

Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Urbino Carlo Bo

Materiali



ACQUISTI *A NON DOMINO*, OPPONIBILITÀ E TRASCRIZIONE: CONSIDERAZIONI DI SISTEMA

Lorenzo Balestra

Abstract

[*A non domino* Purchases, Opposability and Transcription: system considerations]. The contribution deals with *a non domino* purchases by which it intends to refer to the case of those who purchase a right on an asset from those who do not own it, with particular reference to real assets. Some considerations on the subject will be presented, trying to identify some theoretical and practical aspects, in order to provide a starting point for reflection on such a complex and articulated matter and then ask what is the substantive or procedural function of the rules that regulate.

Key words:

Purchase, Non domino, Real assets, Transcription, Opposability

Vol. 7 (2020)





Acquisti *a non domino*, opponibilità e trascrizione: considerazioni di sistema

Lorenzo Balestra *

1. L'acquisto *a non domino*: considerazioni introduttive

Il presente contributo, che non vuole pretendere sistematicità alcuna nella trattazione della materia, nasce dalla elaborazione di un intervento al convegno ‘*Acquisti a non domino tra antichità ed attualità*’ presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Urbino che, pena l’emergenza sanitaria attuale, non si è potuto tenere.

Ci si propone di esporre, in questa sede, qualche considerazione sugli acquisti *a non domino*, cercando di enucleare alcuni aspetti, di ordine sia teorico che pratico, al fine di fornire uno spunto di riflessione su una materia tanto complessa ed articolata.

Ciò premesso, si deve subito evidenziare quanto sia difficile parlare di acquisti *a non domino* come una categoria unitaria, tanto che lo stesso Mengoni, nel suo trattato sugli acquisti *a non domino*, dopo aver compiuto una approfondita e, oserei dire, chirurgica analisi delle varie fattispecie, conclude dicendo che “una trattazione unitaria degli acquisti *a non domino* è possibile e utile a patto che non aspiri alla dignità di teoria generale”¹.

* Lorenzo Balestra è avvocato in Pesaro; ha svolto attività di insegnamento presso la Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali dell’Università degli Studi di Urbino Carlo Bo; attualmente è docente a contratto di istituzioni di diritto privato, *on-line*, per l’anno accademico 2020/2021, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Urbino Carlo Bo.

Indirizzo mail: lorenzo.balestra@uniurb.it

¹ L. Mengoni, *Gli acquisti “a non domino”*, Giuffrè, terza edizione, 1994, p. 379. L’autore, dopo la sua attenta ed approfondita analisi, giunge ad affermare la non configurabilità di una categoria generale dell’acquisto *a non domino* in base al criterio della buona fede. Egli osserva, infatti, che: “L’indagine, che qui si conclude, ci ha persuasi che una trattazione unitaria è possibile e utile a patto che non aspiri alla dignità di teoria generale. Pur staccandole, con qualche arbitrio, dagli istituti cui rispettivamente appartengono (il possesso per gli artt. 1153 e 1159, la petizione di eredità per l’art. 534, la trascrizione per l’art. 2652 ecc.), essa ha il vantaggio di istituire una comparazione tra le varie fattispecie attraverso la quale si riesce a individuare con maggiore puntualità certe caratteristiche normative, che in uno studio separato risulterebbero meno evidenti, ed anche a cogliere certe analogie. Ma il comune denominatore costituito dalla buona fede non ha più che un valore descrittivo. La differenza tra gli acquisti immediatamente collegati all’atto negoziale e gli acquisti collegati al possesso resiste ad ogni tentativo di superamento (o di svalutazione) perché incide profondamente sulla portata e sulla natura stessa della tutela del terzo. I primi prendono regola e misura da un preesistente rapporto di alienazione (viziato) tra il *dominus* e il *non dominus*, oppure (nel caso dell’art. 534) dall’apparenza di diritto di cui è investito l’alienante: sono soggetti cioè, in linea di massima, ai principi dell’acquisto derivativo, salvo soltanto che l’acquirente, appunto in virtù della tutela della buona fede, non risente gli effetti della vicenda (dichiarazione di simulazione, annullamento, ecc.) che colpisce, distruggendolo, il titolo

Ed effettivamente, questa lapidaria affermazione, soprattutto dopo un'analisi così attenta della tematica, risulta non solo profondamente vera ma anche profondamente consapevole delle problematiche che si devono affrontare in questo ambito.

Un'altra considerazione, a questo punto, mi sembra appropriata; si tratta di una considerazione di ordine lessicale ma che può essere di aiuto nella nostra indagine.

Si parla di acquisti *a non domino* per descrivere la fattispecie di chi acquista un diritto su di un bene da parte di chi non ne è proprietario, in senso ampio.

Si afferma anche che l'acquisto *a non domino* è acquisto a titolo originario in quanto non vi è un vero dante causa poiché il venditore non è titolare del diritto che abbia trasmesso.

Se, però, ci soffermiamo ad analizzare il termine "acquisto *a non domino*" ci avvediamo che letteralmente tradotto significa acquisto da parte di chi non è proprietario; ma trattandosi di acquisto a titolo originario l'acquirente non acquista il diritto dal *non domino* ma lo acquista, appunto, originariamente.

Dovremmo, quindi, concludere che il termine sia scorretto?

In realtà non ce ne sarebbe un altro migliore per descrivere la fattispecie e, a ben riflettere, non è nemmeno sbagliato se si intenda che l'acquisto deriva non dal *non domino* ma si perfeziona tramite un comportamento del *non domino*. Pertanto, se è vero che il diritto non deriva dal venditore, sprovvisto di un diritto sul bene, è altrettanto vero che il *non domino* è il tramite affinché l'acquirente acquisti quel diritto, proprio attraverso un comportamento del *non domino* ed in ciò vi è una sorta di derivatività².

In altre parole, l'acquisto è a titolo originario ma il *non domino* è un dante causa di fatto.

Credo che la correttezza del termine "acquisto *a non domino*" risieda proprio in questa riflessione.

Il *non domino*, infatti, immette l'acquirente in quella situazione di fatto che è il possesso, nella previsione di cui all'art. 1153 c.c.

Ancora, in presenza di titolo astrattamente idoneo, ai sensi dell'art. 1161 c.c., unitamente al possesso (di buona o mala fede che influisce sul tempo per maturare l'usucapione), l'acquirente diviene proprietario di quel bene mobile.

Allo stesso modo per gli immobili, di cui mi occuperò in questa relazione, ove, l'art. 1159 c.c., prevede la cosiddetta usucapione abbreviata in presenza di un titolo astrattamente idoneo, della buona fede, unitamente alla trascrizione dello stesso presso i registri immobiliari.

Ecco che la derivatività e la originarietà dell'acquisto si fondono in una fattispecie del tutto particolare ove l'apparenza è data dalla legittimazione del venditore dante causa

del suo autore. I secondi prendono regola e misura esclusivamente dal rapporto di alienazione costituito tra il *non dominus* e il terzo e in base al quale il terzo riceve il possesso, mentre la posizione dell'alienante viene in considerazione soltanto come punto di riferimento per la determinazione dell'oggetto della buona fede: tali acquisti, pur essendo qualificati da un'alienazione, si accostano alla categoria dei modi originari di acquisto." (pp. 379-380).

² Questo, a parere di chi scrive, sembra essere anche la posizione del Mengoni (op. cit., 1994, pp. 379-380), ove l'autore intravede una sorta di derivatività anche nell'acquisto *a non domino*, basato su di un titolo viziato, facendo leva sulla situazione possessoria e sulla buona fede: "... sono soggetti cioè, in linea di massima, ai principi dell'acquisto derivativo, salvo soltanto che l'acquirente, appunto in virtù della tutela della buona fede, non risente gli effetti della vicenda (dichiarazione di simulazione, annullamento, ecc.) che colpisce, distruggendolo, il titolo del suo autore."

dal quale sembra derivare l'acquisto, mentre lo stesso si verifica a titolo originario proprio per la mancanza di legittimazione del *non dominus*.

E' questo, ritengo, che sia alla base della complessa normativa che permette di far salvi gli acquisti dal *non dominus*.

Sono da contemperare, da un lato, l'esigenza del vero proprietario a non vedersi spogliato del proprio diritto e, dall'altro, la certezza nella circolazione dei diritti nei confronti dei soggetti terzi unitamente, per quanto riguarda gli immobili, all'inerzia del vero titolare che non abbia preteso il riconoscimento del suo diritto oggetto di disposizione da parte del *non dominus*.

Così il principio che "nessuno possa trasferire più di quanto gli spetti", vero in linea generale, subisce un adattamento alle esigenze di certezza, adattamento necessario per la circolazione dei beni³.

2. L'acquisto *a non domino* e la vendita di cosa altrui

A ben vedere, sia in materia immobiliare che mobiliare, l'ordinamento cerca di tutelare, per quanto possibile, il vero proprietario: ad esempio, nel caso di vendita di cosa altrui non credo che sia corretto parlare di vero e proprio "acquisto *a non domino*": infatti gli artt. 1478 e 1479 c.c. prevedono che la vendita di cosa altrui operi su di un piano obbligatorio, costringendo, appunto, il venditore a procurare al compratore la proprietà del bene che, a quel punto, consisterà in un acquisto a titolo derivativo⁴; solo successivamente, nell'inerzia del vero proprietario e nell'inerzia dell'acquirente (distinguendosi l'ipotesi di buona o mala fede), potrà darsi luogo ad un 'acquisto *a non domino* ai sensi dell'art. 1159 c.c.⁵.

³ "E' evidente come l'ammissibilità di un trasferimento di diritti da parte di chi non ne sia titolare contraddice diversi principi cardine del nostro ordinamento. Non solo quello che vede nella circolazione dei diritti un meccanismo di successione lineare in cui un soggetto subentra ad un altro soggetto nella titolarità di un diritto che rimane invariato nella sua consistenza; ma anche con la garanzia costituzionale dettata dall'art. 42 della nostra Suprema Carta, che stabilisce il principio secondo cui la proprietà privata può essere sottratta al suo titolare senza il suo consenso esclusivamente per motivi di interesse generale e solo nei casi previsti dalla legge, e sempre solo salva la corresponsione di un equo indennizzo. La regola degli acquisti *a non domino*, al contrario, consente che la titolarità di un diritto passi ad un soggetto terzo senza che vi sia alcuna forma di consenso da parte dell'originario proprietario e senza che vi sia, è inutile dirlo, alcuna causa di pubblica utilità." (M. Cenini, *Gli acquisti a non domino*, Giuffrè, 2009, pp. 15-16).

⁴ In verità vi è chi ritiene che anche l'acquisto che si realizzi a titolo originario, per mezzo dell'intervento dell'alienante di cosa altrui, possa configurare quell'attività del venditore di "procurare" l'acquisto prevista dall'art. 1478 c.c.: "Anche ora, infatti, l'acquisto del compratore avviene solo in quanto il venditore lo ha posto in grado di compierlo, procurandogli il possesso o stipulando il contratto poi trascritto, sicché la cooperazione del venditore gioca un ruolo essenziale, ed esime il compratore da ulteriori esborsi rispetto al prezzo contrattuale e da ogni altro maggiore onere. Dunque, anche questi casi rientrano tra i modi con cui il venditore può adempiere la sua obbligazione di fare acquistare il diritto al compratore e, come già detto sopra, non rileva che in molti di questi casi l'acquisto del compratore avviene a titolo originario (per usucapione)." (D. Rubino, *La compravendita*, in Tratt. Dir. Civ. e comm. Diretto da Cicu e Messineo, Giuffrè, 1971, p. 330). Di contrario avviso altri, che osservano che: "In generale, il soddisfacimento dell'interesse creditorio importa realizzazione della pretesa pur se la prestazione debba giudicarsi inesatta. Questo principio, tuttavia, opera se e in quanto l'interesse dell'avente diritto sia soddisfatto integralmente." (C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, in trattato di diritto civile diretto da F. Vassalli, VII, 1, UTET, 1993, p. 738).

⁵ "Non può sussistere invece alcun dubbio sul diritto del compratore alla risoluzione della vendita quando egli sia pervenuto all'acquisto del diritto per una causa indipendente dal fatto e dal concorso del venditore: per averne ricevuto dal terzo proprietario la donazione od il legato della cosa, per esserne divenuto erede,

A ben vedere il paradigma della vendita di cosa altrui si presenta ogni volta in cui il venditore non sia proprietario e la buona o mala fede dell'acquirente avrà effetto in ordine alla propria condizione soggettiva in quello che sarà un eventuale e futuro acquisto *a non domino*.

Ciò è tanto vero sol che si rifletta sulla struttura della vendita di cosa altrui ove la valutazione dell'esistenza della buona o mala fede del compratore avrà ripercussioni sul tempo necessario all'acquisto per usucapione (dieci o venti anni) come si evince facilmente dalla semplice lettura degli artt. 1158 e 1159 c.c. (solo un possesso violento o clandestino impedirebbe, infatti, l'usucapione ai sensi dell'art. 1163 c.c.).

Appare ovvio, per quel che qui interessa, che nella fattispecie di vendita cosa altrui non venga espresso il fatto che chi vende non sia proprietario; se così fosse l'acquirente

per averne conseguito da altri il possesso della cosa stessa e compiuto l'usucapione senza alcuna cooperazione del venditore." (Greco e Cottino, Della vendita, in Comm. Cod. civ. a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1981, p. 171). "Comunque si può dire fin da ora che il criterio della cooperazione o non cooperazione del venditore ha influenza decisiva anche nella vendita di cosa altrui, per qualificarne i successivi sviluppi: nel senso che tale vendita è adempiuta se poi l'acquisto del compratore avviene con la cooperazione del venditore, mentre invece gli spetta la garanzia per evizione (e precisamente, per la c.d. evizione invertita) se poi l'acquisto avviene senza quella cooperazione." (D. Rubino, op. cit., p. 328).

Sul punto, come già accennato nella nota precedente, la dottrina più attenta sembra distinguere fra attività di cooperazione da parte del venditore di cosa altrui nel far acquistare la proprietà al compratore ed effettivo soddisfacimento delle ragioni del compratore di cosa altrui, ragioni, che ben possono essere soddisfatte anche attraverso un acquisto a titolo originario della proprietà del bene altrui oggetto di compravendita, pur non realizzandosi alcuna cooperazione da parte del dante causa, *non domino*. Sul punto: "Infatti, la conoscenza dell'alienità della cosa non implica affatto che il compratore accetti l'onere di prestare il suo consenso nell'acquisto *a non domino*, di coadiuvare cioè il venditore nell'adempimento dell'obbligazione propria di quest'ultimo, ma implica solo l'onere di dover attendere l'adempimento medesimo nel termine pattuito o altrimenti stabilito, prima di poter agire in risoluzione (...) non si può invece pretendere che il compratore si avvalga di un mezzo, come l'usucapione o la trascrizione, posto esclusivamente a tutela sua e non del venditore, e se ne avvalga per avvantaggiare quest'ultimo, rendendogli possibile l'adempimento della sua obbligazione, ma agendo al tempo stesso in danno del terzo." (Greco e Cottino, op. cit., 1981, p. 168). Sul punto continua questa dottrina affermando che: "Se mai, il problema è un altro (...) è di vedere cioè se, in che modo ed in qual misura l'interesse del creditore sia stato soddisfatto, con quale grado di certezza di obiettiva riscontrabilità la proprietà della cosa si possa ritenere trasferita al compratore *a non domino*." (Greco e Cottino, op. cit., p. 170).

Anche la giurisprudenza sembra abbracciare questa posizione ritenendo non realizzato l'adempimento dell'obbligo di cooperazione da parte del venditore di cosa altrui se l'acquisto avvenga a titolo originario (per usucapione): "La disposizione dell'art. 1479 secondo cui il compratore non può agire in risoluzione se nel frattempo il venditore "gli ha fatto acquistare la proprietà" della cosa, non contraddice a quanto finora si è detto ed anzi ne conferma la fondatezza, poiché l'espressione usata dal legislatore ("fatto acquistare la proprietà") allude senza dubbio ad un acquisto a titolo derivato mediante la collaborazione del venditore (successiva alla vendita) che vale come sopravvenuta causa giustificatrice della prestazione patrimoniale a lui spettante, mentre se il compratore diventa proprietario della cosa in virtù di un acquisto a titolo originario, come nel caso previsto dall'art. 1153 c.c. (oppure per usucapione, donazione ecc.) la surriferita norma è da ritenere inapplicabile, mancando un comportamento legittimo del venditore che possa eliminare l'inadempimento iniziale costituito dalla alienità della cosa e dal conseguente omesso trasferimento del diritto di proprietà come effetto immediato del consenso." (Cass. Civ., sez. II, 6 dicembre 1988, n. 6626, Foro it. 1989, I,721.). Nello stesso senso anche la giurisprudenza più recente che sembra presupporre che il trasferimento debba essere a carattere derivativo: "In tema di contratto preliminare di vendita, il promissario acquirente il quale ignori che il bene, all'atto del preliminare, appartenga in tutto o in parte ad altri, non può agire per la risoluzione prima della scadenza del termine per la stipula del contratto definitivo, in quanto il promittente venditore fino a tale momento può adempiere all'obbligazione di fargli acquistare la proprietà del bene, o acquistandola egli stesso dal terzo proprietario o inducendo quest'ultimo a trasferirgliela." (Cass. Civ., sez. II, 5 novembre 2004, n. 21179, Contratti 2005, 681 - nota di Aquino).

sarebbe sempre in mala fede e l'usucapione, ove non vi fosse violenza o clandestinità nel possesso, maturerebbe nel ventennio, non potendosi parlare di titolo "astrattamente idoneo" ai sensi dell'art. 1159 c.c., mancando del tutto la buona fede dell'acquirente⁶.

A questo punto osserviamo, però, riguardo i beni immobili, che l'acquisto dal *non dominus* sconta la funzione che il regime della pubblicità immobiliare svolge nel nostro ordinamento.

Non basta la buona fede, non basta la trasmissione del possesso, non basta il titolo astrattamente idoneo, ma è necessario che questa situazione di apparenza venga completata con la pubblicità ove si voglia acquistare dal *non dominus* nel più breve termine del decennio.

E sempre il regime della pubblicità potrà impedire anche l'acquisto per usucapione nel ventennio ove venga effettuata la trascrizione di una domanda giudiziale verso il *non dominus* ed il terzo acquirente, da parte del vero proprietario, come tale sufficiente ad interrompere il decorso del termine di acquisizione, con ciò interrompendo la prescrizione cosiddetta acquisitiva propria dell'usucapione.

3. Alcune fattispecie paradigmatiche

Le fattispecie sono molteplici; non potendosi in questa sede trattare di tutto e tralasciando quella particolare forma di acquisto *a non domino* che è l'acquisto dall'erede apparente (che mostra aspetti peculiari), ci si concentrerà sulla funzione della trascrizione del titolo astrattamente idoneo di cui all'art. 1159 c.c. (relativamente al quale si sono affrontati sopra alcuni aspetti) e della trascrizione della domanda giudiziale *ex art. 2652 c.c., n. 6 e 2653 c.c., n. 1* in relazione alla funzione dell'art. 2644 c.c., in quanto, a mio parere, paradigmatiche della disciplina.

Non che le altre fattispecie, relative alla simulazione, alla nullità o alla revocazione, non siano estremamente importanti ma il luogo non ci consente di poterle affrontare.

Con riferimento ai **beni immobili, l'art. 1159 c.c., paradigmatico caso di acquisto *a non domino***, stabilisce che colui che in buona fede acquisti un immobile da chi non ne sia proprietario, in forza di un titolo idoneo (astrattamente e cioè il cui unico "neo" consiste nel fatto che chi trasferisce il bene non ne è proprietario ma che, per il resto, non sia affetto da altro vizio) a trasferire la proprietà e debitamente trascritto, ne compirà l'usucapione in suo favore col decorso di dieci anni dalla data di trascrizione.

In questo caso l'acquisto non avviene in via automatica (diversamente da quanto previsto dall'art. 1153 c.c. o dall'ipotesi prevista dal successivo art. 1155 c.c., e relative ai beni mobili), limitandosi la legge solo a contrarre il tempo necessario ai fini

⁶ Cfr. Cass. Civ., sez. II, 21 maggio 2003, n. 7966, Giur. it. 2004, 973: "Ne consegue che con considerazioni atte a dimostrare l'assunto, la Corte partenopea ha ritenuto che con l'atto T. E. P. aveva venduto una cosa indicata come propria, mentre non lo era; l'ipotesi da considerare non era dunque quella dell'art. 1478 c.c., ma piuttosto quella dell'art. 1479 c.c., con la conseguenza che risultava applicabile l'art. 1159 c.c.". Nello stesso senso, Trib. Sulmona, 2 febbraio 2011, Giurisprudenza locale - Abruzzo 2011: "L'applicazione dell'art. 1479 c.c. implica la prova da parte del compratore della propria buona fede, la quale costituisce una condizione dell'azione che non può essere esclusa per la semplice possibilità di verificare l'altruità della cosa attraverso l'esame dei registri immobiliari, qualora il compratore si sia fidato della contraria dichiarazione formulata dal venditore al momento dell'atto. Infatti, quel che rileva ai fini dell'art. 1479 c.c., è solo la posizione soggettiva dell'acquirente, sicché non ha alcuna incidenza l'erroneo convincimento del venditore di essere proprietario del bene alienato."

Lorenzo Balestra, *Acquisti a non domino, opponibilità e trascrizione: considerazioni di sistema*

dell'usucapione del bene stesso: non più vent'anni bensì dieci, in presenza dei requisiti soggettivi e oggettivi previsti dalla norma.

Requisiti oggettivi sono il titolo astrattamente idoneo⁷ e la sua trascrizione⁸.

⁷ Con tale espressione si intende il titolo che, tenuto conto della forma e della sostanza dell'atto, sia idoneo in astratto, ancorché non in concreto, a determinare il trasferimento o la costituzione del diritto reale, ossia tale che l'acquisto del diritto si sarebbe senz'altro verificato se l'alienante ne fosse stato titolare. Per giurisprudenza costante, vi deve essere esatta corrispondenza tra bene oggetto del titolo e bene oggetto del possesso: "L'usucapione decennale della proprietà di un immobile, regolata dall'art. 1159 c.c., ha quali suoi necessari presupposti sia l'acquisto in buona fede dell'immobile *a non domino*, sia l'identità tra il bene posseduto e quello oggetto del titolo che deve riguardare specificatamente l'immobile che si è inteso trasferire del quale si sostiene l'acquisto per decorso del decennio." (Trib. Bari, sez. I, 24 aprile 2008, *Giurisprudenzabarese.it* 2008).

Tuttavia, si ammette che l'usucapione abbreviata comprenda anche le pertinenze della cosa principale anche se non specificate nel titolo e ciò in virtù del loro regime legale. Secondo l'opinione prevalente, costituiscono titoli non solo gli atti negoziali, ma anche i provvedimenti giudiziali (Roselli F., *Il possesso e le azioni di rinunciazione*, in *Giust. Sist. Civ. e Comm.*, fondata da W. Bigiavi, Utet, 1993, p. 329; *contra* De Martino F., *Del possesso*, in *Comm. Cod. civ.*, diretto da Scialoja e Branca, sub artt. 1140-1172, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1984, p. 74).

Sulla tipologia di atto "astrattamente idoneo" si è a lungo dibattuto e copiosa è stata l'elaborazione giurisprudenziale della quale pare opportuno dare atto.

Quanto al contratto nullo: è pacifico che esso non costituisca titolo idoneo, nemmeno nell'ipotesi in cui la nullità dipenda da vizi di forma (Cass. Civ., sez. II, 20 aprile 2001, n. 5894, *Giur. it.* 2002, 265).

Quanto al contratto annullabile, risolubile, rescindibile: secondo l'opinione dominante costituisce titolo idoneo fino a quando non venga annullato, risolto o rescisso, perché, fino a tale momento, è idoneo a produrre i suoi effetti (Cass. Civ., 6 aprile 1982, n. 2103, *Riv. notariato* 1983, 1237).

Si tende, poi, generalmente a negare l'usucapione abbreviata nel caso di acquisto dal *falsus procurator* dell'effettivo titolare del bene. In specie, la dottrina (Roselli F., *op. cit.*, 1993, p. 328 e ss.) e la giurisprudenza, sottolineano la mancanza del requisito dell'acquisto *a non domino*, essendo il rappresentante parte in senso meramente formale, mentre parte in senso sostanziale è il rappresentato. La giurisprudenza, invece, fa leva sulla inidoneità del titolo, concentrandosi su di un piano prettamente processuale, a causa del difetto di legittimazione di colui che si dichiara rappresentante: "Non costituisce titolo idoneo ai fini dell'acquisto per usucapione abbreviata il negozio posto in essere dal *falsus procurator*." (Cass. Civ., 20 marzo 1982, n. 1813, *Giust. civ.* 1982, I,1818.).

Quanto al contratto sotto condizione sospensiva ci si chiede se esso costituisca titolo idoneo, qualora il bene venga consegnato all'acquirente in via anticipata rispetto all'avveramento della condizione. Si ritiene che esso non costituisca titolo idoneo nemmeno in tale ipotesi, in quanto non si ha immissione nel possesso, ma nella mera detenzione del bene. Inoltre, qualora si avverasse la condizione, la detenzione rimarrebbe tale e non si modificherebbe in possesso, in quanto la retroattività della condizione opera solo sul piano degli effetti negoziali e non su quello della situazione di fatto (salvo che ricorrano le condizioni per altra via - Roselli F., *op. cit.*, 1993, pp. 330-331): "Con riguardo ad un accordo divisorio (nella specie: recepito in una sentenza di divisione giudiziale), che attribuisca la proprietà di un immobile della massa in via condizionata ad un condividente e, subordinatamente al mancato verificarsi dell'evento, dedotto in condizione, in un termine prefissato, ad altro condividente, l'acquisto definitivo in favore di quest'ultimo, nella ricorrenza del presupposto indicato, ha portata retroattiva *ex art. 1360 c. c.*, ma non esclude, nei confronti del primo attributario, gli effetti del possesso utile ad usucapionem, sempre che trattandosi di usucapione speciale, che richieda anche un titolo idoneo (come nel caso dell'usucapione della piccola proprietà rurale disciplinata dall'art. 1159 bis c. c.), ne ricorrano le relative condizioni." (Cass. Civ., sez. II, 6 febbraio 1987, n. 1192, *GCM* 1987, fasc. 2).

Per il contratto sotto condizione risolutiva: l'usucapione abbreviata è impedita dal verificarsi della condizione, che elimina retroattivamente l'efficacia del titolo e, quindi, la sua idoneità al trasferimento del diritto.

Quanto al contratto a termine: il contratto a termine finale (al di là delle problematiche relative alla concezione di una proprietà temporanea) non costituisce titolo idoneo a causa della temporaneità del diritto trasmesso, mentre il contratto a termine iniziale costituisce titolo idoneo solo a decorrere dalla scadenza del termine.

Quanto alla donazione: è discusso se costituisca titolo idoneo ai sensi dell'art. 1159 c.c. (per un'ampia disamina vedi: Roselli F., op. cit., 1993, pp. 328-337). Alcuni Autori sostengono la tesi negativa in ragione della previsione dell'art. 771 c.c. che prescrive la nullità della donazione di cose future come estensivamente interpretato dalla dottrina e giurisprudenza pressoché univoche applicabile anche alla donazione di cose altrui. Prevale, però, la tesi positiva la quale rileva che la formulazione dell'art. 1159 c.c. (così come dell'art. 1153 c.c.) non distingue tra acquisti a titolo oneroso ed acquisti a titolo gratuito e che, in ogni caso, lo stesso articolo serve proprio a superare la comminatoria di nullità dell'art. 771 c.c. estensivamente interpretato. Si rileva, inoltre, che la nullità della donazione di cosa altrui dipende da un difetto inerente non alla struttura del negozio, ma alla funzione del medesimo, derivando il difetto proprio dalla non appartenenza del diritto al disponente. La giurisprudenza si esprime sia per la inammissibilità (Cass. Civ., 20 dicembre 1985, n. 6544, GCM 1985, fasc. 12.; App. Napoli, 14 luglio 2009), che per l'ammissibilità, che sembra prevalere (Trib. Lamezia Terme, 1 giugno 2009; Cass. Civ., sez. II, 5 maggio 2009, n. 10356, Riv. Not. 2010, 4, 1118; Cass. Civ., sez. II, 5 febbraio 2001, n. 1596, Contratti 2001, 760).

Quanto alla divisione: è considerato un titolo non idoneo in ragione della sua natura dichiarativa e non costitutiva, come interpretata dalla unanime dottrina e giurisprudenza (Cass. Civ., 21 marzo 1983, n. 1976, GCM 1983, fasc. 3).

Con riferimento alla successione mortis causa: è opinione dominante che la successione universale non costituisca titolo idoneo (Roselli F., op. cit., 1993, pp. 331-332). A tale conclusione si giunge, peraltro, in forza di diverse argomentazioni. L'opinione prevalente fa discendere l'idoneità dal principio della necessaria corrispondenza tra oggetto del titolo ed oggetto del possesso; la successione universale, infatti, non consente l'accertamento di tale corrispondenza, riferendosi ad una massa patrimoniale comprendente l'insieme delle posizioni giuridiche del defunto. Né a tal fine potrebbero supplire la dichiarazione di successione o la trascrizione, trattandosi di atti distinti e non di titoli di acquisto del diritto. Inoltre l'acquisto per successione è un effetto di legge e non di volontà del defunto che istituisce solamente l'erede e tale ultimo argomento escluderebbe anche il lascito a titolo particolare (Cass. Civ., sez. II, 23 luglio 1994, n. 6890, Giur. it. 1995, I, 1267; Cass. Civ., 21 marzo 1983, n. 1976, GCM 1983, fasc. 3; Cass. Civ., 2 luglio 1975, n. 2575, GCM, 1975).

Altri, in linea con la giurisprudenza sopra riportata, escludono l'idoneità del titolo di acquisto mortis causa (sia a titolo universale che particolare, sia legittima che testamentaria) affermando che non si tratterebbe di un evento traslativo in senso proprio. Non manca poi chi esclude l'idoneità dell'acquisto a titolo universale, affermando che se l'erede, ex art. 1146 c.c., non può vantare un possesso diverso da quello del *de cuius*, il medesimo non può nemmeno invocare un titolo diverso. Peraltro si rileva come tale affermazione non possa valere rispetto al caso in cui il *de cuius* lasci in eredità un bene non solo altrui, ma anche mai posseduto. Altra dottrina, per contro, ritenendo unico ostacolo all'usucapione la indeterminatezza dell'oggetto del lascito, considera titolo idoneo il testamento con il quale l'erede viene istituito in beni individuati con precisione dal testatore (De Martino F., Del possesso, in Comm. Cod. civ., diretto da Scialoja e Branca, sub artt. 1140-1172, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1984, p. 71). Quanto al legato, il problema si pone non rispetto al legato obbligatorio ex art. 651 c.c., che non può certamente costituire titolo idoneo per usucapire, ma riguardo al legato di cosa altrui non accompagnato dalla menzione dell'alienità del bene e come tale nullo ai sensi della citata norma. Il problema, per chi ritenga differenziare tale ipotesi (lascito a titolo particolare) da quella della successione universale, si pone negli stessi termini già visti riguardo alla donazione di cosa altrui. Prevale l'opinione (App. Venezia, 15 novembre 1948; Cass., 23 luglio 1960, n. 2100, Rep. Gen. G.I., 1960; in dottrina, De Martino F., op. cit., 1984, 72) che ammette l'usucapione abbreviata del legato di cosa altrui, rilevando che la sua nullità non equivale a mancanza del titolo: si tratterebbe di acquisto *a non domino* che non differisce sostanzialmente da ogni altro caso di alienazione di cosa altrui e il difetto non inerisce alla struttura ma alla funzione (estratto da: L. Balestra, *Proprietà e diritti reali*, UTET, 2012, vol. III, pp. 505-509).

⁸ La trascrizione del titolo ha la funzione di pubblicità dichiarativa ed ha lo scopo di tutelare il titolare del diritto per poter intervenire a difesa delle proprie ragioni.

Nell'usucapione c.d. breve, dal momento della trascrizione inizia a decorrere il termine di usucapione; tuttavia, essendo anche l'usucapione abbreviata fondata essenzialmente sul possesso, si ritiene che il termine inizi a decorrere solo dal momento del materiale impossessamento qualora esso sia successivo alla trascrizione (Cass. Civ., sez. II, 20 marzo 1986, n. 1953, Riv. dir. agr. 1986, 496).

Requisito soggettivo è la buona fede (soggettiva) vale a dire, l'ignoranza di ledere l'altrui diritto, secondo la definizione dell'art. 1147, primo comma, c.c., buona fede che, come sottolinea la dottrina, deve sussistere al momento dell'impossessamento, non già al momento della formazione del titolo⁹.

In questo caso la **trascrizione** non assolve ad un ruolo meramente dichiarativo e, dunque, non svolge la funzione che solitamente le è propria di opponibilità ai terzi, bensì **costitutivo dell'acquisto: essa è elemento imprescindibile ai fini del perfezionamento della fattispecie acquisitiva**, posto che, come si è visto, il *dies a quo* ai fini del calcolo del tempo per l'usucapione decorre proprio dalla data di trascrizione del titolo.

Il termine di decorrenza si ritiene, poi, differito qualora il negozio sia sottoposto a termine iniziale o a condizione sospensiva; infatti l'eventuale esercizio del diritto prima del termine o in pendenza della condizione si devono qualificare come semplice detenzione e non come possesso.

La dottrina (Bigliuzzi Geri L., Breccia U., Busnelli F. D., Natoli U., Diritto civile, - Diritti reali, II, UTET, 1988, p. 407) ha precisato che alla trascrizione del titolo idoneo per l'usucapione abbreviata è estraneo il principio di continuità delle trascrizioni, *ex* art. 2650 c.c., in quanto si tratterebbe di acquisto a titolo originario e non derivativo (estratto da: L. Balestra, Proprietà e diritti reali, UTET, 2012, vol. III, p. 509).

⁹ La buona fede è un requisito previsto esclusivamente per le ipotesi di usucapione abbreviata. Secondo l'opinione dominante (Roselli F., *op. cit.*, 1993, pp. 337-340), per la nozione di buona fede, occorre fare riferimento all'art. 1147 c.c.; più precisamente, essa va intesa in senso soggettivo, quale ignoranza dell'acquirente in ordine alla non titolarità del diritto in capo all'alienante.

Tale interpretazione consente di applicare anche all'usucapione le prescrizioni contenute nell'art. 1147, 2° e 3° co., c.c.: "Ai fini della ricorrenza dell'usucapione decennale abbreviata di cui all'articolo 1159 del c.c., il requisito della buona fede nell'usucapiente è escluso solo in presenza di colpa grave. Tale grado di colpa può ravvisarsi nelle ipotesi in cui quest'ultimo, già dall'esame del titolo, sia messo in grado di escludere o comunque dubitare della titolarità in capo all'alienante del diritto trasferito, oppure abbia esonerato il notaio dall'eseguire le visure catastali e ipotecarie e non le abbia egli stesso eseguite." (Cass. Civ., sez. II, 20 luglio 2005, n. 15252, Foro it. 2006, 2, I, 437).

Si deve, peraltro, tenere presente che sulla stessa interpretazione dell'art. 1147 c.c. non vi è uniformità di vedute.

Secondo alcuni (L. Mengoni, *Gli acquisti a non domino*, Giuffrè, 1975, p. 320), infatti, la buona fede è ravvisabile solo quando vi sia ignoranza dell'illegittimità formale del proprio agire, ossia della non conformità del possesso ai "rapporti giuridici costituiti".

Secondo la dottrina e giurisprudenza prevalenti (per un'ampia disamina vedi: Roselli F., *op. cit.*, 1993, pp. 337-340), invece, la generica consapevolezza della contrarietà del possesso alla situazione di diritto non è sufficiente ad integrare la mala fede, in quanto l'ignoranza di ledere l'altrui diritto sussiste anche nelle ipotesi in cui il possessore abbia la convinzione che il proprietario acconsenta: "Si ha buona fede nel possesso, ai sensi dell'art. 1147 c. c., quando si ignora non l'altrui diritto, ma di arrecare lesione all'altrui diritto, e cioè l'ingiusto sacrificio del *tradens*, autore di un consenso viziato o non autore di alcun consenso." (Cass. Civ., 24 febbraio 1982, n. 1134, Giust. civ. 1982, I, 1554).

E' discusso (per un'ampia disamina vedi: Roselli F., *op. cit.*, 1993, 337-340) se la buona fede debba sussistere al momento della formazione del titolo, ovvero in quello dell'acquisto del possesso, se avvenuto in un momento successivo alla formazione del titolo.

A sostegno della prima opinione si argomenta dal tenore letterale della norma (art. 1147, 3° co., c.c.). A sostegno della seconda posizione, che risulta essere anche quella maggioritaria in giurisprudenza, si utilizza una argomentazione esegetica delle norme: infatti la lesione del diritto altrui non coincide con la stipulazione del negozio, inidoneo, di per sé al trasferimento del diritto, ma con l'acquisto del possesso. Da questa impostazione discende che bisogna avere riguardo al momento dell'acquisto del possesso, se esso è avvenuto successivamente alla formazione del titolo (Trib. Bologna, sez. I, 8 gennaio 2008).

Priva di pregio, invece, sembra essere la teoria che richiede la sussistenza della buona fede anche al momento della trascrizione, se successiva all'immissione nel possesso, in quanto si tratterebbe di elemento costitutivo della fattispecie, posto che la buona fede è requisito che caratterizza esclusivamente il possesso (estratto da: L. Balestra, Proprietà e diritti reali, UTET, 2012, vol. III, p. 504-505).

4. *L'usucapio libertatis*

Uno degli aspetti particolarmente interessanti collegati ad un acquisto *a non domino* di beni immobili è quello noto come *usucapio libertatis*.

Con tale espressione si intende descrivere l'effetto estintivo dei diritti gravanti su un bene immobile quale diretta conseguenza derivante dal possesso continuato dello stesso da parte di un determinato soggetto che ne acquisterà, appunto, *a non dominio*, la proprietà.

Ciò è previsto, nel nostro ordinamento, dall'art. 1153 c.c. con riferimento ai beni mobili; ci si chiede, pertanto, se un tale effetto sia estensibile anche agli immobili, dato che per questi beni la norma tace.

Si sono, quindi, prospettate, sostanzialmente, due tesi:

Per una parte della dottrina e della giurisprudenza più datata, si è ritenuto che il legislatore, non avendo previsto analoga norma, dettata invece per i beni mobili, avesse inteso precludere tale eventualità.

Di conseguenza alcuni autori¹⁰ e la giurisprudenza hanno affermato che la mancata previsione legislativa, unitamente all'interpretazione dell'art. 1153 c.c., farebbero ritenere che il legislatore avesse inteso escludere tale effetto per l'istituto dell'usucapione di beni immobili. Pertanto l'estinzione dei diritti minori sarebbe potuta avvenire, esclusivamente, in forza delle norme sulla prescrizione dei diritti reali per non uso, tenendo conto, per l'operatività della prescrizione, anche del disposto di cui all'art. 1166, 2° co., c.c.

In questo senso anche la giurisprudenza più datata¹¹, secondo la quale: “Non è configurabile nel nostro ordinamento giuridico la possibilità di usucapire il diritto alla libertà di un immobile da pesi che lo gravino (c.d. *usucapio libertatis*), essendo, invece, soltanto configurabile la prescrizione estintiva per non uso dei diritti reali parziali gravanti su un immobile.”¹²

Al contrario, altra parte della dottrina, ha sostenuto di poter applicare in via analogica la norma in questione, anche al caso contemplato dall'art. 1159 c.c., per i beni immobili, sussistendo analoghe esigenze di tutela dell'affidamento dei terzi e di certezza nella circolazione dei beni.

Alcuni autori¹³, infatti, sostengono che l'effetto estintivo del diritto usucapito si

¹⁰ R. Sacco, *Il possesso*, in Tratt. Dir. Civ e comm., diretto da Cicu e Messineo, VII, Giuffrè, 1988, p. 407; Bigliuzzi Geri L., Breccia U, Busnelli F. D., Natoli U, op. cit., 1988, 394.

¹¹ Cass. Civ., 27 maggio 1966, n. 1379, MGI, 1966.

¹² Allo stesso modo si sono espresse altre pronunce: “Il vigente ordinamento non prevede, come causa di estinzione dell'usufrutto *l'usucapio libertatis*, ma, unicamente, la prescrizione estintiva, a seguito del non uso da parte dell'usufruttuario protratto per venti anni (nella specie la convenuta, citata in giudizio dal padre il quale reclamava l'usufrutto di un certo numero di azioni esistenti nell'asse ereditario del coniuge defunto e il rendiconto della gestione della figlia, aveva eccepito che il diritto vantato dal genitore era stato da lei acquisito per usucapione decennale di buona fede.” (Cass. Civ., 21 novembre 1978, n. 5413, MGI, 1978); “La servitù prediale, anche nel vigore del c. c. del 1865, può estinguersi per prescrizione, e non come effetto riflesso dell'usucapione da parte di un terzo del fondo servente, pure se posseduto come bene libero (cosiddetta *usucapio libertatis*).” (Cass. Civ., 28 maggio 1981, n. 3505, GCM, 1981, fasc. 5); “La materia dell'estinzione per non uso delle servitù prediali ha la sua disciplina nell'art. 1073 c.c. che collega tale effetto esclusivamente all'inerzia del titolare che si sia protratta per venti anni sicché non basta che il proprietario del fondo servente, avendolo acquistato in buona fede come esente dal peso, lo abbia altresì posseduto per dieci anni dopo la trascrizione del titolo, non essendo prevista nel nostro ordinamento *l'usucapio libertatis*.” (Cass. civ., sez. II, 27 marzo 2001, n. 4412, MGI, 2001, GCM, 2001, 595).

¹³ F. De Martino, op. cit., 1984, p. 69; L. Mengoni, op. cit., 1975, 135.

propaghi anche a tutti i diritti comunque collegati al diritto del precedente titolare: l'usucapione, in altri termini, avrebbe come effetto collegato e conseguente l'acquisto del bene come libero da qualsivoglia peso, anche utilizzando in via analogica il disposto dell'art. 1153 c.c.

Sul punto la Corte di Cassazione, in periodi più recenti, con la sentenza n. 8792/2000, e in altre successive, ha negato l'applicabilità dell'istituto in esame per il caso *de quo*, ma ne ha mantenuto gli effetti ponendo l'accento **sulla retroattività dell'acquisto per usucapione**, decorrente fin dall'inizio del possesso.

Infatti, la retroattività, avendo efficacia reale, è in grado di eliminare in radice il problema della compatibilità o meno del diritto usucapito con i diritti reali minori vantati dai terzi: "L'usucapione compiutasi all'esito di possesso ventennale da parte di un soggetto privo di titolo trascritto estingue le ipoteche iscritte o rinnovate a nome del precedente proprietario, quantunque non ancora perente, tale effetto estintivo riconducendosi non già ad una presunta *usucapio libertatis* bensì all'efficacia retroattiva dell'usucapione stessa."¹⁴

Per comprendere appieno come si sia arrivati a tale elaborazione è bene precisare che parte della dottrina¹⁵ e la giurisprudenza più datata¹⁶ affermavano che l'usucapione si compisse solo allo scadere del termine di legge e che nessuna norma sancisse la retroattività dell'acquisto.

Essendo la retroattività fenomeno eccezionale, si concludeva che, nel silenzio della legge, l'usucapione non potesse che operare *ex nunc*.

La dottrina più recente (per una disamina vedi: Roselli F., op. cit., 1993, p. 292 e ss.) e la giurisprudenza, oramai con posizione unanime, al contrario, affermano che gli effetti dell'usucapione retroagiscono al momento dell'acquisto del possesso: "L'usucapione immobiliare ha luogo a favore di chi abbia esercitato il possesso effettivo, anche se in mala fede, di un bene immobile suscettibile di acquisto da parte di terzi per effetto esclusivamente del decorso del tempo; altresì, il carattere dell'usucapione è la retroattività del suo effetto, pertanto non vi è dubbio che l'usucapiente - decorso il termine di legge - debba considerarsi unico proprietario del bene sin dall'inizio del suo possesso, e quindi, per il caso che interessa, è l'effettivo titolare degli immobili in contestazione. Conseguentemente, detti immobili per essere stati legittimamente usucapiti, non potevano considerarsi di proprietà del *de cuius* al momento della sua morte e pertanto le imposte di successione, in.v.im., ipotecarie e catastali relative a tali beni dovrebbero ritenersi non dovute. Tuttavia, risultando gli immobili, all'atto di apertura della successione, accatastati in capo al *de cuius* (non essendo stata ancora dichiarata, infatti, l'avvenuta usucapione, con sentenza della Corte d'appello, poi passata in giudicato), gli eredi dovevano regolarmente, come in effetti hanno fatto, inserire nella dichiarazione di successione gli immobili, non mancando, poi, di produrre nei termini la conseguente istanza di rimborso."¹⁷; "Il principio della cosiddetta retroattività reale dell'usucapione - secondo cui si ritiene che l'usucapiente sia stato titolare del diritto di proprietà, sin dal momento in cui ha cominciato a possedere la cosa - si giustifica con contingenti ragioni di necessità e di opportunità pratica, sicché trova applicazione puntuale nei casi in cui, senza pregiudizio dei terzi (che nell'intervallo abbiano ad esempio acquistato dal proprietario) occorra

¹⁴ Cass. Civ., sez. II, 28 giugno 2000, n. 8792, Vita not. 2000, 1607.

¹⁵ Masi A., *Il possesso e la denuncia di nuova opera e danno temuto*, in Tratt. Dir. Priv., diretto da Rescigno, VIII, UTET, 1982, p. 505.

¹⁶ Cass. Civ., 18 luglio 1949, n. 1949, Rep. Gen. G.I., 1949.

¹⁷ Comm. Trib. Reg. L'Aquila, sez. VIII, 24 gennaio 2001, n. 238, Fisco 2002, 2856 (nota di: Del Federico).

sanare o rendere certe e definitive, situazioni alle quali abbiano dato luogo gli atti intermedi dell'usucapiente. (Nella specie, è stato negato il diritto del nudo proprietario al risarcimento dei danni per la mancata restituzione dell'immobile dopo la estinzione dell'usufrutto, in quanto l'usufruttuario aveva donato l'immobile oggetto dell'usufrutto che, dopo la morte dell'usufruttuario stesso, era stato acquistato in piena proprietà dal donatario per usucapione decennale, con la conseguenza che per l'effetto retroattivo dell'avvenuto acquisto a titolo originario, l'obbligo di restituzione del bene al nudo proprietario, in seguito all'estinzione dell'usufrutto per la morte dell'usufruttuario donante, doveva considerarsi venuto meno sin dal momento in cui avrebbe dovuto essere adempiuto).¹⁸

Questa lettura, oramai consolidata, circa la retroattività dell'acquisto per usucapione ha, quindi, portato ad una siffatta interpretazione.

E' bene precisare, poi, che chi ammette l'*usucapio libertatis* attribuisce alla retroattività un significato ulteriore, ossia quello di reputare inefficaci nei confronti dell'usucapiente, che abbia posseduto la cosa come libera, gli atti dispositivi compiuti dall'*ex* titolare del diritto.

Questione diversa, poi, è se l'usucapione della cosa ipotecata (discorso analogo si compie nel caso di servitù prediali) estingua l'ipoteca stessa¹⁹.

Secondo alcuni²⁰ l'ipoteca non si estinguerebbe in quanto si considera terzo acquirente, ai sensi dell'art. 2858 c.c., anche chi abbia acquistato a titolo originario e non solo chi abbia acquistato a titolo derivativo.

Secondo altri, invece, anche l'ipoteca si estinguerebbe²¹ in quanto il creditore ha un'azione a difesa della cosa, che può esercitare surrogandosi al titolare della cosa stessa, onde la sua inerzia verso l'usucapiente può privarlo della garanzia ipotecaria; inoltre l'ipoteca, ai sensi dell'art. 2858 c.c., può farsi valere contro il terzo acquirente, ma non contro il terzo possessore; infine, gli artt. 2814, 2815 e 2816 c.c. dispongono l'estinzione dell'ipoteca quale effetto dell'estinzione per prescrizione del diritto gravato dall'ipoteca stessa.

Sul punto la giurisprudenza di merito (Trib. Rimini, 5 agosto 2009) si è espressa sancendo la caducazione del privilegio ipotecario: "L'usucapione compiutasi all'esito di possesso ventennale da parte di un soggetto privo di titolo trascritto estingue le ipoteche iscritte o rinnovate a nome del precedente proprietario, quantunque non ancora perente, e tale effetto estintivo è da ricondursi non già ad una presunta *usucapio libertatis* bensì all'efficacia retroattiva dell'usucapione stessa. Ne consegue che il creditore ipotecario, nel caso in cui sia stata pronunciata una sentenza di usucapione, è legittimato a proporre opposizione di terzo ordinaria, dal momento che la pronuncia resa inter alios ha quale effetto riflesso la perdita del proprio diritto, autonomo ed incompatibile con l'accertamento retroattivo della proprietà, effetto caratteristico della sentenza di

¹⁸ Cass. Civ., 17 novembre 1973, n. 3082, MGI, 1973.

¹⁹ Roselli F., op. cit., 1993, p. 292 e pp. 318-320; Bigliuzzi Geri L., Breccia U., Busnelli F. D., Natoli U., op. cit., 1988, p. 394.

²⁰ Tamburrino G., *Delle ipoteche*, in Comm. Cod. civ., UTET, 1976, p. 286.

²¹ Gorla G., *Del pegno, Delle ipoteche*, in Comm. Cod. civ., a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1945, pp. 631-634.

usucapione.”²²

²² In realtà la questione è ben più complessa anche se questa non è la sede per poter approfondire il problema. Infatti la caducazione o meno dei diritti gravanti sul bene oggetto di acquisto *a non domino* in virtù di usucapione, anche decennale, è un problema che, secondo una certa opinione, andrebbe affrontato caso per caso. Si afferma, infatti, che si dovrà ritenere inammissibile la persistenza di diritti reali minori su di un bene usucapito qualora il possesso sia stato esercitato in modo incompatibile con la persistenza dei diritti stessi mentre, al contrario, dovrà ritenersi ammissibile la loro persistenza nel caso in cui il possesso sia stato esercitato nel pieno riconoscimento dei diritti stessi.

In questo senso anche la giurisprudenza più moderna la quale, pur ammettendo un effetto per così dire purgativo dell'acquisto per usucapione, rileva la necessità di valutare il caso concreto; infatti, a ben riflettere, la persistenza o meno dei diritti reali minori, così come dei diritti reali di garanzia va temperata con l'oggetto stesso del possesso continuato attraverso il quale si realizza l'acquisto *a non domino*, di conseguenza un possesso che non sia incompatibile con la persistenza di diritti reali minori sul bene oggetto di acquisto non produrrà la caducazione di quelli.

Sul punto la giurisprudenza pare adottare questo criterio di giudizio: “La compatibilità fra la prelazione esercitata dal Comune e l'acquisto a titolo originario per usucapione di un bene culturale sottoposto a vincolo è da verificare caso per caso, avendo riguardo alle caratteristiche del possesso esercitato e alla natura della pretesa altrui, nel senso che la prelazione è da considerarsi estinta solo ove confliggente rispetto all'esercizio del possesso ventennale: in ipotesi di denuncia di vendita tardiva del bene culturale, ai sensi dell'art. 59, d. lgs. 22 gennaio 2004 n. 42, trattandosi di riconoscimento del permanere della prelazione, la suddetta incompatibilità non sussiste.” (Consiglio di Stato, sez. VI, 3 ottobre 2018, n. 5671); “Il principio di cd. retroattività reale dell'usucapione implica che l'usucapiente sia ritenuto titolare del diritto di proprietà sin da quando ha cominciato a possedere la cosa e, pertanto, opera limitatamente ai casi in cui occorra sanare o rendere certe e definitive situazioni cui solo questi, e non altri, abbia dato luogo con propri atti intermedi.” (Cass. Civ., sez. II, 23 dicembre 2015, n. 25964, Guida al diritto 2016, 11, 79); “La materia dell'estinzione per non uso delle servitù prediali ha la sua disciplina nell'art. 1073 c.c. che collega tale effetto esclusivamente all'inerzia del titolare che si sia protratta per venti anni sicché non basta che il proprietario del fondo servente, avendolo acquistato in buona fede come esente dal peso, lo abbia altresì posseduto per dieci anni dopo la trascrizione del titolo, non essendo prevista nel nostro ordinamento l'*usucapio libertatis*.” (Cass. Civ., sez. II, 27 marzo 2001, n. 4412, GCM 2001, 595); “L'usucapione priva di qualsiasi efficacia gli atti dispositivi del proprietario, in danno del quale si è poi compiuta, e la trascrizione degli stessi, con la conseguenza che il notaio rogante della successiva vendita del bene da parte dell'usucapiente non è tenuto a verificare l'esistenza di iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli di data anteriore a quella della trascrizione della sentenza di accertamento della intervenuta usucapione.” (Cass. Civ., sez. II, 28 giugno 2000, n. 8792, Vita not. 2000, 1607); “Il vigente ordinamento non prevede, come causa di estinzione dell'usufrutto, l'*usucapio libertatis*, ma, unicamente, la prescrizione estintiva, a seguito del non uso da parte dell'usufruttuario protratto per venti anni.” (Cass. Civ., sez. II, 21 novembre 1978, n. 5413, MGI, 1978); “Non è configurabile nel nostro ordinamento giuridico la possibilità di usucapire il diritto alla libertà di un immobile da pesi che lo gravino – cosiddetta *usucapio libertatis* – essendo, invece, soltanto configurabile la prescrizione estintiva per non uso dei diritti reali parziali gravanti su un immobile.” (Cass. Civ., Sez. II, 27 maggio 1966, n. 1379, MGI 1966).

A parere di chi scrive, tuttavia, non può certo non saltare agli occhi come una soluzione di questo genere, pur comprensibile e dettata da esigenze di tutela dei soggetti terzi, prestare il fianco a più di una critica.

Il discrimine, allora, va mantenuto sul fatto che si ritenga che l'acquisto per usucapione abbia o meno effetto retroattivo; se tale effetto venga riconosciuto, come è posizione oramai certa, la conseguenza dovrà essere la stessa per ogni peso insistente sul bene che ne è oggetto.

Infatti, nel caso in cui oggetto dell'acquisto per usucapione sia la proprietà, cosa che si verifica, praticamente, nella totalità dei casi, non appare corretto porre il tema di discussione sulla compatibilità o meno del diritto reale minore con il diritto di proprietà usucapito. Infatti a ciò osata proprio la natura del diritto usucapito stesso, la proprietà piena sul bene oggetto di acquisto. Nemmeno può correre in aiuto la funzione della trascrizione la quale svolge i propri effetti di continuità ed opponibilità nelle fattispecie a titolo derivativo ma non negli acquisti a titolo originario che operano prettamente sul piano sostanziale a nulla valendo, infatti, che si sia proceduto alla trascrizione della domanda giudiziale di usucapione, nemmeno prevista sul piano normativo, dovendosi trascrivere solamente la sentenza che dichiara l'avvenuta usucapione. Il

5. Un accenno agli artt. 2652, n. 6 e 2653, n. 1, c.c.

A questo punto è bene effettuare un accenno alle fattispecie previste dagli artt. 2652, n. 6 e 2653, n. 1, c.c.²³.

Quanto alla fattispecie di cui all'art. 2652 n. 6 c.c., scendendo in aspetti più pratici della tematica di cui ci dobbiamo occupare, il legislatore ha posto una norma di contenimento e di garanzia per il caso di conflitto fra più acquirenti di un bene immobile in forza di differenti titoli.

L'art. 2652, n. 6, prevede la trascrizione delle domande dirette a far dichiarare la nullità o l'annullamento di atti soggetti a trascrizione.

Precisa, altresì, che se la domanda è trascritta dopo cinque anni dalla data della trascrizione dell'atto impugnato, la sentenza che l'accoglie non pregiudica i diritti acquistati a qualunque titolo dai terzi di buona fede in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda.

Tuttavia, se la domanda è tesa ad una pronunzia di annullamento per una causa diversa dall'incapacità legale, la sentenza di accoglimento non pregiudicherà i diritti acquistati da terzi in buona fede in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda anche se questa sia stata trascritta prima del decorso di cinque anni dalla trascrizione dell'atto oggetto di impugnazione, sempre che l'acquisto sia avvenuto a titolo oneroso.

La *ratio* della norma, quindi, come si può ben vedere, non è posta a tutela del soggetto acquirente o alienante in funzione del decorso del tempo, ma è posta a tutela della certezza dei traffici giuridici; si parla, infatti, di effetto sanante della trascrizione con ciò intendendosi, non una sanatoria dell'atto invalido ma una sanatoria del trasferimento che, per l'ordinamento, dovrà considerarsi opponibile ad ogni soggetto terzo.

Se così è bisogna anche osservare che il termine quinquennale, quale vero e proprio sbarramento della fattispecie acquisitiva e di opponibilità ai terzi, sia termine di decadenza e non di prescrizione, quindi insuscettibile di variazione; decadenza, tuttavia, non rilevabile d'ufficio, come ha osservato la giurisprudenza la quale afferma che: "Il difetto di trascrizione della domanda diretta a far dichiarare la nullità di un atto, soggetto a trascrizione, nel termine di decadenza di cinque anni previsto dall'art. 2652, deve essere dedotto dalla parte interessata a farlo valere in proprio favore, e non può essere rilevato di ufficio, senza che in contrario possa ritenersi che i diritti derivanti dalla trascrizione sono indisponibili per il fatto che la pubblicità è presupposto di certezza per una serie indefinita di posizioni giuridiche, atteso che essi restano pur sempre nell'ambito patrimoniale e privatistico e la tutela, che la trascrizione assicura, riguarda non posizioni di interesse generale, ma quelle del primo acquirente e dei successivi aventi causa, ai quali resta dunque attribuito l'onere di far valere eventuali omissioni o ritardi delle relative formalità."²⁴

Per completezza bisogna anche osservare che diversa è la fattispecie, sempre contemplata dall'art. 2652, n. 6, c.c., relativa all'impugnazione non della validità dell'atto

discorso, quindi, si sposterà unicamente sul profilo obbligatorio e di responsabilità di chi, ad esempio, abbia concesso un diritto reale di garanzia (un ipoteca) sul proprio bene immobile, poi usucapito da altro soggetto.

²³ Per una attenta disamina degli istituti vedi, fra gli altri: G. Mariconda, *La Trascrizione delle domande giudiziali*, in Trattato di diritto privato, UTET, 1985, vol. 19, pp. 139 – 151.

²⁴ Cass. Civ., sez. I, 23 luglio 2004, n. 13824, Vita not. 2004, 1597.

ma della validità della trascrizione la quale deriva dalla sussistenza delle condizioni richieste dalla legge perché la stessa sia effettuata regolarmente.

In questo caso si lamenta non la invalidità del titolo ma la invalidità della forma di pubblicità con tutte le conseguenze che essa comporta e cioè l'inopponibilità dell'acquisto nei confronti dei soggetti terzi che vantino un diritto sul medesimo bene, con la funzione propria di dirimere le controversie relative.

Quanto alla disciplina dell'art. 2653 n. 1, c.c. essa contempla la trascrizione delle domande di rivendica o di accertamento della proprietà o di altro diritto reale di godimento.

Questa norma mira a tutelare colui il quale affermi il proprio diritto e, di conseguenza, la sentenza pronunciata contro il convenuto indicato nella domanda di rivendicazione e di accertamento della proprietà o di altri diritti reali di godimento su beni immobili ha effetto anche contro coloro che hanno acquistato diritti dal medesimo in base ad un atto trascritto dopo la trascrizione della domanda.

In questo caso la funzione della trascrizione non è tanto quella di risolvere un conflitto sostanziale tra attore e terzo avente causa dal convenuto, ma serve solamente ad individuare, anche in relazione con l'art. 111 c.p.c., i limiti entro cui la sentenza svolge la sua efficacia contro l'avente causa dal convenuto.

La trascrizione della domanda, quindi, assume un carattere prettamente processuale, ma con dei limiti: "Va, innanzi tutto, ricordato che il principio della preferenza a favore di chi abbia già trascritto e a detrimento di chi non abbia trascritto, o abbia trascritto dopo, non vige nell'ipotesi in cui un medesimo diritto immobiliare reale provenga per un soggetto *a non domino* e per l'altro *a domino*. L'acquirente *a non domino*, non avendo acquistato alcun diritto sull'immobile, non si trova, infatti, nelle condizioni volute dall'art. 2644 c.c. per opporre il difetto di trascrizione. Nella specie, la corte d'appello ha, dunque, correttamente osservato che, avendo la società opponente acquistato da L. O., che non era avente causa da proprietario legittimo, il suo acquisto era acquisto *a non domino* e, come tale, nonostante l'eseguita trascrizione, rimaneva inefficace rispetto ad altro acquisto *a domino* ancorché non trascritto."²⁵

6. La doppia alienazione

Infine, solo un accenno al problema della c.d. **doppia alienazione**.

In questo caso soccorre il disposto dell'art. 2644 c.c., dettato in tema di trascrizione.

Qui si prevede che, nel caso in cui un soggetto (dante causa) abbia alienato a più soggetti (aventi causa) un medesimo bene immobile, prevarrà il soggetto che per primo abbia trascritto l'acquisto.

Se si innesta questa previsione al caso di acquisto *a non domino* ecco che la trascrizione, in ipotesi, di più titoli astrattamente idonei, farà sì che l'acquisto per usucapione abbreviata si concretizzi in capo a colui il quale abbia per primo trascritto il titolo astrattamente idoneo.

Ed in questo caso la trascrizione svolge la sua funzione, propria, meramente dichiarativa tesa a dirimere il conflitto fra più aventi causa, in questo caso, dal *non dominus*, riappropriandosi della sua funzione istituzionale.

Date queste premesse, qualora si ritengano accettabili, è bene porsi il problema dell'applicazione pratica di questo istituto.

²⁵ Cass. Civ., sez. II, 18 giugno 1992, n. 7528, Giust. Civ. 1993, I, 680.

Infatti, al di là delle varie elaborazioni dottrinali, che pur sono la linfa vitale delle soluzioni giurisprudenziali, spesso si assiste ad una carenza delle allegazioni in giudizio, intendendosi il termine in senso tecnico non come produzione documentale, ma come argomentazione, da provare, circa l'applicabilità dell'istituto.

Spesso ci si trova di fronte a strutturazioni di atti ove si preme l'acceleratore unicamente sulla esistenza del titolo astrattamente idoneo e sul requisito della trascrizione, fatti evidentemente facili da provare e da allegare.

Quanto alla buona fede ci si limita spesso a richiamare il disposto dell'art. 1147 c.c. a mente del quale la buona fede si presume, ritenendo, così, di essere al riparo da eventuali censure riconvenzionali tese a dimostrare la insussistenza della buona fede.

La presunzione di buona fede, infatti, è suscettibile di prova contraria.

Ed allora, se è vero che tale presunzione svolge la sua funzione immediata nell'acquisto *ex art.* 1153 c.c., che avviene in modo istantaneo, non è così per la fattispecie di cui all'art. 1159 c.c.

Quindi, una pur minima argomentazione ed allegazione che tenda a supportare la sussistenza della buona fede sarà opportuna, se non necessaria, in quanto la sua mancanza si rifletterà sulla formulazione delle conclusioni, cioè di quello che si chiede al giudice.

Così, se è possibile argomentare alle affermazioni riconvenzionali del convenuto circa la supposta mancanza di buona fede, non sarà, allo stesso modo possibile mutare le conclusioni formulate senza incorrere nel divieto di *mutatio libelli*, come tale inammissibile.

E se si vorrà che il giudice si pronunci anche su tale aspetto, non sarà sufficiente far valere la presunzione legale di cui all'art. 1147 c.c., rischiando di incorrere nelle preclusioni procedurali proprie di un ordinario giudizio di cognizione che, anche se di mero accertamento, renderà opponibile ai terzi il perfezionarsi dell'acquisto ai sensi dell'art. 1159 c.c.

Una tale carenza, infatti, non permetterebbe nemmeno di introdurre un nuovo giudizio stante il divieto del *bis in idem*.

Considerazioni conclusive

Come accennato sopra, in questa sede, che non può certamente avere la pretesa di una trattazione *ex professo* della materia, pare opportuno trarre delle considerazioni sulle fattispecie di acquisto *a non dominio*, quantomeno nel circoscritto ambito oggetto del presente contributo.

Senza ripercorrere la lunga e complessa diatriba sulla natura dell'acquisto *a non domino* e sulla struttura delle norme cui abbiamo accennato, circa la funzione sostanziale

o processuale delle stesse, sembra, a parere di chi scrive, che dalla disciplina sommariamente esposta possano trarsi alcune considerazioni²⁶.

Orbene, sulla scorta di quanto già affermato da autorevole dottrina e, cioè, sul fatto che non possa elaborarsi una sistematica collocazione degli acquisti *a non domino*, dobbiamo concentrarci sugli effetti che le varie norme prevedono per simili fattispecie, cercando ricondurre ad unità non una disciplina ma solamente i suoi effetti.

Dobbiamo, quindi, interrogarci su quali siano gli effetti che l'ordinamento voglia perseguire.

A ben vedere sono, sostanzialmente, due: il primo teso a tutelare il vero titolare del diritto sul bene il quale non dovrà vedersi spogliato in virtù di un atto di disposizione di un soggetto terzo che non abbia, in realtà, alcuna legittimazione e, dall'altro, quello di tutelare l'avente causa da un soggetto che appaia, in tutta buona fede (soggettiva) da parte dell'avente causa, titolare del diritto stesso. In uno, l'effetto finale è quello di tutelare la certezza dei traffici giuridici di diritti sui beni che ne formano oggetto.

Se si riflette, quindi, su questo effetto finale, probabilmente la domanda sulla funzione sostanziale o processuale delle norme perde di significato.

Le funzioni sostanziale e processuale, quindi, si fondono in un unico aspetto, quello della opponibilità del proprio diritto di fronte ai soggetti terzi in un ordinamento che, a differenza del mondo anglosassone, non conosce una netta divisione fra potere di godimento e potere di disposizione sui beni in capo a soggetti diversi.

Le norme in questione, allora, fungono da tramite per ricondurre l'apparenza a vera e propria condizione sostanziale, opponibile a tutti.

La funzione processuale, infatti, non è altro che quella funzione tesa a ricondurre a ragione una controversia sul diritto sostanziale sul bene con ciò creando, anche tramite finzione, una nuova realtà che sarà di carattere prettamente sostanziale.

Se di unità di disciplina con riferimento agli acquisti *a non domino* si può parlare, quindi, se ne può parlare solo con riferimento ai suoi effetti che tendono tutti al medesimo fine: quello di rendere saldo l'acquisto, in determinate condizioni, del diritto in capo al soggetto acquirente.

Così per i beni mobili attraverso l'art. 1153 c.c., così con riferimento alle varie forme di acquisto a titolo originario per usucapione e così via per tutte le norme che contemplano simili fattispecie.

Si osserva spesso, nella dogmatica classica, una pervicace analiticità di collocazione delle fattispecie in angusti schemi che hanno la funzione di salvare la sistematicità chiusa di strutture estremamente rigide, operazione ammirevole e necessaria ma che non arriva spesso ad agevolare l'applicazione delle norme stesse.

Solo concentrandosi sugli effetti che le norme intendono perseguire è possibile fornire una collocazione sistematica ed efficace di singole fattispecie che, spesso, si avvalgono di superfetazioni e finzioni necessarie affinché un sistema rigido non vada incontro a falle applicative.

Se ciò è senz'altro necessario, bisogna però interrogarsi su cosa vada mantenuto fermo e cosa possa per così dire fluttuare, sicuro del suo ancoraggio ad un sistema saldo e con principi ben definiti come il nostro.

Allora l'effetto voluto dalla norma sarà il tratto di unione fra le fondamenta di un sistema e la sua elasticità.

Per essere più concreti, prendiamo ad esempio la cosiddetta pubblicità "sanante" evidenziata nella fattispecie di cui all'art. 2652, n. 6, c.c.

In quel caso vediamo che il principio per il quale nessuno possa trasferire un diritto di cui non è titolare, principio intoccabile e per sua natura rigido, vada temperato con

²⁶ Paradigmatico, ai fini dell'esposizione della valenza sostanziale o processuale dell'acquisto *a non domino*, è la fattispecie della doppia alienazione immobiliare, come regolata dall'art. 2644 c.c.

Si riporta un estratto esaustivo delle problematiche affrontate da dottrina e giurisprudenza: "Le contestazioni più significative al principio consensualistico traggono forza dalla difficile conciliazione dell'art. 1376 c.c. con la disciplina della doppia alienazione immobiliare che, ai sensi dell'art. 2644 c.c., afferma la prevalenza non del primo acquirente, bensì di quello che per primo ha trascritto il suo titolo. (...) Per alcuni il problema va ricondotto al piano processuale: le norme sulla trascrizione, infatti, sarebbero affini alle norme sulle prove legali, le quali creano limiti alla libertà d'indagine del giudice, impedendogli di considerare esistenti certi fatti o mutamenti giuridici, e, pur operando nel processo, riverberano la loro efficacia anche al di fuori di esso, condividendo dunque la natura strumentale delle prime. Entrambe le tipologie di norme, insomma, non servirebbero a risolvere un problema di diritto sostanziale, ma ad attuare un certo diritto soggettivo disciplinandone l'accertamento giudiziale e le condizioni per le quali ritenere esistente il fatto costitutivo.

Per altri, invece, la trascrizione del secondo titolo varrebbe come condizione risolutiva degli effetti traslativi del primo atto non trascritto, rendendo così *a domino* un'alienazione che originariamente non era tale. Tuttavia, qualora il secondo acquisto concernesse non un incompatibile diritto di proprietà, bensì un diritto reale, di godimento o di garanzia, o un diritto personale di godimento, la sua prioritaria trascrizione non risolverebbe gli effetti del primo atto, bensì li circoscriverebbe in modo da salvaguardare l'incidenza del diritto particolare, ovvero, secondo una diversa angolazione, farebbe venire retroattivamente meno la facoltà del comune dante causa di determinare mutamenti giuridici incompatibili con quello causato dall'atto trascritto.

La prima teoria, quella processuale, ha destato perplessità, in quanto postula la coesistenza di due proprietari in relazione ad uno stesso bene: uno secondo il diritto sostanziale, ed un altro secondo il diritto sostanziale applicato dal giudice, i quali potrebbero proseguire all'infinito queste due linee attraverso successivi atti di alienazione. Inoltre, pone il primo acquirente in una sorta di limbo destinato a sciogliersi definitivamente solo col maturare in favore del secondo dei requisiti per l'usucapione abbreviata, ex art. 1159 c.c., giacché quest'ultimo potrebbe scegliere di non intraprendere alcun giudizio per fare accertare l'anteriorità della trascrizione del proprio titolo. Infine, essa appare problematica in ordine ai rapporti coi terzi, soprattutto in presenza di controversie che presupponessero un accertamento incidentale della qualità di proprietario: qualora, ad esempio, il primo proprietario convenisse in giudizio un terzo per il risarcimento dei danni arrecati alla cosa, quest'ultimo potrebbe eccepire che il vero proprietario è in realtà il secondo acquirente che ha trascritto per primo, onde evitare di essere costretto a risarcire nuovamente il danno qualora fosse successivamente convenuto in giudizio dal secondo acquirente.

L'altra teoria, quella della *condicio iuris*, incontra il sostegno della dottrina maggioritaria, benché non sia del tutto esente da obiezioni. Anzitutto, essa deve inevitabilmente ricorrere ad una certa artificiosità per assecondare l'idea che alla condizione risolutiva possano far capo le diverse conseguenze che si verificano in ragione della situazione giuridica acquistata dall'avente causa che abbia per primo trascritto; se, infatti, si tratta di un diritto diverso dalla proprietà, non basta immaginare la risoluzione del primo atto ma se ne deve piuttosto prospettare una restrizione chirurgica degli effetti. Inoltre, ad essa è stato rimproverato di poggiare su una sequenza logica invertita, poiché non dovrebbe essere la trascrizione, quale causa di scioglimento degli acquisti non trascritti, a rendere efficace la prima alienazione attraverso il ripristino del potere dispositivo in capo all'alienante, ma, al contrario, la sequenza corretta dovrebbe contemplare l'efficacia del secondo atto e, quale riflesso della trascrizione, la risoluzione di tutti gli acquisti precedenti; altrimenti, occorre ammettere che la trascrizione operi un intervento alquanto bizzarro, rimuovendo gli effetti di un atto fin dall'origine idoneo alla loro produzione a vantaggio di un atto che, invece, era *ab imis* idoneo a tale risultato. In tal caso, peraltro, la ricomposizione della dissonanza fra la regola dell'art. 2644 c.c. ed il principio consensualistico sarebbe meramente fittizia, poiché se la trascrizione fosse in grado di rendere operante un atto che sarebbe dovuto restare inefficace, a causa della priorità temporale di un altro atto dispositivo incompatibile posto in essere da un medesimo autore, essa non si limiterebbe alla funzione dichiarativa di riprodurre la realtà esistente, ma, innovando tale realtà, finirebbe con l'assumere un valore pressoché costitutivo.

la funzione pubblicitaria, anche prenotativa, della domanda giudiziale che, in applicazione del principio di cui all'art. 2644 c.c., premia chi per primo si sia curato di rendere ostensibile a tutti l'acquisto del proprio diritto, altro principio rigido e necessario.

Quello che ne deriva è un acquisto da parte di un soggetto che ha, o potrebbe avere, come dante causa un non proprietario e che, successivamente, abbia disposto del proprio diritto nei confronti di un soggetto terzo.

Ecco che da due principi rigidi scaturisce un istituto che apparentemente viola le basi dell'ordinamento. Ma questo solo apparentemente, in quanto proprio da quei principi rigidi scaturisce la plasticità dell'acquisto *a non domino*, come effetto, appunto, dell'applicazione proprio di quei principi.

A questo punto possiamo a ragione affermare che l'acquirente *a non domino* è sia processualmente che sostanzialmente titolare di quel diritto, diritto che potrà, da questi, essere validamente e legittimamente trasmesso, potendo, per così dire, ripartire dall'applicazione del rigido principio secondo il quale *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*.

Queste ragioni hanno indotto a dubitare che l'acquisto del secondo dante causa possa avvenire a titolo derivativo, suggerendo invece di osservare il problema sotto un'altra luce, quella dell'apparenza. Il sistema della trascrizione, infatti, è caratterizzato dal fatto che se la situazione riprodotta nei registri viene modificata senza essere resa pubblica, essa non avrà alcun valore di fronte al terzo; il quale, per converso, potrà fondare sulla stessa un acquisto che invece l'intervenuta modificazione renderebbe impossibile. Solo apparentemente, dunque, è possibile considerare *a domino* il secondo acquirente, ma il fondamento del suo acquisto non potrà riposare su una fattispecie a titolo derivativo; esso, piuttosto, andrà ricercato in un meccanismo analogo a quello che l'art. 1155 c.c. prevede nel caso di doppia alienazione mobiliare, rispetto al quale, però, l'art. 2644 c.c. sostituisce al possesso la trascrizione, ed alla buona fede una presunzione *juris et de jure* di buona fede derivante dalla situazione che appare dai pubblici registri: pertanto, il diritto del primo acquirente che non abbia trascritto il suo titolo soccomberà là dove sia del tutto incompatibile con quello del primo trascrittore, altrimenti si restringerà nella misura imposta dal diritto che risulta dall'atto trascritto.

Pur minoritaria, questa ricostruzione ha il pregio di preservare più delle altre il valore del principio consensualistico di fronte alla problematica della doppia alienazione attraverso un parallelismo sistematico con la stessa vicenda concernente i beni mobili non registrati.

Per contro, non può tacersi che anch'essa ha dato adito ad alcune obiezioni. Infatti, non riesce convincentemente a spiegare come mai non viene negata al secondo avente causa la possibilità di acquistare in virtù della propria trascrizione là dove il comune dante causa non abbia trascritto a sua volta il suo titolo: all'uopo, si fa appello all'effetto prenotativo che si verifica in virtù del secondo comma dell'art. 2650 c.c., ma a ciò si replica che, essendosi considerata la fattispecie acquisitiva a titolo originario e *a non domino*, il principio di continuità delle trascrizioni non dovrebbe entrare in gioco. Così, si è costretti ad ammettere che quel che nella sostanza è un acquisto a titolo originario, nell'apparenza resta a titolo derivativo, e dunque deve essere trattato come tale «in tutti i casi in cui l'apparenza soppianta la sostanza e rappresenta la sola realtà giuridicamente rilevante». Ma la difesa è un po' ellittica: se manca la trascrizione da parte del comune dante causa, infatti, non si dovrebbe neppure parlare di apparenza. (...)» (F. Azzari, *Il principio consensualistico e le regole della circolazione patrimoniale, La doppia alienazione*, I quaderni della Fondazione Italiana del Notariato, e-library).

Cultura giuridica e diritto vivente

Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Giuseppe Giliberti

Co-direttori: Luigi Mari, Lucio Monaco, Paolo Morozzo Della Rocca.

Direttore responsabile

Valerio Varesi

Consiglio scientifico

Luigi Alfieri, Jean Andreau, Franco Angeloni, Antonio Blanc Altemir, Alessandro Bondi, Licia Califano, Maria Aránzazu Calzada Gonzáles, Piera Campanella, Antonio Cantaro, Francesco Paolo Casavola, Alberto Clini, Maria Grazia Coppetta, Lucio De Giovanni, Laura Di Bona, Alberto Fabbri, Carla Faralli, Fatima Farina, Vincenzo Ferrari, Paolo Ferretti, Andrea Giussani, Matteo Gnes, Peter Gröschler, Guido Guidi, Giovanni Luchetti, Guido Maggioni, Valerio Marotta, Realino Marra, Paolo Pascucci, Susi Pelotti, Aldo Petrucci, Paolo Polidori, Elisabetta Righini, Orlando Roselli, Eduardo Roza Acuña, Gianni Santucci, Patrick Vlacic, Umberto Vincenti.

Coordinamento editoriale

Marina Frunzio, M. Paola Mittica.

redazioneculturagiuridica@uniurb.it

Redazione

Luciano Angelini, Chiara Lazzari, Massimo Rubechi.

Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Alice Biagiotti, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Darjn Costa, Marica De Angelis, Giacomo De Cristofaro, Elisa De Mattia, Luca Di Majo, Francesca Ferroni, Valentina Fiorillo, Chiara Gabrielli, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Massimiliano Orazi, Natalia Paci, Valeria Pierfelici, Iliaria Pretelli, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini, Desirée Teobaldelli, Matteo Timiani, Giulio Vanacore, Giordano Fabbri Varliero.

Cultura giuridica e diritto vivente è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).
