 556 ss.

<sup>(44)</sup> In tal senso, correttamente, v. FILANTI, *Inesistenza e nullità*, Napoli 1983, p. 279 ss.

<sup>(45)</sup> Per l'applicabilità dell'art. 2652, n. 6, c.c., agli atti inefficaci, v. BARALIS-METTIERI, *Pubblicità sanante, leggi speciali e responsabilità notarile*, cit., p. 372; CASU, *La c.d. pubblicità sanante. Riflessioni sulla sua operatività nell'attività del notaio*, in *Studi e materiali*, a cura del Consiglio nazionale del Notariato, 2003, 2, p. 460; GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, Torino 2012, p. 143, e nt. 59. Cfr. anche il caso deciso da Cass., sez. un., 17 novembre 1978, n. 5341, in *G. it.*, 1980, I, 1, c. 327. *Contra*, FUNAIOLI, *Nota a Trib. Roma 27 giugno 1953*, in *Giust. civ.*, 1953, p. 1891; NICOLÒ, *La trascrizione*, III, cit., p. 124; PUGLIATTI, *La trascrizione, II - L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, cit., p. 476; Cass. 20 ottobre 1955, n. 3333, in *F. it.*, 1956, I, c. 9.

<sup>(46)</sup> 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. (GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 131, e nt. 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 ZIGNONI, *Sulla trascrizione delle impugnazioni degli atti giuridici*, in *F. pad.*, 1951, III, c. 135.

<sup>(47)</sup> Per l'applicabilità dell'art. 2652, n. 6, ai provvedimenti amministrativi invalidi trascritti, NICOLÒ, *La trascrizione*, III, Milano 1973, p. 71; ZACCARIA-TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, Torino 2005, p. 258; GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 137, e nt. 45.

<sup>(48)</sup> 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.

<sup>(49)</sup> C. cost. 23 giugno 1988, n. 702, in *Cons. St.*, 1988, II, p. 1141.

<sup>(50)</sup> C. cost. 6 aprile 1995, n. 110, in *F. it.*, 1995, I, c. 1405.

*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* <sup>(51)</sup>), riferiti non solo all'attività di impresa ma anche a quella di godimento e disposizione del proprietario <sup>(52)</sup>. 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 <sup>(53)</sup>.

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. <sup>(54)</sup>, sul quale ha fondato tra l'altro l'estensione dell'ambito 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) <sup>(55)</sup>, pur essendo probabilmente la più 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.

<sup>(51)</sup> Cfr. in tal senso BALDASSARRE, *La funzione notarile e la Costituzione italiana*, in *Notariato*, 2009, p. 129 ss.

<sup>(52)</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 449.

<sup>(53)</sup> Cfr. per tale riflessione VENEZIAN, *La tutela dell'aspettativa (1900)*, in *Opere giuridiche*, II, Roma 1920, p. 176-177; MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*, cit., p. 30; CENINI, *Gli acquisti a non domino*, Milano 2009, p. 125, 129 ss., 143.

<sup>(54)</sup> Cass. 5 dicembre 2003, n. 13619, in *F. it.*, 2005, I, c. 3465; Cass., sez. un., 12 giugno 2006, n. 13523, in *G. it.*, 2007, p. 937.

<sup>(55)</sup> Per l'irrelevanza della colpa grave agli effetti dell'art. 2652, n. 6, c.c., nel silenzio della legge, FAVERO, *Acquisto a non domino di immobili dotati per effetto della pubblicità sanante?*, in *Riv. dir. matr.*, 1960, p. 90, nt. 7; MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*, cit., p. 338 ss., e p. 350 ss. *Contra*, GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 72, 136; NICOLÒ, *La trascrizione*, III, cit., p. 16, 117; CASU, *La c.d. pubblicità sanante. Riflessioni sulla sua operatività nell'attività del notaio*, cit., p. 456.

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<sup>(56)</sup>. 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<sup>(57)</sup>. A questo proposito, va rammentato che la Corte costituzionale ha ritenuto in più 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*<sup>(58)</sup>. A maggior ragione, non 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<sup>(59)</sup>. Una soluzione come quella della *immediate indefeasibility*, ove introdotta in Italia, sarebbe quindi incostituzionale.

<sup>(56)</sup> Cfr. anche Cass. 25 ottobre 2007, n. 22366, in *Rep. F. 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.

<sup>(57)</sup> Su tale onere v., nella dottrina tavolare italiana, BASSI, *Compendio di diritto tavolare*, San Mariano del Friuli 2010, p. 179; DEFRADESCO, *La struttura giuridica del libro fondiario e il contenzioso tavolare*, in *R. d. agr.*, 1951, p. 240. Nella dottrina tedesca, LIEDER, *Die Lehre vom unwirksamen Rechtsscheinträger*, in *AcP*, 210 (2010), p. 863. Nella dottrina svizzera, JENNY, *Der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach dem schweizerischen*, in *ZGB*, Bern 1926, p. 9.

<sup>(58)</sup> Cfr. in tal senso C. cost. 17 marzo 1988, n. 311, in *F. it.*, 1990, I, c. 2146; Cass. 19 agosto 1989, n. 3734, in *Vita not.*, 1989, p. 69; C. cost. 8 maggio 1990, n. 228, in *F. it.*, 1990, I, c. 3069; C. cost. 22 ottobre 1990, n. 487, in *Rass. equo canone*, 1990, p. 203; C. cost. 22 giugno 1992, n. 296, in *F. it.*, 1992, I, c. 3215; Cass. 8 gennaio 1999, n. 110, in *D. giur. agr. amb.*, 1999, p. 284. In dottrina, per valutazioni contrapposte sul punto, v. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 163; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, Milano 1998, p. 60 ss.

<sup>(59)</sup> Per questa argomentazione, v. GUIBAN, *La protection de l'acquéreur de bonne foi en matière mobilière*, Lausanne 1970; CENINI, *Gli acquisti a non domino*, p. 6, e p. 270.

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 <sup>(60)</sup>, 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) <sup>(61)</sup>. Su un piano più generale, peraltro, un più 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'erede 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 <sup>(62)</sup>. 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 <sup>(63)</sup>.

<sup>(60)</sup> Cfr. l'art. 21 del r.d. 28 marzo 1929, n. 499.

<sup>(61)</sup> Cfr., nel senso criticato, PROTO PISANI, *Petizione di eredità e mero accertamento della qualità di erede*, in *F. it.*, 1961, I, c. 1989; *Id.*, *La trascrizione delle domande giudiziali*, cit., p. 147 ss.; Cass. 29 luglio 1966 n. 2114, in *F. it.*, 1967, I, c. 1871; Cass. 21 marzo 1989, n. 1402, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1610, ed in *G. it.*, 1989, I, 1, c. 1714. *Contra*, MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*, cit., p. 157.

<sup>(62)</sup> 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. F. it.*, 2012, voce *Rappresentanza nei contratti*, n. 9), deve essere letto alla luce dei principi 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.

<sup>(63)</sup> PETRELLI, *Sulla sicurezza degli acquisti da eredi e donatari*, in *Notariato*, 2005, p. 211 ss.

5. — Il rilievo dei principi 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 più ampio: esso investe la problematica più 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 derogherebbe sia al generale principio consensualistico, sia al preteso principio di libertà delle forme) <sup>(64)</sup>. 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, è stata da tempo confutata dalla dottrina sia costituzionalistica <sup>(65)</sup> che civilistica <sup>(66)</sup>, come pure dai teorici generali dell'interpretazione <sup>(67)</sup>: 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 <sup>(68)</sup>. D'altra parte, la gerarchia delle fonti impone di attribuire valore preminente, in sede di interpretazione della legge, ai principi

---

<sup>(64)</sup> Per tale eccezionalità v. di recente GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, Torino 2012, p. 85 ss. Ben diversa l'impostazione di GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 43 ss., il quale, pur riaffermando detta eccezionalità, ritiene tuttavia ammissibile l'interpretazione estensiva in materia di trascrizione.

<sup>(65)</sup> V. soprattutto PALADIN, *Costituzione, preleggi e codice civile*, in questa *Rivista*, 1993, I, p. 19.; RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, I, Napoli 2007, p. 255.

<sup>(66)</sup> Il riferimento d'obbligo è, sul punto, a P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo « in claris non fit interpretatio », il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. d. civ.*, 1985, p. 990 ss. Ma v. anche i numerosi saggi raccolti in P. PERLINGIERI, *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli 2006.

<sup>(67)</sup> Cfr. in particolare, anche per la contestazione del brocardo *in claris non fit interpretatio*, TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, p. 33 ss.; FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche, I - Il concetto del diritto*, Milano 1996, p. 236 ss.; MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996, p. 83; FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, Milano 1998, p. 61 ss., 191; SACCO, *L'interpretazione*, in *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Tratt. Sacco*, Torino 1999, p. 185 ss., 284; FRACANZANI, *Analoga e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003, p. 89 ss.; VIOLA-ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari 2004, p. 117; BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino 2006, p. 274 ss.

<sup>(68)</sup> V. tra gli altri LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano 1990; CARRIÒ, *Sull'interpretazione giuridica*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, a cura di Comanducci e Guastini, Torino 1989, p. 127 ss.; SACCO, *L'interpretazione*, cit., p. 174 ss.; VIOLA-ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 182 ss., 224 ss.; VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino 2002, p. 54.

costituzionali e comunitari <sup>(69)</sup>, ed ai canoni di *ragionevolezza* <sup>(70)</sup> e *proporzionalità* <sup>(71)</sup>, che operano a tale più 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 <sup>(72)</sup>, in quanto *basata su un modello ormai storicamente superato*, quello ottocentesco della *transcription hypothécaire*, essa sì 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 più acquirenti da un medesimo autore <sup>(73)</sup>. 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 <sup>(74)</sup>: legge speciale che poteva — in quanto tale — introdurre soltanto « deroghe » ed « eccezioni » ai principi 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 tem-*

<sup>(69)</sup> Cfr. sul punto VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, cit., p. 149 ss.

<sup>(70)</sup> Sul ruolo del criterio di ragionevolezza nell'interpretazione della legge e nel giudizio di costituzionalità, cfr. di recente PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli 2012; DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in questa *Rivista*, 2010, 1, 1, p. 23; MORRONE, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir., Annali*, II, 2, Milano 2008, p. 185; MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli 2009; Id., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007; RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, cit., p. 215.

<sup>(71)</sup> Sul principio di proporzionalità, v. tra gli altri COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino 2011; VICECONTE, *Proporzionalità e bilanciamento d'interessi nelle decisioni delle Corti*, in *Interpretazione costituzionale*, a cura di Azzariti, Torino 2007, p. 189.

<sup>(72)</sup> PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli 2009, spec. p. 31 ss.; BARALIS, *La pubblicità immobiliare fra eccezionalità e specialità*, Padova 2010, spec. p. 41 ss.

<sup>(73)</sup> V. sul punto 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; 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.

<sup>(74)</sup> Cfr. il resoconto dei lavori preparatori della legge francese del 1855, riportato in TROPLONG, *Privileges et hypothèques: 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 FERRON, *Etude historique et critique sur la publicité des droits réels immobiliers*, Paris 1896, p. 151-152.

*pore potior iure* (riferito alla data degli atti, anziché delle relative trascrizioni) <sup>(75)</sup>. Ancora 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 » <sup>(76)</sup>, addirittura una *reine Rechtslehre*, quale metodo giuridico più idoneo per l'individuazione delle suddette norme <sup>(77)</sup>. 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 <sup>(78)</sup>. 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 *principio di uguaglianza*, in connessione con il *canone della ragionevolezza*; senso che altrimenti la legge stessa non avrebbe <sup>(79)</sup>. E se ciò può condurre al risultato di arricchire

<sup>(75)</sup> PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 39 ss.

<sup>(76)</sup> GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. XIV, e p. 94 ss. *Contra*, sul piano della teoria generale dell'interpretazione, MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996, p. 116 ss.; Id., *Interpretazione e nuova dogmatica*, *ibidem*, p. 73 ss.

<sup>(77)</sup> GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. XIV.

<sup>(78)</sup> 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 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, 1175; SORRENTI, *L'interpretazione conforme a costituzione*, cit., pp. 121 ss., 209 ss., 216 ss., 226 ss., 242 ss. Sull'interpretazione « adeguatrice » v. anche VIOLA-ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari 2004, p. 217 ss., 348 ss.; P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, a cura di Femia, Napoli 2006, p. 1; AA.VV., *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, a cura di D'Amico e Randazzo, Torino 2009; G. PERLINGIERI, *L'« interpretazione secondo costituzione » nella giurisprudenza*, Napoli 2012, p. 11 ss.

<sup>(79)</sup> Cfr. TULLIO, *Analogia implicita e « meritevolezza dell'estensione » nel giudizio di costituzionalità*, in *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, a cura di Femia, cit., p. 129; CLARIZIA, *Tertium comparationis, norma eccezionale e incostituzionalità con effetto estensivo*, *ibidem*, 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* (C. cost. 15 ottobre 1999, n. 386, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1476, con nota di PETRELLI, *Privilegi fiscali e tutela del terzo acquirente*). La Corte, con sentenza interpretativa di rigetto, ha ritenuto applicabile *analiticamente* — sulla base del canone dell'interpretazione conforme a costituzione — l'art. 2859 c.c.,

interpretativamente il catalogo degli atti trascrivibili (come hanno fatto di recente le Sezioni unite a proposito della trascrizione delle domande giudiziali<sup>(80)</sup>), tale esito non può essere considerato un « attentato » ai principi 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<sup>(81)</sup>. Del resto, non è infrequente che norme un tempo ritenute eccezionali divengano, con il tempo, espressione di principi generali (dunque applicabili per analogia)<sup>(82)</sup>, 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 « principi di sistema » di rango superiore<sup>(83)</sup>.

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<sup>(84)</sup>. A parte il fatto che si tratta di semplice argomento consequenzialista, che da solo non pare affatto sufficiente a fondare una conclusione così impegnativa<sup>(85)</sup>, 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 non impedisce, in materia di trascrizione, che i difetti riscontrabili nelle disposizioni normative siano suscettibili di *soluzioni affidate agli interpreti*<sup>(86)</sup>. La valorizzazione delle norme e dei principi costi-

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.

<sup>(80)</sup> Cass., sez. un., 12 giugno 2006, n. 13523, in *G. it.*, 2007, p. 937.

<sup>(81)</sup> Cass., sez. un., 12 giugno 2006, n. 13523, cit. In dottrina, per l'importanza dell'interpretazione sistematica v. soprattutto PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *La polemica sui concetti giuridici*, Milano 2004, p. 45 ss.; FALZEA, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milano 1999, p. 248 ss., 293; Id., *Teoria dell'efficacia giuridica*, *ibidem*, p. 125 ss., 158 ss.; Id., *I principi generali del diritto*, *ibidem*, p. 342 ss., 357; VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino 2002; P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. d. civ.*, 2005, p. 188.

<sup>(82)</sup> P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, cit., p. 24.

<sup>(83)</sup> P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, cit., p. 52-53.

<sup>(84)</sup> GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, I, cit., p. XIV, 88 ss.

<sup>(85)</sup> Sui limiti dell'argomento consequenzialista, cfr. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996, p. 91 ss., 106 ss.

<sup>(86)</sup> C. cost. 6 aprile 1995, n. 111, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1420.

tuzionali nel procedimento ermeneutico non significa che si debba « pregiudicare il *rigore scientifico* che deve guidare l'attività di ricerca »<sup>(87)</sup>; 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*<sup>(88)</sup>. 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<sup>(89)</sup>. 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, così come è sacrificato sull'altare della conformità alle norme ed ai principi del diritto comunitario<sup>(90)</sup>: 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 possano « escludere dall'interpretazione », sistematica e costituzionale, le norme in materia di trascrizione; anche perché l'estensione dell'ambito di applicazione di questo istituto non può che migliorare la sicurezza dei traffici giuridici<sup>(91)</sup>. In questa nuova ottica, nella quale la *prevalenza dei valori rispetto alla certezza* — o quantomeno l'*equilibrato*

<sup>(87)</sup> 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* » (PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 438).

<sup>(88)</sup> Rileva che, attraverso la coerenza dell'ordinamento — conseguita attraverso l'interpretazione sistematica ed adeguatrice — è garantita la prevedibilità delle decisioni, SORRENTI, *L'interpretazione conforme a costituzione*, cit., p. 17. Cfr. anche GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino 2005.

<sup>(89)</sup> RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la convenzione europea dei diritti umani... ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Legisl. pen.*, 2011, p. 463 ss. Cfr. anche CONTI, *La Corte dei diritti dell'uomo e la Convenzione europea prevalgono sul giudicato — e sul diritto — nazionale*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 689; AA.VV., *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, a cura di Spitaleri, Milano 2009; PIZZORNI, *Il principio del giudicato tra primato del diritto dell'Unione europea e autonomia degli Stati membri in materia processuale*, in *R. d. int. priv. proc.*, 2011, p. 1025.

<sup>(90)</sup> Cfr. da ultimo COMOGGIO, *Requiem per il processo « giusto »*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2013, II, p. 56 ss.

<sup>(91)</sup> PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 56 ss.

*bilanciamento* tra i due <sup>(92)</sup> — è il paradigma ormai dominante, non sembra più 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 ambito della pubblicità legale). Al contrario, il dibattito dottrinale più recente testimonia del « passaggio dalla certezza del diritto alla sicurezza giuridica », intesa quale necessità primaria di tutelare la persona ed i relativi diritti fondamentali <sup>(93)</sup>.

Ma torniamo ai profili costituzionali. L'ampliamento, per via interpretativa, delle fattispecie soggette a trascrizione discende, a livello costituzionale, dall'esigenza di tutelare — più di quanto non avvenisse in passato — il legittimo *affidamento dei terzi* <sup>(94)</sup>. La giurisprudenza costituzionale e delle corti

<sup>(92)</sup> 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: BUSSANI, *Appunti sull'interlocutore del giurista e sul problema dell'interpretazione*, in *Diritto giustizia e interpretazione*, a cura di Derrida e Vattimo, Roma-Bari 1998, p. 49 ss.), né postula un'interpretazione necessariamente restrittiva. È 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: AARNIO, *La teoria dell'argomentazione e oltre. Alcune osservazioni sulla razionalità della giustificazione giuridica*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, I, a cura di Comanducci e Guastini, Torino 1987, p. 222 ss. Sulla generale esigenza di equilibrio tra momento formale e momento sostanziale del diritto, cfr. FALZEA, *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milano 1999, p. 178 ss.

<sup>(93)</sup> Cfr. BIZZARRO, *La priorità temporale nella circolazione giuridica contrattuale*, Napoli 2012, p. 141 ss. (ed ivi riferimenti dottrinali).

<sup>(94)</sup> L'emersione, anche sul piano costituzionale e comunitario, della tutela dell'affidamento legittimo ha costituito oggetto di diverse indagini dottrinali. Cfr., tra gli altri, SACCO, *Affidamento*, in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, p. 661; AMATO, voce *Affidamento (tutela dell')*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, Agg., Torino 2012, p. 74; LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino 1998; ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino 2005; BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, Milano 2012. C. cost. 10 gennaio 1997, n. 1, in *G. it.*, 1997, I, p. 177, ha ritenuto la posizione dei terzi di buona fede « protetta dal principio della tutela dell'affidamento incolpevole, che permea di sé ogni ambito 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*: cfr. Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, in *F. it.*, 2011, I, c. 2254.

Per la rilevanza dell'affidamento dei terzi nel vigente ordinamento della pubblicità immobiliare, v. di recente 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 *F. it.*, 1960, I, c. 607, con nota di FALASCHI, *La tutela dell'affidamento legittimamente posto dai terzi nelle risultanze dei registri immobiliari e la funzione costitutiva attribuita alla trascrizione*.

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* <sup>(95)</sup>, o di *confisca a seguito di misure di prevenzione antimafia* <sup>(96)</sup>. Un tale orientamento si colloca in perfetta continuità con la tendenza complessiva del sistema pubblicitario — desumibile, del resto, anche dalla lettera dell'art. 2645 c.c. <sup>(97)</sup> — alla pro-

---

<sup>(95)</sup> A proposito della *confisca urbanistica*, ex art. 44, comma 2°, del d.p.r. n. 380/2001, 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. C. cost. 15 luglio 1991, n. 345, in *F. it.*, 1992, I, c. 3; Corte europea diritti dell'uomo 20 gennaio 2009, *Sud Fondi e altri c. Italia*, in *F. it.*, 2010, IV, c. 2, con nota di NICOSIA, *Lottizzazione abusiva, confisca e diritti dell'uomo* (la Corte di Strasburgo ha affermato, in questa occasione, la violazione dei principi 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); MANFREDONIA, *La confisca quale sanzione c.d. amministrativa e la tutela del terzo estraneo al reato: profili di illegittimità costituzionale?*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 1030; App. Bari 9 aprile 2008, in *G. it.*, 2009, p. 609, con nota di TUCCI, *Confisca « urbanistica » e tutela del mercato tra la Costituzione italiana e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*; SCARCELLA, *Lottizzazione abusiva, confisca e buona fede dei proprietari estranei al reato: revirement della Cassazione? (nota a Cass. 17 novembre 2008, n. 42741)*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, p. 371; ROMANELLI, *Confisca urbanistica e terzi acquirenti in buona fede: verso un definitivo revirement giurisprudenziale?*, in *G. it.*, 2009, p. 2280; CHNELLO, *La responsabilità del terzo acquirente in buona fede per illeciti edilizi e terreni lottizzati abusivamente*, in *Immobili e proprietà*, 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. 380/2001); sentenza che, nella fattispecie in esame, è successiva all'acquisto del terzo di buona fede.

<sup>(96)</sup> 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. legisl. 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 favore 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.

<sup>(97)</sup> Sull'interpretazione dell'art. 2645 c.c., cfr. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 207 ss.

gressiva espansione delle fattispecie soggette a trascrizione, « tipiche » ma non più 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* vigenti nei territori delle c.d. 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 <sup>(98)</sup>, avuto riguardo in particolare al profilo della *opponibilità ai terzi degli acquisti per usucapione* <sup>(99)</sup>: la differenza di disciplina è stata ricondotta alla tutela delle minoranze *ex art. 6 Cost.*, ed alle peculiari tradizioni giuridiche locali <sup>(100)</sup>. Va rilevato, però, che lo statuto speciale delle regioni Trentino Alto Adige e Friuli Venezia Giulia 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 <sup>(101)</sup>. Il riferimento all'art. 6 Cost. appare quindi piuttosto fragile, ed anzi inconferente; non a caso la dottrina più attenta ha contestato energicamente la costituzionalità della suddescritta disparità di trattamento <sup>(102)</sup>. 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) <sup>(103)</sup>. Così,

<sup>(98)</sup> Cass. 23 marzo 1995, n. 3370, in *G. it.*, 1996, I, 1, c. 516.

<sup>(99)</sup> 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 trascritto (cfr., tra le altre, Cass. 3 febbraio 2005, n. 2161, in *G. it.*, 2005, p. 2275); nel secondo, invece, tale opponibilità sussiste solamente (a norma dell'art. 5 del r.d. n. 499/1929) 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. F. it.*, 2011, voce *Trascrizione*, n. 35).

<sup>(100)</sup> Cass. 23 marzo 1995, n. 3370, in *G. it.*, 1996, I, 1, c. 516.

<sup>(101)</sup> Cfr. l'espressa previsione — riguardante *l'efficacia delle iscrizioni tavolari* — contenuta nell'art. 3 del d.p.r. 24 febbraio 1971, n. 234, per il Friuli-Venezia Giulia, e nell'art. 29 del d.p.r. 1 febbraio 1973, n. 49, per il Trentino-Alto Adige); MALTESE, *Limiti di diritto privato e processuale alla potestà legislativa delle regioni e legge tavolare*, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1375.

<sup>(102)</sup> Cfr. soprattutto GABRIELLI, voce *Libri fondiari*, in *Nov. D., Appendice*, IV, cit., p. 952; MALTESE, *Problemi di costituzionalità della legge tavolare*, in *G. it.*, 1975, IV, c. 85; SICCHIERO, *Ancora sulla buona fede nel diritto tavolare*, in *G. it.*, 1996, I, c. 515.

<sup>(103)</sup> PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 299 ss.

ad esempio, non avrebbe senso consentire solo nel sistema tavolare, e non in quello della trascrizione, la pubblicità del patto di riscatto, come pure più 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. Così, tornando all'opponibilità ai terzi dell'usucapione, non si vede quale possa essere, oggi, la giustificazione di una così macroscopica differenza di trattamento (le giustificazioni addotte nella relazione al codice civile non sembrano più attuali nella loro assolutezza <sup>(104)</sup>). Si consideri, ancora, l'ulteriore esempio dell'*art. 7 del r.d. n. 499/1929*, 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 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 <sup>(105)</sup>. 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*) <sup>(106)</sup>. 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

<sup>(104)</sup> Per tale rilievo, cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, II, Milano 1993, p. 247 ss.

<sup>(105)</sup> GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 201; CUCCARO, *Lineamenti di diritto tavolare*, Milano 2010, p. 131 ss.; GABRIELLI-TOMMASEO, *Commentario della legge tavolare*, Milano 1999, p. 558; MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*, cit., p. 102; ID., *L'azione in cancellazione nel sistema dei libri fondiari*, in questa *Rivista*, 1972, I, p. 149; GABRIELLI, voce *Libri fondiari*, cit., p. 956.

<sup>(106)</sup> KUHLMANN, *Positiver oder negativer guter Glaube in § 892 BGB?*, Bonn 1954, p. 63 ss.; LIEDER, *Die Lehre vom unwirksamen Rechtsscheinträger*, in *AcP*, 210 (2010), p. 872; LOCHER, *La riforma delle norme sul libro fondiario tedesco e il nuovo codice civile italiano*, in *Annuario di diritto comparato*, 1946, p. 138 ss.

società di capitali (artt. 2332, 2463, ult. comma, 2523, comma 2°, c.c.), e degli atti di trasformazione, fusione e scissione di società (artt. 2500 *bis*, 2504 *quater*, 2506 *ter*, ult. comma, c.c.)<sup>(107)</sup>.

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 ancora a larga maggioranza il ruolo passivo del conservatore, ed il carattere formale ed estrinseco del relativo controllo<sup>(108)</sup>, 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<sup>(109)</sup>. La Carta costituzionale ha ulteriormente inciso sul quadro suddescritto, ed alla luce dei relativi principi 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.<sup>(110)</sup>. Controllo che,

<sup>(107)</sup> 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 più ampia di quelli che possono essere rilevati dopo l'iscrizione), cfr. tra gli altri BORGIOI, *La nullità della società per azioni*, cit., p. 228 ss., 466 ss.; BOCCHINI, *Il problema della tassatività delle cause di nullità nelle società per azioni*, in *R. soc.*, 1975, p. 167 ss.; LANDOLFI, *Problemi attuali dell'omologazione degli atti societari*, in *Vita not.*, 1988, p. 30 ss., 39; MORERA, *L'omologazione degli statuti di società*, Milano 1988, p. 172 ss.; MACERONI, *L'omologazione e i controlli ex ante sugli atti societari*, Padova 2002, p. 23 ss.; MEO, *Dal controllo giurisdizionale al controllo notarile: legalità e stabilità degli atti*, in *Statuti societari e controllo di legalità*, Torino 2002, p. 85; PALMIERI, *La nullità della società per azioni*, cit., p. 533; SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, 7\*\*1, Torino 2004, p. 624 ss.

<sup>(108)</sup> L'orientamento è pressoché costante: cfr. per tutti 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 trasciversi, 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 *G. it.*, 1987, I, 1, c. 5 ss.; MALTESE, voce *Registri immobiliari*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano 1988, p. 484.

<sup>(109)</sup> Cfr. in particolare TIRABOSCHI, *Catasto e trascrizione*, Roma, 1894, p. 393; VENEZIAN, *Riforme del sistema di pubblicità dei diritti immobiliari*, in *Atti del IV Congresso giuridico nazionale*, Napoli, 1897, p. 509; Id., *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, PETRELLI, *L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato*, cit., spec. p. 607, 610 ss.

<sup>(110)</sup> Sul rapporto tra gli artt. 2674 e 2674 *bis* c.c., v. PETRELLI, *L'evoluzione del princi-*

come la dottrina più attenta ha rilevato, non appare oggi molto lontano da quello effettuato dal giudice tavolare <sup>(111)</sup>.

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, della l. 16 febbraio 1913, n. 89, come modificato dalla l. 28 novembre 2005, n. 246) <sup>(112)</sup>: 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 *principi del « giusto procedimento »* <sup>(113)</sup>: i relativi contorni sono stati ridisegnati dalla nuova disciplina del *procedimento amministrativo* (cfr. in particolare l'art. 6, lett. a) e b), della l. 7 agosto 1990, n. 241, come modificata dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15) in termini estremamente ampi proprio in applicazione dei suddetti principi <sup>(114)</sup>, ai quali deve ritenersi senz'altro assoggettata anche l'attività del conservatore. Questi è, poi, tenuto a rispettare scrupolosamente anche 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°, del d. legisl. 30 giugno 2003, n. 196).

In questo nuovo scenario, deve ritenersi quindi definitivamente *superato* il *c.d. principio di autoresponsabilità* del richiedente la trascrizione <sup>(115)</sup>, che

---

*pio 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 *R. not.*, 2012, p. 968.

<sup>(111)</sup> Per tale rilievo v. MALTESE, *Sul concetto di « pubblica fede » del libro fondiario*, cit., p. 39 ss.; GABRIELLI-TOMMASEO, *Commentario della legge tavolare*, cit., p. 622. Anche le differenze dipendenti dalla diversa natura dell'organo competente per i controlli si sono notevolmente attenuate con l'art. 95 bis della legge tavolare, allegata al r.d. n. 499/1929, aggiunto dall'art. 34 della l. 24 novembre 2000, n. 340.

<sup>(112)</sup> Sul significato del controllo di legalità effettuato dal notaio, e sui relativi contenuti, v. PETRELLI, *L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato*, cit., spec. p. 632 ss.; Id., *Conformità catastale e pubblicità immobiliare*, Milano 2010, p. 6 ss., 81 ss.

<sup>(113)</sup> MANGIAMELLI, *La proprietà privata nella Costituzione*, cit., p. 165 ss. V. anche sul punto CRISAFULLI, *Principio di legalità e « giusto procedimento »*, in *G. cost.*, 1962, p. 130.

<sup>(114)</sup> Cfr., tra le altre, Cons. St. 23 febbraio 2004, n. 695, in *Rep. F. it.*, 2004, voce *Atto amministrativo*, n. 160; Cons. St. 1 marzo 2006, n. 2618, in *Rep. F. it.*, 2007, voce *Istruzione pubblica*, n. 55; Cons. St. 12 aprile 2006, n. 6933, in *Rep. F. it.*, 2008, voce *Atto amministrativo*, n. 173. Per i riflessi costituzionali, v. BUFFONI, *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l'archetipo del processo*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 277.

<sup>(115)</sup> Sul c.d. principio di autoresponsabilità del richiedente la trascrizione, cfr. MAIORCA, *Della trascrizione*, cit., p. 279-280; Cass. 23 aprile 1980, n. 2671, in *R. not.*, 1980, p. 1597; Cass. 5 luglio 2000, n. 8964, in *Fallimento*, 2001, p. 420, ed in *D. fall.*, 2001, II, p. 635; Cass. 11 gennaio 2005, n. 368, in *Vita not.*, 2005, p. 995, ed in *Nuova g. civ. comm.*,

connotava il sistema pubblicitario nei sistemi ottocenteschi e che è ancora affermato, tralasciando, da dottrina e giurisprudenza. 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 — abbia un *diritto soggettivo, costituzionalmente tutelato, alla attuazione della trascrizione* del suo acquisto (quale riflesso della tutela *effettiva* del diritto dominicale) <sup>(116)</sup>. 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 <sup>(117)</sup>.

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. <sup>(118)</sup>.

2006, p. 224; Cass. 11 agosto 2005, n. 16853, in *Vita not.*, 2006, p. 300. Sul necessario superamento di tale principio, non più attuale, cfr. PETRELLI, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, cit., p. 725 ss.

<sup>(116)</sup> Così, nel diritto tedesco, 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, 185 ss.

<sup>(117)</sup> Sul *favor* procedimentale per l'attuazione della trascrizione, cfr. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 167 ss.

<sup>(118)</sup> Cfr. per tutte Cass. 30 marzo 2005, n. 6675, in *Rep. F. it.*, 2005, voce *Trascrizione*.

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 <sup>(119)</sup>: 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 acquisire conoscenza del processo in corso, per far valere le sue difese (mediante intervento, opposizione di terzo, ecc.) <sup>(120)</sup>; ora, questo è possibile solo se la pendenza del processo è resa conoscibile al terzo, mediante trascrizione della relativa domanda <sup>(121)</sup>. Il che implica — come hanno avuto del resto modo di evidenzia-

---

ne, n. 32; Cass. 5 maggio 1998, n. 4523, in *Rep. F. it.*, 1998, voce *Trascrizione*, 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 esplicitazione 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 ». È giustamente critico rispetto a tale giurisprudenza GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 19, perché in un eventuale giudizio ordinario l'amministrazione 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 camerale contenziosi, nell'ottica del giusto processo e dell'interpretazione adeguatrice, C. cost. 30 gennaio 2002, n. 1, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1476, con nota di TOTA, *Tutela camerale dei diritti e giusto processo*.

<sup>(119)</sup> PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 333 ss.

<sup>(120)</sup> PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., p. 336 ss. Cfr. anche PROTO PISANI, *Appunti sui rapporti fra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1971, p. 1233 ss.; CARPI, *L'efficacia « ultra partes » della sentenza civile*, Milano 1974, p. 279 ss., 309 ss.

<sup>(121)</sup> 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 *G. it.*, 2008, p. 92, con nota di D'AURIA, *Il termine di prescrizione nell'azione revocatoria*, ed in *Nuova g. civ. comm.*, 2007, I, p. 1154, con nota di 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

re le Sezioni unite della Suprema Corte — che *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, ult. comma, c.p.c.)<sup>(122)</sup>. Viene così 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 deliberazione giudiziale della fondatezza della domanda (fumus boni iuris)*, e dall'altro si richiede una sentenza passata in giudicato al fine di cancellare la trascrizione stessa<sup>(123)</sup>. La trascrizione di domande giudiziali infondate può, infatti, arrecare seri danni al titolare del diritto, pregiudicando gravemente la circolazione giuridica dell'immobile: consentire 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 rientrerebbe nella discrezionalità del legislatore l'individuazione dei presupposti di trascrizione delle domande giudiziali<sup>(124)</sup>.

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 principi 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 di-

citata da VETTORI, *Immobili urbani — Prelazione legale — Questione di legittimità costituzionale dell'art. 39, 1° comma, l. n. 392/1978*, in *Nuova g. civ. comm.*, 1990, I, p. 75 ss.

<sup>(122)</sup> Cfr. Cass., sez. un., 12 giugno 2006, n. 13523, in *G. it.*, 2007, p. 937.

<sup>(123)</sup> C. cost. 6 dicembre 2002, n. 523, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 275, in *F. it.*, 2003, I, c. 1972, con nota di GAMBINERI, ed in *D. e resp.*, 2003, p. 250, con nota di PALMIERI.

<sup>(124)</sup> La motivazione della Consulta appare peraltro piuttosto debole, sussistendo fondati dubbi di illegittimità costituzionale della disciplina alla luce degli artt. 24 e 111 Cost.: cfr. GAMBINERI, *Nota a Corte cost. 6 dicembre 2002, n. 523*, in *F. it.*, 2003, I, c. 1972; 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.

stanza del vigente istituto della trascrizione (sicuramente idoneo oggi — pur con le sue perduranti imperfezioni e lacune <sup>(125)</sup> — 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 desumibile 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 principi 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). È 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.*

---

<sup>(125)</sup> 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 (MENCONI, *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 più 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.

