

IMPUGNATIVE CONTRATTUALI E TERZI SUBACQUIRENTI: IL PROBLEMA DELL'ACQUISTO DERIVATIVO A NON DOMINO.

| 242 Di Andrea Filanti

Impugnative contrattuali e terzi subacquirenti: il problema dell'acquisto a non domino.
(Andrea Filanti)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le spiegazioni del fenomeno incentrate sull'efficacia della sentenza. La posizione di Mengoni. - 3. Il titolo della circolazione giuridica. - 4. Doppie alienazioni ed opponibilità. - 5. Tutela dei terzi subacquirenti e doppia valutazione

1. Premessa.

Uno dei temi più delicati della circolazione giuridica di beni e diritti è quello dei terzi subacquirenti, tutelati nei confronti di chi agisce giudizialmente per rimuovere gli effetti del negozio principale¹. La sentenza di accoglimento non

¹ Sulla circolazione giuridica la letteratura è assai ampia. Le citazioni che seguono sono pertanto essenziali. Oltre all'opera classica di F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1935 è da segnalare sul piano teorico generale, G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995. V. anche le acute osservazioni di R. SACCO, voce *Circolazione giuridiche*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960. Per una considerazione sistematica della tutela dei terzi subacquirenti, punto di riferimento sono gli studi di L. MENGONI, *L'acquisto "a non domino"*, Milano, 1949; *Natura giuridica degli acquisti "a non domino"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, p. 1305 ss.; *Gli acquisti "a non domino"*, Milano, 1975.

Contributi originali e significativi sono quelli di G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974 e C. PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002.

Per una considerazione unitaria delle azioni volte ad eliminare l'efficacia del contratto o semplicemente a dichiararla, v. I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziali. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998. A tale inquadramento terminologico si ispira il titolo del presente scritto, in quanto, come si vedrà, il problema degli acquisti derivativi a non domino deve essere affrontato e risolto in modo unitario.

pregiudica gli acquisti dei terzi; i quali dunque prevalgono nei confronti della parte che ha agito.

Le sentenze di annullamento, di risoluzione, di rescissione rimuovono gli effetti del contratto in linea di principio *ex tunc*. La sentenza di simulazione accerta che gli effetti non si sono prodotti; come la sentenza di nullità nel caso della cd. trascrizione sanante (art.2652, n°6 cod. civ.).

In tutte queste ipotesi il terzo acquista benché il suo dante causa, in virtù della retroattività della sentenza, è come se non avesse mai acquistato (nel caso della simulazione e della nullità non ha mai acquistato); nel caso della risoluzione la retroattività è testualmente operante solo tra le parti(art.1458, primo comma, cod. civ.). L'acquisto inoltre secondo dottrina e giurisprudenza pressoché unanimi ha natura derivativa.

Sarebbe del resto paradossale pensare che la mancanza di titolarità pronunciata o accertata giudizialmente in capo al suo dante causa, si traduca in un vantaggio in capo al terzo. Questi infatti, se si escludesse la derivatività del suo acquisto, sarebbe acquirente a titolo originario e il diritto acquistato perciò libero da diritti dei terzi o comunque da pesi.

Ciò premesso, occorre allora chiedersi come sia possibile acquistare un diritto a titolo derivativo da chi non è titolare. La logica che si esprime nel



principio "*resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*" sembra escluderlo

2. Le spiegazioni del fenomeno incentrate sull'efficacia della sentenza. La posizione di Mengoni.

La dottrina cerca di superare l'ostacolo di ordine logico in vario modo.

La maggior parte degli autori pone l'accento sull'aspetto della retroattività della sentenza. Retroattività che sarebbe eccezionalmente derogata nei confronti dei terzi.²

Altra parte della dottrina critica radicalmente tale orientamento. Essa esclude il fondamento della stessa categoria della retroattività, semplice *fictio iuris* che non può negare la realtà storica e giuridica dell'acquisto del terzo antecedente alla domanda giudiziale. La sentenza di caducazione del contratto non ne eliminerebbe in realtà gli effetti ma darebbe luogo ad una controvicenda traslativa di direzione inversa³. Sicché il terzo, dal momento che il suo acquisto è antecedente alla domanda giudiziale, acquisterebbe in realtà a domino. Nessuna delle due ricostruzioni può ritenersi appagante. Parlando di deroga alla retroattività per i terzi non si fa altro che estendere alle altre impugnative ciò che è testualmente previsto per la risoluzione. Più che una ricostruzione una semplice descrizione del fenomeno. In particolare non si individua il meccanismo che sta al fondo della diversa sorte dell'efficacia del contratto principale per le parti e per i terzi.⁴

Quanto alla tesi del ritrasferimento essa poggia sulla radicale negazione della retroattività, della quale si potrà pur dire che è una *fictio iuris* , ma tuttavia non è certo un'invenzione dottrinale. Basti pensare all' art. 1458 primo comma del codice civile che, parlando di retroattività tra le parti,

sembrerebbe escludere testualmente il "ritrasferimento"⁵.

Inoltre questa tesi a ben vedere finisce per negare la stessa necessità di una previsione normativa per la tutela dei terzi subacquirenti. L'efficacia *ex nunc* della sentenza esclude comunque che il subacquirente possa essere pregiudicato in quanto egli, come dianzi sottolineato, acquista prima della sentenza di caducazione del contratto che sancirebbe il ritrasferimento. Ma tale conclusione pure in astratto non è criticabile, se si ritiene che la tutela dei terzi non sia un'eccezione ma espressione essa stessa di un principio di circolazione giuridica, non trova corrispondenza nel diritto positivo che di regola richiede specifici requisiti affinché operi la tutela: buona fede, talvolta onerosità del titolo.

Entrambe le teorie, più radicalmente, prestano il fianco ad una critica di fondo di ordine sistematico. Incentrate sulla efficacia del contratto principale, eliminata (retroattività) o estinta (ritrasferimento) dalla sentenza di caducazione, ad esse è perciò preclusa la possibilità di dar conto della tutela dei terzi subacquirenti, allorché il contratto è inefficace fin dall' origine.⁶

Condizione in cui versa, per espressa statuizione normativa, il contratto simulato e, per consolidata tradizione, il contratto nullo.

In questi casi (art. 1415 e 2652 n. 6 cod. civ.) evidentemente non ha senso parlare di inefficacia (*ex tunc* o *ex nunc*) in virtù della sentenza, la quale non rimuove effetti ma si limita ad accertarne la mancata produzione.

Questa fondamentale differenza non sfugge a chi, più di ogni altro, ha studiato il fenomeno degli acquisti *a non domino* : Luigi Mengoni. L'insigne studioso distingue fra le ipotesi di inefficacia fin dalla origine del negozio principale (simulazione e nullità) o comunque di mancanza di titolarità in capo al dante causa del terzo (erede apparente art. 534, secondo comma, cod. civ.) e le ipotesi in cui l'efficacia del contratto principale viene rimossa dalla sentenza.

In questo secondo caso, considerata come paradigmatica l'azione di annullamento, egli ritiene che si tratti di deroghe al principio di retroattività, in virtù delle quali il terzo acquista a domino.⁷

Nei casi di acquisto dal simulato acquirente e di acquisto dall'erede apparente, il fondamento sarebbe da ravvisare nell'apparenza, la quale supplirebbe alla mancanza di titolarità in capo al simulato

² E' questa la tesi tradizionale e nettamente prevalente: E. BETTI, Teoria generale del negozio giuridico, in *Trattato di diritto civile diretto da F. Vassalli* , Torino, 1960, p.335 ss; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile* , Napoli, 1962, p.156 s.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico* , Padova, 1961, p. 81 s. Contesta l'eccezionalità delle deroghe, sottolineando come viceversa la tutela dei terzi sia generalizzata, A. PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali* , Napoli, 1968, p. 247. Nello stesso senso, con ampia e convincente argomentazione, C. PILIA, *Circolazione giuridica e nullità* , cit., p. 38 ss.

³ Tesi anch'essa risalente: G. GORLA, *La compravendita e la permuta* , in *Trattato di diritto civile diretto da F. Vassalli* , VII,1, Torino, 1937, p. 46 ss. In tal senso più di recente, G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto* , cit., p. 77 ss.

⁴ A. PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali* , cit., p. 274. Osservazione ampiamente sviluppata da C. PILIA, *Circolazione giuridica e nullità* , cit., p. 44 ss.

⁵ L'osservazione è di C. PILIA, *op. cit.* , p. 42

⁶ Per una critica radicale alle spiegazioni incentrate sull'efficacia del contratto, C. PILIA, *op. cit.* , p. 44 ss.

⁷ L. MENGONI, *L'acquisto "a non domino"* , cit., p. 130 ss.



acquirente⁸, e alla mancanza della qualità di erede in capo all'erede apparente⁹.

Pertanto gli acquisti avrebbero natura derivativa a non domino¹⁰.

Nel caso di subacquirente da contratto di alienazione di bene immobile (art. 2652, n. 6 cod. civ.; o di bene mobile registrato: art. 2690, n. 3 cod. civ.) nullo, la trascrizione avrebbe efficacia costitutiva, in quanto il legislatore assegnerebbe ad essa il ruolo di sostituire il requisito mancante della titolarità in capo al dante causa del terzo. Di qui il nome di pubblicità sanante.¹¹

⁸ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 107 s. L'autore (in Gli acquisti "a non domino", p. 343) sottolinea la specificità dell'acquisto in buona fede dall'apparente titolare nel caso di simulazione (art. 1415 cod. civ.) rispetto alle altre fattispecie. La simulazione si caratterizza per essere un atto perfettamente valido ed efficace stipulato dalle parti allo scopo di creare una determinata esteriorità: una situazione perfetta, non fondata cioè su indici di apparenza divergenti dalle risultanze giuridiche. Egli pertanto parla di accezione generica del termine titolarità apparente, nella quale fare rientrare il caso previsto dalla simulazione, e di una accezione "propria" relativa agli altri casi quali: l'acquisto dall'erede apparente, la rappresentanza apparente ed il pagamento effettuato al creditore apparente.

In tema di apparenza fondamentale è l'insegnamento di A. FALZEA, voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 701 ad avviso del quale l'apparenza è «una situazione di fatto che manifesta e fa apparire reale una situazione giuridica non reale». V. altresì R. SACCO, *Apparenza*, in *Digesto civ.*, I, Torino, 1987, p. 357.

⁹ L. MENGONI, *L'acquisto "a non domino"*, cit., pp. 84 ss. e 128 ss. Per un'ampia e dettagliata analisi dei problemi ricostruttivi relativi alla tutela dell'avente causa dall'erede apparente, v. L. SITZIA, *Petizione di eredità, in Il codice civile commentato*, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2013, p. 90 ss., da ultimo lo studio di A. ZACCARIA, *La pubblicità delle disposizioni mortis causa: principio di continuità e risoluzione dei conflitti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, p. 207 ss. Giova al riguardo ricordare la posizione espressa da F.D. BUSNELLI, voce "*Erede apparente*", in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, p. 198 ad avviso del quale "il meccanismo della trascrizione sia nell'ipotesi dell'art. 534 comma 3 c.c., sia nell'ipotesi dell'art. 2652 n. 7, non è sufficiente, di per sé, a determinare l'efficacia dell'acquisto, la quale postula pur sempre il concorso dell'apparenza ereditaria e della buona fede del terzo", in questi casi la trascrizione "non esplica la tipica funzione delineata, in linea generale, dall'art. 2644 c.c., ma, rilevando essenzialmente ai fini di cui all'art. 2650 c.c., concorre al tempo stesso ad integrare, quale ulteriore elemento, la fattispecie complessa produttiva dell'acquisto del terzo ex art. 534 comma 2 c.c.". V. altresì R. NICOLÒ, *La trascrizione*, II, Milano, 1973, p. 24 ss., secondo il quale, se l'avente causa dall'erede trascrive solo il suo ultimo acquisto, la trascrizione avrà effetto meramente prenotativo, mancando la continuità: per prevalere sull'avente causa dal defunto, dovrà trascrivere prima entrambi i passaggi.

¹⁰ L. MENGONI, *L'acquisto "a non domino"*, cit., p. 107 s.

¹¹ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 127 ss. Sulla figura della pubblicità sanante, scettico, G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, p. 291 ss.; V. CAREDDA, *Autore sponsabilità e autonomia privata*, Torino, 2004, p. 113, configura l'ipotesi in chiave di autore sponsabilità del dante causa mediato.

L'autore, coerentemente, considera i casi di mancanza di titolarità del diritto in capo al dante causa del terzo, come veri e propri acquisti derivativi a non domino.¹²

In conclusione, né la dottrina della retroattività, né quella del ritrasferimento e neppure quella da ultima considerata, danno risposte adeguate al quesito di fondo: come sia possibile un acquisto a titolo derivativo allorché il dante causa non è titolare del diritto oggetto di disposizione.

3. Il titolo della circolazione giuridica.

Rilevata l'insufficienza delle spiegazioni tradizionali e prevalenti, tutte incentrate sulla efficacia del negozio principale e sulla caducazione di esso, *ex tunc* oppure *ex nunc*, nonché di quella più articolata di Mengoni, alcuni autori hanno seguito una strada diversa basata sulla individuazione nell'atto negoziale di una duplice rilevanza¹³: interna tra le

¹² L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 128 e *Natura giuridica degli acquisti "a non domino"*, op. cit., p. 1304 s.

¹³ La dottrina più recente ha fatto chiarezza in ordine al concetto di rilevanza e alla dialettica con quello di efficacia (G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988, p. 138 ss.). La rilevanza, si è osservato, è dotata di una autonomia concettuale propria che non coincide con la conseguenza (efficacia), né con il fatto materiale, quanto con l'essenza giuridica del fatto stesso. Essa esprime l'adeguatezza del fatto rispetto ai presupposti di applicabilità della regola. In questo senso v. anche B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, p. 25, ad avviso del quale la rilevanza non è che la "forma iuris in virtù della quale un'entità extragiuridica penetra nel sistema dei fenomeni giuridici"; è la "verità giuridica del fatto" (p. 86 ss.); R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, p. 100 ss.; ID., *Fatto giuridico e fattispecie complessa (Considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 357; F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, p. 216; A. E. CAMMARATA, *Limiti fra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giuridica*, in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, p. 389 ss.; ID., *Il significato e la funzione del «fatto» nell'esperienza giuridica*, ivi, p. 247 ss.; A. BELFIORE, *Interpretazione e dogmatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979, p. 575 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, in *Il codice civile*, Comm., diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, p. 415 ss.

Diversa è la posizione di N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, p. 58; e in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1968, p. 1095 ss.; ID., *Norme e fatti*, Milano, 1984, p. 3 ss. il quale dopo aver distinto tra rilevanza interna (o nomologica) limitata ai concetti normativi ed indicante la posizione dei membri della norma, ed esterna (o crinologica), vi individua la relazione logica tra concetto normativo e caso singolo. La rilevanza non indica "assunzione o penetrazione del fatto nell'ordine del diritto. Il fatto rimane, e non può non rimanere, nel proprio ordine"... "il fatto — come dato concreto della natura o della storia — non può acquisire il valore della giuridicità". Il nesso che intercede tra norma e fatto ha natura meramente logica: "il fatto non è, dunque, il fatto naturale o storico, che penetra nell'ordine normativo, ma il fatto che è nel diritto, che è come il diritto richiede che sia".





parti, esterna rispetto ai terzi.¹⁴ La prima consiste nell'efficacia dell'atto di autoregolamento fra le parti.

La seconda con specifico riferimento alla tutela dei terzi subacquirenti assegna all'atto negoziale il significato e valore di titolo della circolazione.

Sicché ben si comprende che i terzi subacquirenti possano essere tutelati pure se il contratto è privo di effetti o questi sono eliminati con sentenza, purché sussista il titolo della circolazione: rappresentato da una fattispecie negoziale minima, quale risulta dalle dichiarazioni. Per il contratto dovranno ricorrere i requisiti di cui all' art. 1325 cod. civ.¹⁵

Si tratta di una ricostruzione raffinata della quale si è riportato nel testo lo sviluppo più avanzato.

Gli autori in parola toccano sicuramente un aspetto decisivo del problema. La duplicazione di rilevanza esalta il profilo circolatorio: per l'esigenza dei traffici più significativo dello stesso autoregolamento.

Tuttavia, il titolo della circolazione rischia di risultare eccedente rispetto allo stesso problema della tutela dei terzi. Nella sua oggettività esso dovrebbe giustificare di per sé solo la circolazione benché l'atto di autonomia sia difettoso¹⁶. Ulteriori requisiti,

quali la buona fede o l'onerosità del titolo dovrebbero essere superflui.

Occorre considerare inoltre come l'espressa previsione della tutela dei terzi di fronte alle singole impugnative contrattuali, già dice all' interprete quali sono i vizi del contratto principale che non precludono il subacquisto.

Sicché l'utilità del titolo della circolazione riguarderebbe in definitiva soltanto la nullità¹⁷.

Ma la tutela dei terzi in caso di nullità è esclusa dalla dottrina prevalente.

Anche là dove è testualmente prevista, ossia in materia di acquisti immobiliari (art. 2652 n.6 cod. civ.), occorre una non semplice interpretazione per individuare il significato del " contratto nullo " ¹⁸, non potendosi ritenere scontato che esso coincida con il titolo della circolazione, ossia con un contratto perfetto e rispondente ai requisiti di cui all' art. 1325 cod. civ.. Così, in caso di illiceità, e quindi di assenza di uno di tali requisiti, non si può senz'altro escludere la tutela del terzo, il cui acquisto "può essere travolto solo quando l'interesse pubblico alla eliminazione degli effetti esige una risposta destinata a prevalere sull' esigenza di certezza della circolazione"¹⁹.

Ma vi è una considerazione di fondo che sembrerebbe riportare il discorso alla domanda iniziale.

Il titolo della circolazione ha come corollario la legittimazione a disporre²⁰.

Ancora diverso è il pensiero di quella dottrina che identifica la fattispecie giuridica in base alla efficacia sicché il fatto giuridicamente rilevante assurge a fatto produttivo di effetti che la norma fa seguire attraverso una relazione posta dal diritto. La giuridicità diventa qualifica del fatto e deriva dal nesso con gli effetti: un modo di essere della fattispecie conseguente all'efficacia accordata dalla norma. In questo senso A. FALZEA, voce *Rilevanza giuridica*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 941; S. PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Diritto civile, Metodo, teoria, pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 3 ss.; ID., *La trascrizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, Milano, 1957, p. 454, ad avviso del quale non si può "ritenere che la rilevanza giuridica del fatto sia qualcosa di essenzialmente diverso dall'idoneità a produrre l'effetto giuridico previsto, cioè la funzione del fatto come antecedente dell'effetto".

¹⁴ Il doppio piano di rilevanza è la premessa teorica dello studio di VETTORI, *Consenso traslativo*, cit., il quale, come si dirà traduce la rilevanza esterna nel concetto di opponibilità, assunto a criterio di soluzione dei conflitti fra più acquirenti dallo stesso dante causa (spec. p. 60 ss.).

Parla di rilevanza esterna sulla quale costruisce il titolo della circolazione e la tutela dei terzi subacquirenti, C. PILIA, *op. cit.*, spec. p.120 ss. Sottolineano la necessità di distinguere tra efficacia interna e rilevanza esterna del contratto: A. AURICCHIO, *La simulazione nel negozio giuridico. Premesse Generali*, Napoli, 1957, p. 196 ss. e G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991, pp. 12 ss. e prima ancora, dello stesso autore *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, cit., p. 70 ss.

¹⁵ V. in tal senso, G. PALERMO, *op. cit.*, p. 23 ss. e 123 ss.

Ma spunti significativi già in AURICCHIO, *La simulazione nel negozio giuridico. Premesse generali*, cit., p.p. 92 ss., 102 ss., 210 ss. Il discorso giunge a maturazione con C. PILIA, *op. cit.*, p. 120 ss.

¹⁶ In senso critico G. VETTORI, *op. cit.*, p. 9 ss., spec. p. 12.

¹⁷ C. PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, cit., p. 101 ss.; G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, cit., p. 70 ss.

¹⁸ G. FILANTI, *op. cit.*, p. 291 ss., e in termini generali, ossia con riguardo alle altre ipotesi di efficacia cd. eccezionale del negozio nullo (articoli 128, 590, 799, 2126, cod.civ.) p. 88 ss. Secondo l'autore l'elemento indicato dal legislatore con tale espressione è da individuare in base alla ratio di ciascuna fattispecie.

Sottolineano l'esigenza di individuare le cause di nullità compatibili con la tutela dei terzi subacquirenti, G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, cit., p. 70 ss. e C. PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, cit., p. 4 ss., 109 ss.

¹⁹ G. VETTORI, *op. cit.*, e con specifico riferimento alla fattispecie dell'art. 2652 n.6, G. FILANTI, *op. cit.*, p. 301 s.

²⁰ Della quale sarebbe investito anche l'acquirente in base ad un contratto nullo, "fondando così l'acquisto dei terzi aventi causa" (C. PILIA, *op. cit.*, p. 108).

Sottolinea come la legittimazione a disporre sia in generale requisito di efficacia dell'atto, L. MENGONI, *L'acquisto "a non domino"*, cit., p. 15 ss. Le osservazioni svolte nel testo conducono alla problematica del valore sistematico del concetto di atto dispositivo, espressione con la quale si indica tradizionalmente ogni atto che importi limitazione del patrimonio del soggetto agente (in termini di perdita, diminuzione ovvero destinazione), caratterizzato altresì dall'immediatezza del risultato. Vi rientrano i contratti ad effetti reali, e non invece i negozi che non determinano un subitaneo spostamento patrimoniale tra due sfere giuridiche. In tema, per tutti, L. MENGONI, V. Realmonte, *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 189 ss.; S. PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento di diritti*, cit.; G. GORLA, *L'atto di disposizione dei diritti*, in *Studi*

Nelle ipotesi in esame l'avente causa in base a contratto viziato, nel quale tuttavia sussistono gli elementi del titolo della circolazione, non acquista la titolarità del diritto, ma soltanto il potere di disporre di esso, ossia la legittimazione a disporre, in base alla quale trasferisce il diritto in capo al terzo subacquirente.

Può dirsi così risolto il dilemma logico degli acquisti derivativi a non domino?

Certo il dante causa del terzo non è dominus in senso formale, sebbene il potere di disporre sia di regola un carattere costante dei diritti a contenuto patrimoniale. Senonché nei casi in esame, il terzo acquista di regola soltanto se sussistono in capo ad esso determinati requisiti (buona fede, onerosità dell'acquisto).

Di qui le perplessità che suscita una legittimazione che si fonderebbe su requisiti facenti capo non già, eventualmente, all'alienante, bensì all'acquirente.

Si può dunque concludere nel senso che neppure le dottrine che configurano un titolo della circolazione sembrerebbero in grado di superare la contraddizione logica insita nell'idea di acquisti derivativi a non domino.

Tuttavia esse, valorizzando la rilevanza esterna del contratto, indicano la strada da seguire.

Occorre quindi allargare l'orizzonte e valutare i risultati raggiunti dalla dottrina riguardo all'altro problema cruciale della circolazione, quello delle doppie alienazioni, che vede la dottrina pervenire alla massima divaricazione proprio fra rilevanza interna ed esterna del contratto.

4. Doppie alienazioni ed opponibilità.

Il trasferimento del diritto in virtù del solo consenso, come è noto, è affermazione di principio che incontra tuttavia ostacoli alla sua concreta attuazione.

In particolare nel caso di doppie alienazioni dal medesimo dante causa, l'affermazione del principio avrebbe come esito scontato la prevalenza del primo acquirente, poiché il dante causa si è spogliato del diritto al momento in cui ha prestato il consenso e quindi è privo della titolarità di esso nei confronti del secondo acquirente.

Senonché a tale conclusione, logicamente ineccepibile, si oppongono le esigenze di certezza del traffico giuridico. Il consenso è vicenda

personale dei contraenti, di regola ignota ai consociati. In particolare a colui che si accinge ad acquistare il medesimo diritto dallo stesso autore. Il quale sarebbe esposto al rischio del mancato acquisto.

Il legislatore non si è affidato allora alla logica della priorità dell'acquisto ed ha posto il problema in termini di prevalenza di titoli. Sicché prevale colui che oltre all'atto di acquisto può addurre un indice della circolazione, un segno esteriore riconoscibile. Per gli immobili tale elemento è rappresentato dalla trascrizione (art. 2644 cod. civ.)²¹, per i mobili dal possesso (art. 1155 cod.

²¹ Le regole circolatorie e di prevalenza così individuate hanno indotto dottrina e giurisprudenza a ricostruire forme di tutela risarcitoria a soddisfazione delle ragioni del primo acquirente secondo trascrivente. D'altra parte, non si può confondere il giudizio di opponibilità dell'atto e di responsabilità del terzo: "in un caso la valutazione serve a statuire l'efficacia immediata e prevalente di un acquisto compiuto nel rispetto della legge di circolazione, nell'altro, ai soli fini risarcitori, si valuta, ai sensi dell'art. 2043, un comportamento in mala fede dell'acquirente" (Così, G. VETTORI, voce *Opponibilità*, vol. XXI, in *Enc. giur.*, Roma, 1999). In tema: M. COSTANZA, *Doppia vendita immobiliare e responsabilità del secondo acquirente di mala fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 520 ss.; D. POLETTI, *Regole risolutive di conflitti e tutela risarcitoria. Contributo allo studio della responsabilità aquiliana da contratto*, Pisa, 2003, p. 165 ss.; E. GABRIELLI, *La doppia vendita immobiliare*, in *Dir. priv.*, 1995, 303 ss.; G. DORIA, *Doppia alienazione immobiliare e teoria dell'effetto reale. Il problema della responsabilità dell'alienante e del secondo acquirente*, Milano, 1994. Di diverso avviso F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, 2a ed., in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1998, 533 ss.: "appare alquanto schizofrenico da un lato prevedere un risarcimento del danno e nel contempo, dall'altro, mantenere l'efficacia (in termini di protezione giuridica) dell'atto mediante il quale tale danno è stato arrecato, e che dunque è partecipativo del complesso comportamento illecito, pur se l'illiceità in senso stretto va ricondotta al fatto della trascrizione più che della sua conclusione in sé e per sé. La rigidità della previsione di cui all'art. 2644 non lascia però alternative: la priorità della trascrizione è requisito necessario, ma anche sufficiente, per il valido acquisto del diritto pur quando la trascrizione è curata dal secondo avente causa di mala fede"; A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998, in part. p. 85 ss. e 370 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 15.6.1988, n. 4090, in *Resp. civ. e prev.*, 1988, 984 ss., con nota di BENACCHIO, *Doppia vendita immobiliare: tutela o responsabilità del secondo acquirente in mala fede?*; in *Foro it.*, 1989, I, 1568 ss., con nota di CASADONTE; Cass., 21.3.1989, n. 1403, in *Foro it.*, 1990, I, 222 ss., con nota di COSENTINO, *L'inadempimento efficiente nuovamente al vaglio della Cassazione*; Cass., 2.2.2000, n. 1131, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1687 ss., con nota di TRIOLA, *Doppia alienazione e azione revocatoria*.

La dottrina si è altresì interrogata in ordine alla possibilità che il primo acquirente possa ottenere ai sensi dell'art. 2058 c.c. la restituzione materiale del bene immobile. In senso contrario si è osservato come la disapplicazione di una trascrizione già effettuata risulterebbe in evidente contrasto con l'art. 2644 c.c. dal momento che la buona fede assurgerebbe a elemento costitutivo del procedimento stabilito dalla norma stessa. Così C. CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in

per Tommasone, Padova, 1937, p. 73 ss.; G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in cit., p. 399; R. NICOLÒ, *Attribuzione patrimoniale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 283 ss.





civ.), per la cessione del credito dall'accettazione del debitore ceduto o dalla notificazione ad esso della cessione (art. 1265 cod. civ.), per la costituzione di diritti personali di godimento, dall'inizio del godimento stesso (art. 1380 cod. civ.).

Sebbene il problema sia stato positivamente risolto, resta comunque aperta la questione della spiegazione in termini dogmatico-concettuali. Ossia della compatibilità di tali soluzioni con il principio consensualistico.

Il problema, secondo gli sviluppi più avanzati della dottrina, non si pone sul piano degli effetti ma su quello della fonte di essi, il contratto. E' dunque una questione di opponibilità. Espressione diffusa nel codice civile, ma alla quale soltanto in tempi recenti la dottrina è riuscita ad assegnare un valore dogmatico, ossia ricostruttivo²².

Il contratto, si osserva, produce effetti solo fra le parti (art. 1372 cod. civ.). Per i terzi è un mero fatto. Se però si restringe l'angolo di osservazione ai terzi che hanno acquistato il medesimo diritto dallo stesso dante causa, sorge un problema di prevalenza di titoli di acquisto. Problema che il legislatore risolve rendendo opponibile il contratto di quello dei due acquirenti che vanta lo specifico indice della circolazione.

La compatibilità della soluzione con il principio consensualistico si spiega quindi in termini di opponibilità. La quale, nel suo significato più profondo, colto dalla dottrina in esame, rivela che il legislatore opera una doppia valutazione.

Il contratto fra A (dante causa comune) e B (primo acquirente, che però non trascrive tempestivamente il suo acquisto) è efficace tra le parti. Tale contratto, tuttavia, è un mero fatto rispetto al secondo acquirente che per primo abbia trascritto²³.

Riv. crit. dir. priv., 1989, 568 s.; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Tratt. Franzoni*, Milano, 2004, 264 ss.; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo continuato a L. Mengoni, Milano, 1995, p. 735 ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., 555 ss.; A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica. Oggetto e funzioni*, Padova, 2002, 365 ss. In tema, v. anche A. VENTURELLI, *La responsabilità del secondo acquirente nella doppia alienazione immobiliare*, in *Resp. civ.*, 2006, 11, p. 870 ss.

²² Così G. VETTORI, *op. cit.*, p. 41 ss. L'autore, con specifico riguardo alle doppie alienazioni immobiliari, sottopone a revisione critica le opinioni della dottrina (acquisto derivativo a non domino, acquisti a titolo originario), ed opta per la tesi dell'acquisto derivativo a domino, (p. 96 ss.). Egli fonda tale conclusione sulla doppia valutazione insita nel concetto di opponibilità (p. 94).

²³ G. VETTORI, *Consenso traslativo*, cit., 93 ss.; ID., *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, in *Contratto in generale* (a cura di) Checchini, Costanza, Franzoni, Gentili, Roselli, Vettori, Torino, 2002, p. 76.

5. Tutela dei terzi subacquirenti e doppia valutazione.

Occorre ora stabilire se tale ricostruzione possa consentire di estendere ai casi di tutela dei terzi subacquirenti la spiegazione in termini di opponibilità. E, ove ciò non sia possibile, quale indicazione l'opponibilità possa offrire per spiegare la suddetta tutela dei terzi.

Quanto al primo punto occorre tenere ben presente "quando e in presenza di quali condizioni un certo fatto è o meno opponibile ai terzi". E' vero, osserva l'autore, che per intendere l'opponibilità "l'osservatorio più interessante è senz'altro la sfera contrattuale ove indicazioni significative si rinvencono in tema di simulazione (che non può essere opposta ai terzi di buona fede), di annullabilità ed impugnativa del contratto"²⁴. Tuttavia l'opponibilità rettammente intesa risolve un conflitto fra privati che vantano titoli omogenei: quindi la questione è di prevalenza. Quello dei due che, oltre al titolo, vanta un indice della circolazione prevale.

Nel caso dei terzi subacquirenti solo in senso descrittivo si può parlare di prevalenza del terzo rispetto a colui che impugna: non solo i titoli non sono omogenei, sentenza e contratto, ma in realtà per colui che ha impugnato il contratto non è previsto un indice della circolazione né comunque un requisito che gli consenta di prevalere²⁵. Se il subacquisto è corredato dei requisiti di legge, il terzo è tutelato e colui che ha impugnato non può fare alcunché.

Esclusa quindi la possibilità di estendere il concetto di opponibilità al di là dei rigorosi confini di diritto positivo (oltre alle doppie alienazioni, la circolazione dei titoli di credito) ad esso assegnati dalla dottrina dianzi esposta, vale la pena verificare se alcune indicazioni da essa fornite possano essere utilizzate per cercare di fare chiarezza sul dilemma degli acquisti derivativi a non domino.

Ad avviso della dottrina in parola, il sistema di pubblicità immobiliare consente una diversa valutazione del medesimo fatto storico (il contratto traslativo): il piano dell'efficacia *inter partes*, da un lato, e quello dell'opponibilità a terzi del trasferimento del diritto dall'altro. Il contratto traslativo, anche se non trascritto, ai sensi degli artt. 1372, 2° co., e 1376 c.c. vincola il comune dante causa al rispetto del regolamento contrattuale. D'altra parte, l'atto di trasferimento non potrà essere opposto al secondo acquirente/primo trascrivente, giacché è l'ordinamento a operare una selezione sul piano della rilevanza giuridica del fatto storico (contratto) attraverso il meccanismo pubblicitario.

²⁴ G. VETTORI, *op. cit.*, p. 44 s.

²⁵ Ad eccezione naturalmente delle impugnative relative ad atti di disposizione di beni immobili, per le quali opera l'usuale tutela dell'antieriorità della trascrizione della domanda giudiziale rispetto alla trascrizione dell'acquisto del terzo.

Al di là delle rilevate diversità, la contrapposizione di interessi si caratterizza in modo analogo. Nel primo caso ciascuno, affermando la prevalenza del proprio titolo, si pone come vero acquirente nei confronti dell'altro.

Nel secondo caso mentre il terzo fa valere il proprio titolo d'acquisto, l'alienante del negozio principale invoca la sentenza che, eliminando l'effetto traslativo, gli consente di riacquistare il diritto oppure la sentenza che accerta che tale effetto non si è mai prodotto (simulazione, nullità).

Insomma nel primo caso il conflitto è fra più acquisti, nel secondo caso fra un acquisto e un (ri)acquisto in virtù di sentenza. Un conflitto, il primo, per così dire orizzontale, verticale il secondo.

Tale analogia nella contrapposizione di interessi, potrebbe aprire la strada ad una utile indicazione, cui si è dianzi fatto cenno, offerta dalla concettualizzazione della opponibilità: quella di una duplice valutazione di uno stesso atto²⁶. Nelle doppie alienazioni: atto di autoregolamento efficace tra le parti, mero fatto privo di significato giuridico per i terzi. Ebbene anche nel caso della tutela dei terzi subacquirenti si può individuare una doppia valutazione della sentenza che accoglie l'impugnativa contrattuale: efficace tra le parti, inefficace o, meglio, priva di significato giuridico, in quanto valutata alla stregua di un mero fatto dall'ordinamento, per i terzi subacquirenti.

Questo parrebbe voler dire il legislatore quando stabilisce che la simulazione non è opponibile al terzo subacquirente di buona fede, il quale acquista a domino per la semplice ragione che la simulazione e il suo accertamento giudiziale sono per lui privi di significato giuridico. Lo stesso ragionamento deve farsi per la risoluzione, l'annullamento, la rescissione, la nullità ex art. 2652 n. 6.

Questa potrebbe essere la risposta plausibile al dilemma degli acquisti derivativi a non domino.

Essa, rispetto alla spiegazione in termini di titolo della circolazione presenta il vantaggio di una maggiore flessibilità.

Il titolo della circolazione si pone in termini oggettivi: pertanto non è facile comprendere la ragione di subordinare l'acquisto del terzo a requisiti facenti capo ad esso (buona fede) o relativi al suo titolo d'acquisto (oneroso).

La doppia valutazione è ispirata ad una logica relativistica, alla cui stregua la mancanza di significato giuridico della sentenza opera relativamente al terzo subacquirente purché ricorrano requisiti a lui riferiti. Una spiegazione

dunque che sembra aderire meglio di altre al dato positivo.

²⁶ G. VETTORI, *op. cit.*, p. 94.

