

## LA PUBBLICITÀ SANANTE: PROFILI APPLICATIVI E NUOVE PROSPETTIVE “DE IURE CONDENDO”

634 Di Massimo Saraceno

La pubblicità sanante: profili applicativi e nuove prospettive “de iure condendo”  
(Massimo Saraceno)

**SOMMARIO:** 1. La c.d. “funzione” sanante della trascrizione. – 2. Le nullità e i casi di annullabilità. – 3. L’inefficacia. – 4. La buona fede e le prospettive de iure condendo.

*ABSTRACT.* Il presente saggio svolge una disamina sulla cd. “pubblicità sanante” di cui all’art. 2652 n. 6 c.c., illustrando in modo puntuale la sua funzione ed i suoi presupposti di operatività e proponendo una rivalutazione dell’istituto nell’ottica di una maggiore valorizzazione dell’esigenza di speditezza del traffico giuridico.

*This essay carries out an examination of the so-called “healing registration” contemplated by article 2652 no. 6 of the Civil Code, accurately illustrating its function and its operational conditions and proposing a revaluation of the institution in the sense of a greater enhancement of the need for speed of legal traffic.*



## 1. La c.d. “funzione” sanante della trascrizione.

Con disposizione normativa assente nel codice civile del 1865<sup>1</sup>, l’art. 2652, n. 6, c.c. ha inteso, in chiave assiologica, trovare un punto di equilibrio fra il classico principio chiovendiano secondo il quale la durata del processo non può ritorcersi a danno dell’attore di un giudicato relativo a diritti immobiliari, che implicherebbe – nei casi di accoglimento della domanda di nullità o annullabilità – una rigorosa applicazione del brocardo romanistico *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*, e il valore dell’affidamento incolpevole riposto dal terzo avente causa dal convenuto sulla tenuta del proprio titolo di acquisto a fronte di una tardiva trascrizione della domanda giudiziale dell’attore<sup>2</sup>.

Le ipotesi astrattamente contemplate dalla citata disposizione normativa sono tradizionalmente ricondotte a due nuclei di disciplina, profondamente diversi fra loro quanto ai presupposti di fatto, ma assimilabili sul piano degli effetti.

Si può, infatti, da un lato accomunare, in punto di disciplina applicabile, le ipotesi di nullità e di annullabilità per incapacità legale, qualunque sia il titolo di acquisto del terzo subacquirente, a quella dell’annullabilità per cause diverse dall’incapacità legale (ad esempio per incapacità naturale) ove l’acquisto del terzo sia a titolo gratuito, e porre

dall’altro il caso di annullabilità per cause diverse dall’incapacità legale se l’acquisto del terzo sia a titolo oneroso.

Nei primi due casi la tutela del terzo è meno intensa in quanto è previsto che la trascrizione della domanda giudiziale da parte dell’alienante<sup>3</sup> nel primo quinquennio<sup>4</sup> rispetto alla trascrizione del titolo nullo determini l’opponibilità del vizio che inficia il titolo al terzo avente causa dall’acquirente anche se l’atto di acquisto di quest’ultimo sia trascritto prima della trascrizione della domanda giudiziale, mentre nel terzo caso è sufficiente che il terzo subacquirente di buona fede trascriva il proprio atto di acquisto prima della trascrizione della domanda giudiziale, anche se questa è avvenuta nel primo quinquennio, per far salvo il proprio acquisto nei confronti dell’attore nel giudizio di annullabilità.

Su un piano del tutto diverso si colloca, in punto di fatto, l’altra ipotesi normativamente prevista della trascrizione invalida, che però sul piano disciplinare soggiace alla prima delle due regole dianzi richiamate.

Con espressione sintetica il meccanismo descritto all’art. 2652, n. 6, c.c. è stato definito una fattispecie complessa a formazione progressiva che si forma con il concorso dei seguenti elementi: i) trascrizione dell’atto nullo o annullabile; ii) mancata trascrizione, per un quinquennio dalla trascrizione dell’atto nullo o annullabile, della domanda di nullità o di annullabilità per incapacità legale o per cause diverse nell’ipotesi di acquisto a titolo gratuito da parte del subacquirente; iii) priorità della trascrizione del titolo “a valle” rispetto alla trascrizione della domanda giudiziale (nei soli casi di annullabilità per cause diverse dall’incapacità legale quando l’acquisto del subacquirente è a titolo oneroso); iv) buona fede del subacquirente.

L’inopponibilità della domanda giudiziale, tendente a far valere la nullità o l’annullabilità del titolo di acquisto, e dell’eventuale sentenza di

<sup>1</sup> Nel codice civile del 1865 era soltanto contemplata la trascrizione delle domande giudiziali di revocazione, di rescissione e di risoluzione: l’acquisto del terzo avente causa dal convenuto era, in questi casi, fatto salvo a patto che avesse data certa anteriore alla trascrizione della domanda, indipendentemente dalla data di trascrizione dell’atto di acquisto. Cfr. L. FERRI, *Della trascrizione*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1995, p. 297.

<sup>2</sup> Sebbene non possa sottacersi come il legislatore abbia altresì inteso sanzionare l’inerzia dell’interessato nel far valere il vizio che affetta l’atto disposizione, come ritenuto da R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2012, p. 263, il valore da salvaguardare è piuttosto quello di consentire al terzo subacquirente di buona fede di far legittimo affidamento su una situazione di apparenza del proprio dante causa qualora tale apparenza non sia contrastata dall’iniziativa di colui che aveva interesse a rimuoverla entro un certo termine. In tal senso R. NICOLÒ, *La trascrizione*, III, *La trascrizione delle domande giudiziali*, a cura di D. Messinetti, Milano, 1973, p. 117, richiamato da A. ORESTANO, *La trascrizione delle domande giudiziali*, in *Trattato della trascrizione*, a cura di E. Gabrielli e F. Gazzoni, II, Torino, 2014, p. 164. A una sorta di sanzione a carico dell’attore in ragione della sua inerzia fa riferimento anche U. NATOLI, in U. NATOLI e R. FERRUCCI, *Della tutela dei diritti. Trascrizione – Prove*, in *Commentario del codice civile*, redatto a cura di magistrati e docenti, Torino, 1971, p. 170, il quale tuttavia ravvisa la *ratio* della disposizione anche nella tutela della buona fede del subacquirente.

<sup>3</sup> Non è esclusa, ovviamente, la legittimazione dell’acquirente a far valere il vizio che inficia il titolo, ma in questo caso la funzione conservativa non può operare, anche perché la trascrizione sarebbe da eseguirsi contro il medesimo attore (che è l’unico, in ipotesi, legittimato a poter disporre del bene) e, pertanto, la domanda non è soggetta a pubblicità. L’alienante avrà poi l’onere, in caso di accoglimento della domanda, di annotare a margine della trascrizione dell’atto nullo la sentenza di nullità agli effetti dell’art. 2655 c.c., per il rispetto del principio della continuità della trascrizione in ordine ai successivi trasferimenti dal medesimo alienante a terzi. In tal senso cfr. R. NICOLÒ, *op. cit.*, p. 121.

<sup>4</sup> Il termine è di decadenza, non di prescrizione, come si desume dal fatto che esso decorre non dal momento in cui può essere fatto valere, ma dalla trascrizione dell’atto viziato e, quindi, non opera la sospensione.



accoglimento a certe condizioni al terzo subacquirente non vale, peraltro, ad assegnare a tale effetto, derivante da una fattispecie composta da una serie di coelementi costitutivi, alcuna funzione sanante.

È opinione consolidata<sup>5</sup>, infatti, che tale inopponibilità non valga a sanare il vizio di nullità o di annullabilità del titolo impugnato, che rimane improduttivo di effetti nei rapporti *inter partes* (fra l'autore del titolo viziato e il suo dante causa), ma consenta “esclusivamente” che il vizio non si propaghi al titolo derivato da quello impugnato.

Ne discendono almeno due corollari applicativi: i) nel conflitto fra due acquirenti, l'uno che ha acquistato dal proprio autore in base ad un titolo valido, anche se non trascritto o trascritto dopo, e l'altro che ha acquistato dal comune autore con un titolo invalido, pur se trascritto anteriormente, prevale il primo; ii) il terzo subacquirente acquista a titolo derivativo ma *a non domino*<sup>6</sup> perché il proprio dante causa non è titolare del diritto alienato.

Non si tratta, cioè, di un procedimento acquisitivo del diritto di proprietà (o di altro diritto reale) analogo all'usucapione abbreviata in cui l'acquisto *a non domino* è coelemento di una fattispecie complessa che, unitamente al possesso di buona fede, legittima un acquisto a titolo originario, e quindi con efficacia “purgativa” di eventuali vizi o gravami che affettavano il bene, ma di un acquisto derivato dalla posizione dell'acquirente in base al titolo nullo (alienante nel secondo titolo valido) e, pertanto, limitato dagli stessi eventuali pesi e/o gravami.

Il rilievo non è di scarsa rilevanza pratica sol che si consideri che l'eventuale ipoteca iscritta a carico dell'acquirente in base al titolo nullo sarà comunque opponibile al subacquirente quando si sia formata la fattispecie complessa della pubblicità sanante, sempre che quest'ultimo possa opporre il proprio acquisto all'attore nel giudizio di nullità o di annullabilità.

Altro aspetto direttamente connesso alla natura derivativa del titolo di acquisto del terzo subacquirente è la necessità del rispetto del principio della continuità delle trascrizioni ex art. 2650 c.c., in quanto è pacifico<sup>7</sup> che la “pubblicità sanante” non operi ove non siano stati trascritti

anche i titoli precedenti a quello di chi dispone invalidamente del proprio diritto.

Inoltre, nell'usucapione abbreviata la buona fede dell'acquirente è fondata sull'idoneità del proprio titolo, che proviene *a non domino*, mentre nella “pubblicità sanante” la buona fede del subacquirente è riferita al titolo di acquisto invalido posto in essere dal proprio dante causa.

La nullità del titolo rimane, pertanto, circoscritta *inter partes* e, perfezionatasi la fattispecie descritta dall'art. 2652 n. 6 c.c., legittima l'acquirente a disporre del diritto altrui *a non domino*.

Una volta pronunciata la nullità del titolo, dovrebbero derivarne tutte le conseguenze previste dalla legge sul piano dei rimborsi e delle restituzioni.

Pertanto, nonostante l'acquirente non possa provvedere alla restituzione del bene in virtù dell'opponibilità del titolo del terzo subacquirente, l'alienante sarebbe astrattamente tenuto alla restituzione del prezzo, ma è evidente come tale conseguenza debba ritenersi aberrante sul piano della tutela degli interessi in gioco.

L'impossibilità, per l'acquirente in base a titolo nullo, di ripetere la prestazione effettuata, cioè il pagamento del prezzo, si fonda sui principi generali in materia di arricchimento senza causa, non potendosi consentire che l'acquirente in base a titolo nullo (alienante nel secondo titolo valido) possa da un lato conseguire il prezzo dal subacquirente e dall'altro ripetere il pagamento effettuato al proprio dante causa<sup>8</sup>.

Più in generale, si è ritenuto che il vero titolare (cioè l'alienante in base al titolo nullo) mantiene la legittimazione ad esperire l'azione generale di arricchimento senza causa ex art. 2038 c.c. verso il proprio avente causa (alienante *non dominus* nel secondo trasferimento valido) a titolo oneroso ovvero nei confronti del subacquirente, se a titolo gratuito<sup>9</sup>.

Sul piano della struttura dell'atto nullo, l'effetto sanante trova applicazione sia agli atti bilaterali che a quelli unilaterali, ove si ammetta che lo schema di cui all'art. 1333 c.c. sia idoneo a costituire valido

<sup>8</sup> Cfr. Cass., 3 maggio 1991, n. 4849, in *Arch. locaz.*, 1991, p. 504, in un caso di locazione nulla in cui, a fronte del godimento dell'immobile da parte del conduttore, è stato inibito a costui di ripetere dal locatore i canoni versati. Del resto, anche a non voler far ricorso ai principi generali in materia di arricchimento senza causa, il venditore sarebbe comunque legittimato a far valere l'eccezione di inadempimento, in quanto a fronte della mancata restituzione del bene potrebbe opporre di non essere tenuto alla restituzione del prezzo.

<sup>9</sup> G. PETRELLI, *Trascrizione immobiliare e Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 111; P. TRIMARCHI, *Atti di disposizione di cosa altrui e arricchimento senza causa*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, V, Padova, 1965, p. 2021.

<sup>5</sup> S. PUGLIATTI, *Trascrizione. L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, Milano, 1989, p. 449 ss.; L. MENGONI, *Gli acquisti “a non domino”*, Milano, 1968, p. 294; G. BARALIS e G. METTIERI, *Pubblicità sanante, leggi speciali e responsabilità notarili. Note tratte da un'esperienza professionale*, in *Riv. not.*, 1992, p. 363.

<sup>6</sup> L. MENGONI, *op. cit.*, p. 294 ss.

<sup>7</sup> F.G. BOSETTI, *Spunti e osservazioni per un esame del problema della continuità delle trascrizioni*, in *Quadrimestre*, 1987, pp. 380-381, in nota.





titolo per la produzione di un effetto traslativo, indipendentemente dalla loro natura onerosa o gratuita.

## 2. Le nullità e i casi di annullabilità

Nonostante sul piano letterale non esistano preclusioni in ordine ai tipi di nullità soggetti alla disciplina in esame, di guisa che nella disposizione normativa di cui all’art. 2652, n. 6, c.c. potrebbe leggersi, sia pure in forma di *obiter dictum*, l’inciso “da qualunque causa essa dipenda” dopo il sostantivo “nullità”, non si è mancato di circoscriverne l’ambito di applicazione a quei casi di nullità che non siano posti a tutela di pregnanti interessi pubblici<sup>10</sup>, non derivino dalla violazioni di limitazioni legali della proprietà<sup>11</sup> o non conseguano a difetto di forma o, ancora, non siano il risultato dell’inalienabilità del bene o del diritto oggetto dell’atto dispositivo.

A ben vedere, l’espressione “pregnanti interessi pubblici” non ha una precisa valenza semantica, posto che qualsiasi nullità è posta a presidio di pubblici interessi e, non esistendo una graduazione normativa dell’interesse tutelato nella disciplina positiva delle nullità, per come essa risulta distribuita fra il codice e le leggi speciali, l’interprete non può farsi arbitro di una valutazione comparativa di tali interessi con quelli, di matrice parimenti pubblicistica, di tutela dell’affidamento del terzo di buona fede e di sicurezza della circolazione giuridica.

Ancora, è vero che la giurisprudenza della Corte di Cassazione<sup>12</sup> ha ritenuto inapplicabile il meccanismo della pubblicità sanante ai casi alienazione a terzi degli spazi per parcheggio dal riservatario degli stessi in violazione del diritto reale di uso costituito *ope legis* in favore degli acquirenti di appartamenti, ai sensi dell’art. 41 *sexies* della legge urbanistica (legge 1150/42), in virtù delle modifiche apportate dall’art. 18 della legge n. 765/67. Ma la ragione di tale inapplicabilità non risiedeva tanto nel motivo di nullità, cioè l’essere la nullità derivata dalla violazione di un limite legale della proprietà, ma nel fatto puramente tecnico che il diritto reale d’uso sugli spazi a parcheggio – secondo l’impianto giurisprudenziale consolidato – si costituiva automaticamente in

favore degli acquirenti degli appartamenti, indipendentemente dalla trascrizione del relativo titolo ai registri immobiliari e, quindi, per l’impossibilità che la trascrizione del titolo nullo (avente ad oggetto la proprietà degli spazi a parcheggio in favore di terzi da parte del riservatario degli stessi) potesse costituire il primo segmento della fattispecie acquisitiva complessa oggetto di analisi, atteso che il diritto reale d’uso sul medesimo bene era di spettanza del proprietario dell’appartamento e l’alienazione *sine titulo* da parte di altri sarebbe stata inefficace in quanto atto dispositivo di un diritto (parzialmente) altrui<sup>13</sup>.

Inoltre, anche la preclusione dell’applicabilità dell’art. 2652, n. 6, c.c. alla nullità per difetto di forma è stata affermata dallo stesso Autore che l’ha sostenuta<sup>14</sup>, non tanto per un’astratta incompatibilità di tale peculiare vizio con la disciplina della pubblicità sanante, quanto per l’assenza di idoneità del titolo (nella particolare ipotesi di cessione immobiliare in forma orale) ai fini della trascrizione *ex art.2657 c.c.*

Se, infatti, la nullità per difetto di forma dipendesse non tanto dall’assenza del documento trascrivibile, ma dall’inosservanza della forma pubblica *ad substantiam*, come sarebbe il caso della donazione o delle convenzioni matrimoniali con effetti traslativi tra coniugi (compreso l’atto costitutivo del fondo patrimoniale) stipulate per scrittura privata autenticata o per atto pubblico in assenza dei testimoni, in violazione degli artt. 782 e 162 c.c. nonché dell’art. 48 l. 89/1913, e il Conservatore dei registri immobiliari non esercitasse il controllo sulla validità formale del titolo *ex artt. 2657 e 2674 c.c.*, non dovrebbe ritenersi in tali casi esclusa l’operatività del meccanismo della “pubblicità sanante”.

Anche l’ipotesi dell’inalienabilità del bene o del diritto oggetto dell’atto di disposizione nasconde un equivoco di fondo.

Se, infatti, il bene oggetto dell’atto di disposizione fosse un bene demaniale, non sarebbe tanto l’intensità del vizio di nullità a precludere l’ammissibilità del ricorso all’art. 2652, n. 6., c.c. quanto la propagazione dello stesso vizio anche sul titolo “a valle”, che risulterebbe del pari nullo e, per tale motivo, impedirebbe il perfezionamento della fattispecie complessa oggetto della presente analisi per difetto di uno dei suoi elementi essenziali, e cioè

<sup>10</sup> L. RAGAZZINI, *Nuovi orientamenti di dottrina, giurisprudenza e legislazione in tema di trascrizione*, in *Riv. not.*, 1989, p. 135.

<sup>11</sup> Cass., 14 novembre 2000, n. 14731, in *Riv. not.*, 2001, p. 704, con nota di G. CASU, *I parcheggi obbligatori (o parcheggi “ponte”)*.

<sup>12</sup> Cfr. Cass., n. 14731/2000, cit.

<sup>13</sup> Sull’inapplicabilità dell’art. 2652, n. 6, c.c. agli atti inefficaci, ove l’inefficacia dipenda dalla carenza del potere di disporre, si rinvia al successivo § 3.

<sup>14</sup> R. NICOLÒ, *op. cit.*, p. 123, il quale si riferisce alla fattispecie di atto nullo per difetto di forma nell’ipotesi di cessione immobiliare in forma orale.

la validità dell’atto di alienazione posto in essere dall’avente causa in base a titolo nullo.

Di guisa che, ove il bene fosse stato *medio tempore* (cioè fra la stipula dell’atto nullo e il successivo atto dispositivo) sdemanializzato, non potrebbe aprioristicamente escludersi la paralizzazione dell’opponibilità del vizio di nullità ai terzi subacquirenti.

Nella stessa logica può affermarsi che, se la nullità discende dalla circostanza che l’atto dispositivo ha avuto ad oggetto un diritto di abitazione<sup>15</sup> in sé inalienabile ex art. 1024 c.c., ma il successivo atto di disposizione ha ad oggetto l’intera piena proprietà perché successivi alienanti sono congiuntamente sia l’*habitor* che il titolare della proprietà<sup>16</sup>, ovvero in quanto il diritto di abitazione si è estinto per morte dell’*habitor*, la nullità del primo titolo può del pari diventare inopponibile ai terzi subacquirenti nel concorso di tutte le altre condizioni di legge.

Non può, pertanto, aprioristicamente affermarsi che alcuni tipi di nullità siano esclusi dall’ambito di operatività dell’istituto della “pubblicità sanante”, essendo l’unico limite piuttosto costituito dall’incidenza che il vizio di nullità del primo titolo possa avere in concreto sul secondo atteso che, ove detto vizio sia rimosso e non si propaghi sul titolo a valle, nulla impedisce che la fattispecie complessa in parola possa, nel concorso di tutti i suoi elementi costitutivi, perfezionarsi.

In chiave applicativa, possono distinguersi i vizi di nullità che siano rilevabili dall’ispezione del titolo nullo da quelli che, invece, derivano dall’impiego di strumenti formalmente leciti per il conseguimento di finalità vietate, come la frode alla legge (art. 1344 c.c.) o il collegamento negoziale illecito, che suppongono accertamenti giudiziari, spesso complessi, e che conseguentemente sfuggono alla conoscibilità sia del terzo subacquirente ma anche del professionista dallo stesso incaricato.

Nell’ambito del primo gruppo di nullità rientrano senza dubbio quelle di carattere formale, ad esempio quelle richiamate dall’art. 58 l. 89/13<sup>17</sup>,

<sup>15</sup> Sull’inapplicabilità della “pubblicità sanante” alla nullità per l’alienazione di diritti indisponibili come il diritto di uso o l’abitazione, R. NICOLÒ, *op. cit.*, p. 123.

<sup>16</sup> Sulla validità dell’atto di alienazione che abbia ad oggetto il diritto di abitazione congiuntamente alla proprietà A. RUOTOLO e C. CACCAVALE, in *Studio del Consiglio Nazionale del Notariato*, 22 giugno 1999.

<sup>17</sup> Si potrebbe sostenere che il richiamo contenuto nell’art. 58 l. not. all’art. 1316 c.c del 1865 (ora art. 2701 c.c.), nel significare che alla nullità dell’atto notarile consegua la conversione dello stesso in scrittura privata, comporti l’inapplicabilità del meccanismo della c.d. “pubblicità sanante” per difetto del titolo idoneo alla trascrizione ex art. 2657 c.c. Ma il punto è un altro:

le nullità per mancanza delle cc.dd. menzioni urbanistiche ex art. 40 l. 47/85 e artt. 30 e 46 D.P.R. 380/2001 (salva la conferma, prevista espressamente dalle disposizioni citate), ovvero le *nuove* nullità formali per violazione dell’art. 29, comma 1 *bis*, della legge 52/85 (menzioni sulla conformità catastale) e dell’art. 6 del D.lgs. 192/2005 (mancata allegazione dell’APE nel periodo dal 4 agosto 2013 al 24 dicembre 2013)<sup>18</sup>.

È da rilevare che la norma di cui all’art. 46, comma 3, del D.P.R. 380/01 costituisce *lex specialis* rispetto a quella di cui all’art. 2652, n. 6, c.c. nel senso che i diritti di garanzia o di servitù acquisiti in base ad un atto iscritto o trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda di nullità (quando la nullità dipenda dall’omissione delle cc.dd. menzioni urbanistiche), anche se non siano trascorsi i cinque anni dalla trascrizione dell’atto nullo e indipendentemente da qualsiasi stato soggettivo psicologico del creditore iscritto o del soggetto a favore del quale venga trascritta la servitù (e in ciò si apprezza il carattere speciale della norma) non sono pregiudicati rispetto alle ragioni dell’attore nel giudizio di nullità<sup>19</sup>.

se il Conservatore dei registri immobiliari rilevi la nullità del titolo e, quindi, rifiuti di ricevere la formalità, è evidente che non si potrà neanche attivare un procedimento complesso che approda all’inopponibilità della sentenza che accoglie la domanda giudiziale al terzo subacquirente di buona fede per difetto di uno dei coelementi costitutivi, cioè la trascrizione del titolo nullo. Ma se il Conservatore ometta erroneamente di eseguire tale controllo e proceda comunque alla trascrizione del titolo nullo, non v’è ragione per escludere la possibilità del perfezionamento della fattispecie complessa al vaglio; infatti, anche a voler sostenere l’invalidità della trascrizione (eseguita sulla base di titolo inidoneo), la disciplina rimane sempre quella di cui all’art. 2652, n. 6, prima parte c.c.

<sup>18</sup> È vero che anche per la mancata allegazione dell’attestato di prestazione energetica (APE) nel periodo considerato (dal 4 agosto 2013 al 24 dicembre 2013) è prevista una sanatoria dall’art. 1 comma 8 del D.L. 23 dicembre 2013 n. 145, convertito con modificazioni nella legge 21 febbraio 2014 n. 9, secondo cui “*Su richiesta di almeno una delle parti o di un suo avente causa, la stessa sanzione amministrativa di cui al comma 3 dell’articolo 6 del decreto legislativo n. 192 del 2005 si applica altresì ai richiedenti, in luogo di quella della nullità del contratto anteriormente prevista, per le violazioni del previgente comma 3-bis dello stesso articolo 6 commesse anteriormente all’entrata in vigore del presente decreto, purché la nullità del contratto non sia già stata dichiarata con sentenza passata in giudicato*”; ma, a parte che non è previsto il modo in cui detta sanatoria debba operare, non può escludersi che - non essendosi avvalse le parti di tale facoltà - decorsi i cinque anni dalla trascrizione dell’atto nullo possa operare il meccanismo della pubblicità sanante, nel concorso di tutte le condizioni di legge.

<sup>19</sup> Cosa diversa è la sanatoria di diritto prevista dall’art. 2 comma 57 legge 662/96, che consegue al rilascio del titolo abilitativo in sanatoria, il quale vale a sanare la nullità dell’atto avente ad oggetto il trasferimento di immobile abusivo. Per l’applicabilità della disposizione, oltre che al secondo e al terzo





Il che vuole dire, in altri termini, che per la costituzione di una valida ed efficace garanzia ipotecaria da parte di chi abbia acquistato in base a titolo nullo per carenza formale nelle menzioni urbanistiche non occorre attendere cinque anni dalla trascrizione dell'atto nullo, né occorre procedere ad alcun atto di conferma, purché l'ipoteca sia iscritta anteriormente alla trascrizione della domanda giudiziale, e ciò anche se il terzo sia a conoscenza del vizio di nullità.

Sono da ritenersi ricomprese nell'ambito di applicazione della pubblicità sanante anche quelle nullità sostanziali, dipendenti dall'assenza di uno dei requisiti essenziali del contratto *ex art.* 1325 c.c. ovvero dalla violazione di termini di inalienabilità (art. 28 l. 513/77; art. 3, comma 14, del D.L. 351/2001, convertito nella l. 410/2001; art. 11 l. 817/71, come modificato dall'art. 11 comma 4 D.lgs. 228/2001; art. 7 D.lgs. 99/2004) o, ancora, dalla violazione di vincoli di pertinenzialità *ex art.* 9 legge 122/89.

Sulla violazione dei termini di inalienabilità parte della dottrina<sup>20</sup> ha ritenuto che nelle ipotesi in cui la nullità discenda dalla particolare natura soggettiva del divieto, volto ad evitare che l'acquirente tragga un illecito vantaggio dalla rivendita dell'immobile ottenuto con particolari facilitazioni sul prezzo di acquisto, come accade nella fattispecie di cui all'art. 28 l. 513/77 (rivendita degli alloggi acquistati dagli Istituti autonomi case popolari) e ora in quella di cui all'art. 3, comma 14, del D.L. 351/2001, convertito nella l. 410/2001 (acquisti dagli Istituti di previdenza), la sanzione civilistica della nullità non si applichi nel caso di rivendita successiva da parte del secondo acquirente (cioè da parte di chi ha acquistato dal beneficiario delle agevolazioni) che sia parimenti intervenuta nel periodo di inalienabilità, alla quale pertanto sarà pienamente applicabile, proprio perché si tratterebbe di titolo valido, l'art. 2652, n. 6, c.c.

Non si può, peraltro, trascurare che il tenore letterale delle disposizioni esaminate deponga per una portata oggettiva del divieto, senza alcuna distinzione a seconda di chi sia l'alienante, cioè il beneficiario delle agevolazioni o il suo avente causa, e pertanto nel caso di seconda vendita l'art. 2652, n. 6, c.c. troverà applicazione solo nell'ipotesi in cui essa sia valida e, quindi, sia intervenuta una volta decorso il periodo di inalienabilità.

Sulla violazione del vincolo di pertinenzialità *ex art.* 9 della legge 122/89, che determinava - vigente il testo del detto art. 9 prima della riformulazione ad

opera dell'art. [10 D.L. 9 febbraio 2012, n. 5](#), come modificato dalla [legge di conversione 4 aprile 2012, n. 35](#) - la nullità del trasferimento del box senza l'appartamento di cui esso costituiva pertinenza, è da rilevarsi che, prima della detta modifica normativa, la nullità del primo trasferimento era inevitabilmente destinata a riflettersi sui trasferimenti a cascata, in quanto la successiva circolazione del box senza il bene principale era senz'altro affetta dal medesimo vizio che inficiava il primo titolo di acquisto e, pertanto, la pubblicità sanante era destinata a non trovare concreta applicazione.

Non così a seguito della novella del 2012, in quanto il secondo o i successivi trasferimenti rispetto al titolo nullo possono ben essere validi, se il subacquirente destina il box a pertinenza di appartamento su cui lo stesso vanta diritti reali nel medesimo Comune (box Tognoli cc.dd. privati) ovvero se l'alienazione separata sia prevista nella convenzione con il Comune o l'alienante riesca comunque ad ottenere un'autorizzazione comunale all'alienazione (box Tognoli cc.dd. pubblici).

In linea di principio, la regola di cui all'art. 2652, n. 6, c.c. dovrebbe coerentemente trovare applicazione anche alle cc.dd. nullità di protezione previste dal codice del consumo (art. 36 del D.lgs. 206/2005), caratterizzate dalla peculiare disciplina della legittimazione relativa a far valere l'azione di nullità riservata alla sola parte protetta e dalla necessaria parzialità della sanzione di nullità, nel senso che il vizio sarebbe destinato a rimanere 'naturalmente' circoscritto alla clausola nulla essendo precluso all'interprete quel giudizio prognostico previsto dall'art. 1419, comma 1, c.c. volto a verificare se i contraenti avrebbero concluso il contratto pur in presenza della clausola nulla per farne discendere, in caso di esito negativo, la propagazione del vizio all'intero regolamento contrattuale.

Pertanto, pur se astrattamente coinvolte nel meccanismo della pubblicità sanante, le nullità di protezione sono destinate concretamente ad esserne solo marginalmente investite nelle sole ipotesi in cui l'assetto d'interessi diviso dalle parti con il contratto nullo concerna diritti reali immobiliari soggetti a trascrizione e la nullità della clausola sia idonea a riflettersi sulla validità dell'intero contratto, come potrebbe accadere nel caso in cui la clausola vessatoria sia relativa all'oggetto del contratto o al corrispettivo pattuito e non sia formulata "*in modo chiaro e comprensibile*" *ex art.* 34, comma 2, D.lgs. 206/2005<sup>21</sup>.

condono, anche al primo condono cfr. CASU, risposta a quesito CNN n. 356/2007

<sup>20</sup> G. BARALIS e G. METTIERI, *op. cit.*, p. 377.

<sup>21</sup> In tal senso A. ORESTANO, *op. cit.*, p. 169; S. MONTICELLI, *Dall'inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del*

Su un piano del tutto diverso in ordine alla conoscibilità del vizio di nullità, non direttamente desumibile dall'ispezione del titolo, si collocano quelle nullità sostanziali che derivano dall'uso di strumenti negoziali leciti per il conseguimento di finalità vietate, come nel caso di frode alla legge o dell'illiceità del collegamento negoziale.

Si ipotizzi, ad esempio, il caso di una vendita con patto di riscatto in cui l'alienante sia debitore dell'acquirente ed entrambi convengano con patto separato che, in caso di adempimento dell'obbligazione, l'alienante possa esercitare il diritto di riscatto: è evidente che il contratto sia nullo per violazione del patto commissorio *ex art. 2744 c.c.*, ma dall'atto traslativo in sé non risulta alcuna finalità illecita, essendo quest'ultima piuttosto rinvenibile dal collegamento negoziale con il separato accordo che condiziona l'esercizio del diritto di riscatto all'adempimento dell'obbligazione.

Non è dubbio che, anche in tali ipotesi, dissimili dalle altre in punto di rilevabilità del vizio, il meccanismo della pubblicità sanante sia parimenti destinato ad operare.

All'irrelevanza delle cause di nullità ai fini dell'operatività del meccanismo in parola corrisponde, specularmente, una spiccata rilevanza delle cause di annullabilità sul piano della disciplina applicabile, profondamente diversa a seconda che il vizio dipenda dall'incapacità legale dell'alienante o da altre cause.

Nel primo caso, costituito dall'annullabilità per incapacità legale, qualunque sia il titolo di acquisto del terzo subacquirente, la disciplina è identica a quella della nullità e, quindi, la tutela del terzo meno intensa, il che si spiega facilmente con la circostanza che il vizio di annullabilità per incapacità legale è conoscibile attraverso l'ispezione dei registri dello stato civile (minore età, interdizione, inabilitazione). Alla stessa disciplina possono essere ricondotte le ipotesi in cui l'atto, pur essendo stato compiuto dal rappresentante legale o con l'assistenza del curatore, non sia stato attuato con le forme abilitative richieste (autorizzazione del Giudice Tutelare o del Tribunale o da parte di giudici incompetenti per materia o per territorio)

*contratto (Note a margine dell'art. 1469 quinques commi 1 e 3), in Rass. dir. civ., 1997, p. 434; in senso contrario C. CASTRONOVO, Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive, in Europa dir. priv., 1998, p. 37 ss., secondo il quale anche quando la clausola affetta da nullità di protezione dovesse riguardare l'oggetto dell'obbligazione o il corrispettivo, cioè una clausola essenziale, l'interprete dovrebbe compiere il massimo sforzo al fine di colmare la lacuna del regolamento contrattuale, anche mediante l'applicazione di norme dispositive, per rispettare al massimo il principio di necessaria parzialità.*

oppure sia stato posto in essere in conflitto di interesse senza l'osservanza delle cautele previste dalla legge per la rimozione del conflitto<sup>22</sup> medesimo.

Alla stessa disciplina soggiacciono, pur non trattandosi in senso tecnico di annullabilità per incapacità legale, gli atti compiuti dal beneficiario dell'amministrazione di sostegno senza le autorizzazioni prescritte o in eccesso rispetto all'oggetto dell'incarico (art. 412 c.c.).

Per gli altri casi di annullabilità, diversi dall'incapacità legale, la disciplina è invece differenziata a seconda che l'acquisto del terzo subacquirente sia a titolo gratuito o oneroso.

Nel primo, nella valutazione comparativa degli interessi in gioco è stata preferita la posizione dell'attore nel giudizio di annullabilità rispetto al terzo subacquirente a titolo gratuito dal convenuto nel medesimo giudizio, nel senso che il primo prevale sul secondo anche se abbia trascritto la domanda giudiziale dopo la trascrizione dell'atto di acquisto del terzo, purché la trascrizione della domanda giudiziale sia avvenuta entro cinque anni dalla trascrizione dell'atto nullo. Nel caso, invece, di acquisto a titolo oneroso, trova piena applicazione la disciplina della seconda parte del secondo comma dell'art. 2652, n. 6, c.c. e, quindi, prevarrà chi per primo procederà a trascrivere: l'attore la domanda giudiziale e il terzo subacquirente il proprio titolo di acquisto, anche ove la domanda giudiziale sia trascritta nei primi cinque anni dalla trascrizione dell'atto annullabile.

Alle ipotesi di annullabilità per cause diverse dall'incapacità legale sono riconducibili i casi di annullabilità per incapacità naturale e di conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato, nella quale ultima ipotesi rientra anche il caso di contratto con se stesso<sup>23</sup>.

Si è sostenuto<sup>24</sup> che, mentre nei casi di nullità e di annullabilità per incapacità legale l'operatività del meccanismo della pubblicità sanante presuppone necessariamente la trascrizione dell'atto nullo o annullabile, in quanto da tale data decorre il quinquennio per la trascrizione della domanda giudiziale (che prevale in ogni caso, ove compiuta in tale lasso temporale, sulla trascrizione del titolo

<sup>22</sup> A. ORESTANO, *op. cit.*, p. 171; R. NICOLÒ, *op. cit.*, p. 125.

<sup>23</sup> Secondo R. NICOLÒ, *op. cit.*, p. 125, rientrerebbe nel caso di annullabilità per cause diverse dall'incapacità legale anche il caso dell'atto compiuto dagli amministratori di una società in base a una delibera nulla *ex art. 2377 c.c.* o annullabile *ex art. 2379 c.c.* Alla luce del nuovo art. 2384 comma 2 c.c. sembra più corretto ritenere che la nullità o l'annullabilità della delibera assembleare non siano idonee a spiegare alcun riflesso sulla validità o efficacia dell'atto, salvo che i terzi non abbiano intenzionalmente agito a danno della società.

<sup>24</sup> R. TRIOLA, *op. cit.*, p. 269.





del subacquirente), nelle ipotesi di annullabilità per cause diverse dall'incapacità legale la prevalenza della posizione del subacquirente su quella dell'attore nel giudizio di annullabilità potrebbe essere affermata in ragione della semplice priorità delle trascrizioni, indipendentemente dalla trascrizione del titolo annullabile, perché non prevista dalla norma e non desumibile dal principio di continuità delle trascrizioni, che in ipotesi varrebbe a risolvere conflitti tra due aventi causa da un comune autore che non abbia provveduto a trascrivere il proprio titolo acquisto, e non anche a risolvere il conflitto tra l'alienante di un atto annullabile e il suo subacquirente.

In realtà, l'applicazione del principio di continuità delle trascrizioni è incondizionata nel meccanismo della pubblicità sanante, nel senso che se non è osservata la trascrizione del titolo annullabile non può operarsi un'efficace trascrizione del subacquisto<sup>25</sup> e, quindi, a nulla varrebbe una tempestiva trascrizione di quest'ultimo rispetto alla trascrizione della domanda giudiziale.

### 3. L'inefficacia

Molto più problematica è la delimitazione dell'ambito dell'applicabilità della disposizione di cui all'art. 2652, n. 6, c.c. nelle ipotesi di inefficacia dell'atto traslativo.

Muovendo dall'assegnazione di una funzione sociale alla tutela codicistica degli acquisti *a non domino* basati sulle risultanze dei registri immobiliari, legittimata sul piano costituzionale sia dalla funzione sociale della proprietà *ex art. 42 Cost.*, che giustificerebbe l'imposizione da parte del legislatore ordinario di limiti al diritto di proprietà e la regolamentazione dei relativi modi di acquisto, sia dai limiti all'iniziativa economica privata *ex art. 41 Cost.*, riferiti non solo all'attività di impresa ma anche a quella di godimento e disposizione del proprietario, una recente dottrina<sup>26</sup> ha ripreso con particolare *vis argomentativa* il ragionamento - già autorevolmente svolto negli anni Settanta da Luigi Mengoni<sup>27</sup> - della non eccezionalità delle norme che disciplinano gli acquisti *a non domino* e della suscettibilità della loro estensione analogica ad altre ipotesi non espressamente disciplinate.

<sup>25</sup> In tal senso L. FERRI e P. ZANELLI, *Della trascrizione*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1995, p. 245.

<sup>26</sup> G. PETRELLI, *op. cit.*, p. 112 ss.

<sup>27</sup> L. MENGONI, *op. cit.*, p. 31.

A tale stregua si è sostenuto che l'art.2652, n.6, c.c. sarebbe applicabile anche agli atti traslativi inefficaci, trascorsi i cinque anni dalla relativa trascrizione, non previsti dalla norma solo perché al momento della codificazione la categoria dell'inefficacia in senso stretto non aveva ancora avuto un'autonoma precisa connotazione<sup>28</sup>.

Per meglio cogliere il diverso modo di operare della disposizione normativa, ove applicabile agli atti inefficaci, conviene distinguere, da un lato, fra i casi in cui l'inefficacia dipenda da una carenza del potere di disporre in capo all'alienante, come nell'ipotesi del *falsus procurator*, alla quale - ad avviso di chi scrive - dovrebbero essere equiparati i casi di procuratore munito di procura nulla<sup>29</sup> o procura falsa, o di disposizione di diritti altrui, o ancora di disposizione di beni gravati da vincoli di pignoramento o sequestro e, dall'altro, i casi di inefficacia *stricto sensu*, imputabili ad esempio al mancato rilascio di un'autorizzazione e cioè di mancato verificarsi di una *condicio iuris*.

È evidente che, ove la pubblicità sanante fosse applicabile ai casi di inefficacia dipendente da una carenza del potere di disporre in capo all'alienante, tutti accomunati dalla presenza di circostanze che, a vario titolo, impediscono l'immediato effetto traslativo per effetto della manifestazione del consenso da parte dell'alienante, il vero titolare del diritto, cioè il *dominus* nei casi di *falsus procurator* o di disposizione di diritti altrui, oppure il creditore pignoratizio o sequestratario, avrebbero un vero e proprio onere periodico di consultazione dei registri immobiliari per verificare il compimento di atti traslativi da parte di altri (o del debitore in caso pignoramento o sequestro) in quanto, decorsi i cinque anni dalla trascrizione dell'atto inefficace, l'eventuale trascrizione al subacquirente in buona fede dell'atto di alienazione da parte dell'avente causa (o da parte del debitore) renderebbe assolutamente inopponibile al terzo il diritto reale del vero titolare (o del creditore pignoratizio o sequestratario).

<sup>28</sup> G. BARALIS e G. METTIERI, *op. cit.*, p. 371.

<sup>29</sup> È stato autorevolmente osservato (R. NICOLÒ, *op. cit.*, p. 122) che nell'ipotesi di atto posto in essere in base a una procura nulla l'art. 2652 n.6 c.c. potrebbe trovare applicazione in quanto anche l'atto stipulato sulla base di una procura nulla sarebbe del pari nullo. Tale tesi è stata condivisibilmente criticata da G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2012, p. 143, nota 59, secondo il quale oggetto di pubblicità non è in tal caso un titolo nullo, ma un titolo privo di effetto nei confronti di colui del quale è stato speso il nome, né può dirsi che gli effetti sananti della pubblicità investano anche la procura, sanandone il vizio, in quanto gli atti accessori (come la procura) non sono oggetto di trascrizione, che è limitata al solo titolo principale.

Conclusione, quest'ultima, per quanto paradossale, giudicata da tale dottrina non particolarmente gravosa, anche in chiave costituzionale, avendo la Corte Costituzionale in più occasioni rammentato che ravvicinate ispezioni nei registri immobiliari (perfino due nell'arco di sei mesi) non possono considerarsi un onere eccessivamente gravoso<sup>30</sup>.

In contrario è sufficiente constatare che, nella funzione riequilibratrice degli opposti interessi evidenziati, il meccanismo della pubblicità sanante è stato previsto anche quale “sanzione” per l'inerzia, protratta per cinque anni, nei confronti dell'autore del titolo nullo o annullabile che non abbia fatto valere il vizio in tale lasso di tempo; inerzia ragionevolmente sanzionabile solo nei confronti di colui che ha partecipato all'atto invalido e che avrebbe avuto, pertanto, la possibilità di conoscere l'esistenza del vizio.

Non così nei confronti del soggetto falsamente rappresentato o dell'effettivo proprietario nei casi di disposizione del diritto altrui, che siano rimasti completamente estranei al perfezionamento del titolo invalido e che subirebbero, a loro insaputa, un effetto ablativo del proprio diritto reale.

Inoltre, ove si volesse ritenere applicabile il meccanismo di cui all'art. 2652, n. 6, c.c. anche all'atto inefficace per carenza del potere di disposizione da parte dell'alienante, rimarrebbe svuotato di contenuto l'art. 1159 c.c., che assegna alla trascrizione del titolo di acquisto *a non domino* il ruolo di un coelemento di una fattispecie acquisitiva complessa che, solo con il concorso del possesso di buona fede e del decorso di dieci anni, legittima l'acquisto (tra l'altro a titolo originario e non derivativo) della proprietà.

Appare, pertanto, maggiormente corretto ritenere che esulino dall'ambito di applicazione della pubblicità sanante tutti i casi di inefficacia dell'atto dispositivo per carenza del potere negoziale di disposizione, sia che dipendano da un difetto di potere rappresentativo, come nei casi del *falsus procurator*, della procura nulla o della procura falsa, sia che siano ascrivibili a una mancanza di legittimazione negoziale, come nella vendita o donazione di cosa altrui<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> In particolare Cass., 19 agosto 1989, n. 3734, in *Vita not.*, 1989, p. 69; Corte Cost., 8 maggio 1990, n. 228, in *Foro it.*, 1990, I, c. 3069, entrambe statuenti la non illegittimità costituzionale del termine semestrale (decorrente dalla trascrizione dell'atto posto in essere in violazione del diritto di prelazione del conduttore) per l'esercizio del diritto di riscatto ex art. 39 della legge 392/78.

<sup>31</sup> Per Cass., 9 maggio 2009, n. 10356, la donazione di beni altrui sarebbe in realtà nulla perché assimilabile alla donazione di beni futuri ex art. 771 c.c., ma la sanzione della nullità – ove si condivida il citato orientamento giurisprudenziale – non fa

Una questione particolarmente problematica si pone nei casi di annullabilità dell'atto di disposizione di beni della comunione legale posto in essere da un coniuge senza il consenso dell'altro ai sensi dell'art. 184 c.c.; disposizione per la quale la Corte Costituzionale ha ritenuto non fondata<sup>32</sup> la questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice *a quo* proprio per l'asserita minor tutela riservata al coniuge non alienante con l'azione di annullamento rispetto alla sanzione di inefficacia che conseguirebbe, invece, all'atto di alienazione di un bene in comunione ordinaria compiuto solo da uno dei comproprietari.

Si tratta, cioè, di verificare se l'affermazione secondo la quale il consenso del coniuge non formalmente intestatario del bene nei registri immobiliari “*non essendo un negozio (unilaterale) autorizzativo nel senso di atto attributivo di un potere, ma piuttosto un atto che rimuove un limite all'esercizio di un potere e, pertanto, un requisito di regolarità del procedimento di formazione dell'atto di disposizione, la cui mancanza, ove si tratti di bene immobile o mobile registrato, si traduce in un vizio del negozio*” sia sufficiente a giustificare la piena applicabilità del meccanismo della pubblicità sanante (come in ogni altro caso di annullamento) e, quindi, la piena prevalenza delle ragioni del terzo subacquirente a titolo oneroso di buona fede rispetto al coniuge pretermesso, anche prima del decorso del termine di prescrizione di un anno dalla trascrizione, qualora l'atto di alienazione posto in essere dall'avente causa del coniuge alienante sia trascritto prima della trascrizione della domanda giudiziale di annullamento.

In effetti, sul piano sostanziale, la posizione del coniuge non alienante non è dissimile, quanto alla conoscibilità dell'atto di alienazione da parte del proprio coniuge, da quella di ogni altro comproprietario, e quindi dovrebbe affermarsi la

---

venir meno la plausibilità della soluzione operativa proposta, e probabilmente sarebbe l'unico caso in cui alla nullità dell'atto dispositivo non conseguia l'applicabilità del meccanismo della pubblicità sanante. La donazione di cosa altrui sarebbe, invece, titolo per l'operatività dell'usucapione abbrevia ricorrendo i presupposti di cui all'art. 1159 c.c.; così, chiaramente, anche M. BIANCA, *Responsabilità del notaio e pubblicità sanante*. Relazione al convegno di Genova del 13 marzo 2015 su “Le responsabilità del notaio tra disciplina vigente e prassi sanzionatoria”, reperibile su <http://elibrary.fondazione-notariato.it/indice.asp?pub=47&mn=3>, secondo la quale l'atto stipulato dal *falsus procurator* non è soggetto alla pubblicità sanante in quanto “*tutto il meccanismo della pubblicità sanante si fonda sull'onere del soggetto di rimuovere l'apparenza del contratto e tale onere non può essere esercitato se l'atto non è imputabile al soggetto come nell'ipotesi della falsa rappresentanza*”.

<sup>32</sup> Corte Cost., 17 marzo 1988, n. 311, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 2428.



stessa intensità di protezione. Tuttavia, la tutela più affievolita riconosciuta al coniuge pretermesso non formalmente intestatario del bene, a cui corrisponde – rispetto alla prescrizione dell’azione di annullamento – un’abbreviazione del termine quinquennale di cui all’art. 1442 c.c., si spiega con l’esigenza di evitare che il mancato assolvimento da parte del terzo dell’onere di consultazione dei registri dello stato civile, oltre che dei registri immobiliari, costituisca un intralcio alla speditezza della circolazione immobiliare.

Solo in questa prospettiva si giustifica eccezionalmente la non illegittimità costituzionale dell’onere del coniuge non intestatario “*di eseguire periodiche ravvicinate ispezioni dei registri immobiliari*” per evitare che eventuali atti di alienazione divengano a lui opponibili nel breve termine stabilito.

In definitiva, nella fattispecie di cui all’art. 184 c.c., limitatamente ai casi di alienazione da parte dell’unico coniuge intestatario nei registri immobiliari di un bene in realtà appartenente anche all’altro coniuge in regime di comunione legale dei beni<sup>33</sup>, non v’è alcuna deviazione dalla regola generale prevista dall’art. 2652, n. 6, c.c. per i casi di annullabilità per cause diverse dall’incapacità legale e, pertanto, il coniuge pretermesso non potrà opporre l’eventuale sentenza di annullamento al terzo subacquirente di buona fede a titolo oneroso ove quest’ultimo abbia trascritto il proprio titolo prima della trascrizione della domanda di annullamento.

Il meccanismo della pubblicità sanante torna ad essere pienamente operante nei casi in cui, invece, l’inefficacia dipenda dalla mancanza di un elemento obiettivo per la produzione degli effetti dell’atto di disposizione, come la mancanza di un’autorizzazione *ex art. 56 D.lgs. 42/2004*<sup>34</sup>.

#### 4. La buona fede

Altro coelemento del meccanismo della “pubblicità sanante” è la buona fede del subacquirente, intesa nell’accezione di cui

all’art. 1147 c.c., adattata alla peculiarità della fattispecie in esame, in cui la consapevolezza di ledere l’altrui diritto si sostanzia nell’ignoranza del vizio che affetta il titolo del proprio dante causa.

A differenza che nell’art. 534 c.c., cioè nella disciplina degli acquisti dall’erede apparente, in cui al terzo, per disposizione eccezionale, è imposto l’onere di provare la propria buona fede, qui la buona fede è presunta fino a prova contraria<sup>35</sup> in virtù del principio generale di presunzione della buona fede desumibile dall’art. 1147 c.c., applicabile, secondo l’orientamento dominante<sup>36</sup>, anche al di fuori della materia del possesso.

È stato, peraltro, autorevolmente sostenuto<sup>37</sup> che la presunzione di buona fede non si fonda tanto sull’applicabilità analogica dell’art. 1147 c.c. che, disciplinando non la buona fede in sé ma il possesso di buona fede, non troverebbe applicazione tutte le volte in cui la buona fede non sia un elemento costitutivo di tale possesso, quanto da un’autonoma analisi, condotta in concreto, per verificare se la buona fede funga da fatto costitutivo del diritto e, quindi, debba essere oggetto di prova da parte chi l’allega ovvero se, al contrario, la mala fede costituisca un fatto impeditivo dell’acquisto medesimo.

Da tale analisi in concreto emerge, ad esempio, che nell’acquisto dall’erede apparente la buona fede rappresenta un fatto costitutivo dell’acquisto, tant’è che è richiesto espressamente l’assolvimento dell’onere della prova della buona fede in capo al terzo acquirente, mentre nella simulazione la regola generale (art. 1415 c.c.) è quell’inopponibilità della simulazione ai terzi acquirenti di buona fede, dal che si evince chiaramente che la mala fede è un fatto impeditivo dell’acquisto del terzo, il quale pertanto sarà esonerato dalla prova positiva della buona fede.

Nell’art. 2652 n. 6 c.c. l’affidamento riposto dai terzi subacquirenti sulla trascrizione dell’atto invalido non contraddetta, per cinque anni, da alcuna domanda giudiziale trascritta consente, anche in questo caso, di apprezzare lo stato soggettivo del terzo solo in chiave negativa, cioè nelle ipotesi di mala fede impeditiva dell’acquisto, con conseguente esonero, per converso, dall’onere di provare in positivo la buona fede.

<sup>33</sup> Non così nell’ipotesi in cui dai registri immobiliari risultino intestatari entrambi i coniugi in regime di comunione legale dei beni: in questi casi si è ritenuto che l’atto di alienazione posto in essere da uno dei coniugi in assenza dell’altro sia inefficace (F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato Cicu-Messineo*, continuato da L. Mengoni, I, Milano, 1979, p. 141) e, pertanto, non troverebbe applicazione il meccanismo della pubblicità sanante. Nel senso dell’applicabilità della pubblicità sanante ai casi di annullamento *ex art. 184 c.c.* cfr. Cass., S.U., 28 ottobre 2009, n. 22755, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 36.

<sup>34</sup> Così G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 143.

<sup>35</sup> In giurisprudenza Cass., 24 febbraio 1954, n. 534, in *Foro it.*, 1955, I, c. 550 ss.; Cass., 12 maggio 1973, n. 1301, *ivi*, 1973, I, c. 1282.

<sup>36</sup> L. FERRI e P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 334, nota 3; R. NICOLÒ, *op. cit.*, p. 16; G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 135; in giurisprudenza Cass., 25 febbraio 1954, n. 534, *cit.*, c. 550; Cass., 12 maggio 1973, n. 1301; Cass., 4 marzo 2002, n. 3102.

<sup>37</sup> L. MENGONI, *op. cit.*, p. 354.

Il silenzio dell’art. 2652 n. 6 c.c. circa la rilevanza della scusabilità dell’ignoranza o dell’errore relativi al difetto di conoscenza del vizio non deve indurre a ritenere che la buona fede sia esclusa dalla colpa grave<sup>38</sup>.

A favore della soluzione negativa, che porta ad escludere che l’ignoranza colpevole possa impedire il perfezionamento della fattispecie, depongono le ragioni del formalismo giuridico<sup>39</sup>, nel senso che la trascrizione dell’atto invalido, accompagnata dall’inerzia del titolare e dalla trascrizione del successivo atto valido, determinano un effetto analogo a quello della “pubblica fede” e costituiscono indici atti a comporre uno strumento di protezione dell’affidamento del terzo, che è destinato a venire meno solo nel caso di “oggettiva” conoscenza del vizio dell’atto.

L’irrelevanza dell’ignoranza colpevole *in subiecta materia* si apprezza nel parallelismo con la disciplina degli acquisti dall’erede apparente, in cui l’apparenza del diritto del dante causa non solo impone al terzo di provare - come detto - la buona fede, ma gli fa correre il rischio che gli indici da cui ha concretamente inferito la qualità di erede del proprio dante causa non siano *ex post* apprezzati dal giudice come circostanze idonee a integrare una situazione obiettiva di apparenza di diritto, cioè il rischio che il suo errore sia giudicato oggettivamente inescusabile.

E ciò in quanto, a differenza della buona fede desunta dai pubblici registri immobiliari, che è riconnessa ad una situazione formale tipizzata dalla legge come fonte di affidamento, l’apparenza di diritto appartiene a un ordine di fenomeni opposto, essendo integrata da un complesso di circostanze di fatto, elastiche e non tipizzate, dalle quali il terzo inferisce, attraverso indici meno sicuri e quindi contestabili, la situazione di apparenza.

Tale questione, seppur non completamente svuotata di contenuti, riveste un’importanza per lo meno attenuata per gli acquisti immobiliari in cui il notaio ha l’obbligo di ispezionare il titolo di provenienza e di informare il subacquirente circa gli eventuali vizi del titolo medesimo.

La misura della diligenza professionale richiesta al notaio e il dovere di informazione che permea il contratto d’opera professionale con il cliente fanno sì che, tutte le volte in cui sia rilevato dal notaio il vizio di nullità del titolo c.d. di provenienza, può

<sup>38</sup> Come riportato da L. MENGONI, *op. cit.*, p. 350, l’espressione contenuta nel progetto della Commissione, che subordinava la salvezza dei diritti dei terzi alla condizione che fossero stati acquistati “ignorando senza colpa i vizi dell’atto (impugnato)” è stata volutamente abbandonata nel testo del codice. In senso contrario R. NICOLÒ, *op. cit.*, p. 117.

<sup>39</sup> Così L. MENGONI, *op. cit.*, p. 352.

ritenersi venuta meno la buona fede del subacquirente, tanto che si può ragionevolmente affermare che la buona fede del subacquirente dipenda in concreto dal comportamento del notaio rogante.

Qui, evidentemente, soccorre la distinzione dianzi accennata fra i vizi di nullità rilevabili dall’ispezione del titolo e quelli invece da rinvenirsi *aliunde*, per effetto di una frode alla legge o di un collegamento negoziale illecito, nel senso che solo per i primi la buona fede del subacquirente sarà mediata dal comportamento del notaio e non anche per i secondi, in cui la buona fede del subacquirente verrà meno molto più difficilmente, in quanto la mala fede sarà correlata alla conoscenza di circostanze estranee all’atto di acquisto del proprio dante causa.

L’eventuale inadempimento dell’obbligo di informazione a carico del notaio rogante nei confronti del subacquirente circa la causa di invalidità del primo titolo esporrebbe il professionista alla responsabilità civile ove, per qualsiasi motivo, il meccanismo della pubblicità sanante non si perfezionasse, anche dopo i cinque anni dalla trascrizione del titolo nullo, se l’autore di quest’ultimo provvedesse a trascrivere la domanda giudiziale prima della trascrizione del titolo “a valle” valido<sup>40</sup>.

La buona fede del subacquirente relativa ai vizi del titolo di acquisto del proprio dante causa deve sussistere al momento in cui si compie il proprio acquisto, cosicché non rileverà successivamente la buona o la malafede dell’avente causa dal terzo subacquirente, in quanto appunto la buona fede deve sussistere quale coelemento di perfezionamento della fattispecie al momento in cui il subacquirente compie il proprio acquisto; una volta perfezionata la fattispecie l’avente causa dal subacquirente acquista *a domino* e quindi la sua malafede sarà irrilevante.

Ne consegue che, in termini operativi, la pubblicità sanante sarà destinata più facilmente ad operare: i) nei casi in cui l’invalidità del primo titolo non derivi da vizi rilevabili dall’ispezione del titolo; ii) dall’acquisto dell’avente causa dal

<sup>40</sup> In G. BARALIS e G. METTIERI, *op. cit.*, p. 397, si pone il problema dell’ammissibilità dell’azione di responsabilità civile verso il notaio anche prima del decorso del quinquennio e lo si risolve nel senso che, poiché gli effetti della “sanatoria” restano sospesi fino al compimento del quinquennio, la domanda di risarcimento del danno è immediatamente proponibile, anche se ai fini della determinazione del danno il notaio potrà eccepire che la liquidazione potrà effettuarsi solo se ed in quanto di verificati nel termine di legge il fatto impeditivo (trascrizione della domanda giudiziale) del perfezionamento della fattispecie acquisitiva.



subacquirente in poi, proprio per l'irrelevanza dell'elemento soggettivo.

Una rivalutazione dell'istituto non può che passare, *de iure condendo*, da una proposta di modifica normativa dell'art. 2652, n. 6, c.c. nell'ottica di privilegiare l'esigenza di speditezza nella circolazione giuridica rispetto alla tutela dell'alienante che sia rimasto inerte per un certo periodo di tempo senza far valere le proprie ragioni.

In effetti, la mera conoscenza del vizio del titolo del dante causa del proprio alienante non può di per sé paralizzare la circolazione immobiliare quando chi poteva far valere il vizio stesso è rimasto inerte, a meno che il terzo subacquirente non agisca in base ad un accordo fraudolento con il proprio alienante per frodare le ragioni del remoto dante causa<sup>41</sup>.

Potrebbe, cioè, ripercorrersi, ai fini di una migliore riformulazione del concetto di buona fede contenuto nell'art. 2652 n. 6, c.c., lo stesso *iter* logico che ha portato il legislatore della riforma delle società di capitali ad abrogare l'art. 2384 *bis* c.c., che prevedeva l'inopponibilità dell'estraneità dell'atto all'oggetto sociale ai terzi di buona fede, e a riformulare l'art. 2384 c.c. che, nel nuovo testo, limita l'opponibilità delle limitazioni del potere di rappresentanza risultanti dallo statuto ai soli terzi che abbiano intenzionalmente agito a danno della società, cioè quindi sostituendo un criterio basato sul dolo intenzionale del terzo e quello della mera conoscenza dell'estraneità dell'atto all'oggetto sociale.

In questa prospettiva, nella nuova formulazione dell'art. 2652 n. 6 c.c. potrebbe: 1) aggiungersi l'inciso "*da qualunque causa la nullità dipenda*" dopo il sostantivo nullità per fugare qualsiasi dubbio che tutte le cause di nullità ricadano nell'ambito applicativo della norma; 2) estendere l'ambito di applicazione della disposizione ai casi di inefficacia che non siano dipendenti dalla carenza del potere di disporre dell'alienante; 3) modificare il requisito soggettivo positivo dalla buona fede con un elemento psicologico negativo, nel senso che la fattispecie acquisitiva, nel concorso degli altri elementi obiettivi, sarebbe comunque da intendersi perfezionata "*a meno che i terzi non abbiano intenzionalmente agito a danno del dante causa del proprio alienante*"..

<sup>41</sup> Secondo M. BIANCA, *op. cit.*, già *de iure condito* l'art. 2652 n. 6 dovrebbe interpretarsi, "*accogliendosi la distinzione dottrinale fra buona fede in senso formale e buona fede in senso sostanziale, nel senso che il soggetto non è in buona fede non quando è informato (dal notaio) del vizio del titolo di provenienza, ma solo quando è consapevole di ledere la posizione del dante causa. Deve infatti rilevarsi che la buona fede in senso sostanziale è la specifica ignoranza di ledere l'altrui diritto*".

