

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PALERMO
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO GENERALE
DOTTORATO IN DIRITTO PRIVATO GENERALE "IUS 01"

CADUCAZIONE DEL CONTRATTO E RESTITUZIONI

Tesi di dottorato di:

dott.ssa Francesca Romana Sireci

Tutor:

Ch.mo Prof. Luca Nivarra

Coordinatore:

Ch.mo Prof. Armando Plaia

ANNO ACCADEMICO 2010/2011

INDICE

PREMESSA	p. III
CAPITOLO I	
Sezione I	
1. La caducazione del contratto	p. 1
2. Il recesso	p. 3
3. L'invalidità	p. 5
4. La risoluzione	p. 12
5. La rescissione	p. 19
6. L'inefficacia. La rappresentanza senza potere, la condizione e la simulazione	p. 20
7. Segue. La donazione: riduzione e revocazione	p. 23
8. Altre ipotesi di caducazione del contratto	p. 26
Sezione II	
9. Il pagamento dell'indebitto: genesi storica e fondamento dell'istituto	p. 28
10. La natura giuridica del pagamento dell'indebitto	p. 38
11. Il problema degli effetti traslativi dell' <i>indebiti solutio</i>	p. 47
12. Ripetizione dell'indebitto e arricchimento senza causa.	p. 56
13. Rinvio	p. 59
CAPITOLO II	
1. La <i>condictio indebiti</i> in materia contrattuale	p. 61
2. Gli artt. 1422 e 1463 c.c.: norme eccezionali o espressione di un principio generale?	p. 63
3. La condizione psicologica dell' <i>accipiens</i>	p. 69
4. Restituzione degli elementi accessori: frutti, interessi, addizioni, miglioramenti	p. 76

5. Segue. Restituzione del valore di godimento	p. 92
6. Restituzione delle prestazioni pecuniarie: debito di valore o debito di valuta	p. 97
7. Impossibilità della restituzione in natura	p. 101
8. Alienazione o trasformazione del bene	p. 111
9. La possibilità di restituire in natura come presupposto della risoluzione: l'art. 1492, III comma c.c.	p. 120
10. Restituzioni nello scioglimento dei contratti di durata	p. 128

CAPITOLO III

1. <i>Condictio indebiti</i> proprietaria e <i>condictio indebiti</i> possessoria	p. 134
2. Causa del negozio e causa dell'attribuzione	p. 138
3. <i>Condictio indebiti</i> e azione di rivendica	p. 141
4. Profili processuali	p. 156
5. Restituzioni e risarcimento: il danno da risoluzione	p. 157
6. Profili comparatistici	p. 164

CONCLUSIONI	p. 185
-------------	--------

BIBLIOGRAFIA	p. 189
--------------	--------

PREMESSA

Il presente lavoro si propone di analizzare e offrire una chiave di lettura ad una problematica sicuramente non inedita nel panorama del diritto privato, ma non per questo meno attuale.

Le tutele restitutorie conseguenti alla caducazione del contratto sono da sempre fertile terreno di riflessione per la dottrina forse più che per la giurisprudenza. Se infatti nella concreta applicazione casistica non si esita ad utilizzare tralattivamente, e spesso in maniera acritica, gli strumenti apprestati dal legislatore per rispondere alle istanze di tutela avanzate dai privati contraenti, meno sicura diventa la risposta nel momento in cui ci si interroga sul reale fondamento dell'azione e sulla sua collocazione sistematica. È lì che emergono incongruenze e più o meno apparenti contraddizioni, per dipanare le quali è necessario uno sforzo di approfondimento ulteriore.

La materia delle restituzioni contrattuali è strettamente legata alla disciplina dell'indebito oggettivo, eppure basata su presupposti diversi che inevitabilmente costringono a ridisegnarne i contorni e a coglierne le relazioni con altri tradizionali strumenti di restituzione, prime fra tutte le azioni possessorie e petitorie.

Nell'analisi della materia si procederà dunque per gradi, partendo dalla ricostruzione dei termini del problema.

Nel primo capitolo si tenterà di definire il concetto di caducazione contrattuale passando in rassegna le varie ipotesi normative di patologia negoziale e individuando all'interno di questa macro-categoria le fattispecie dotate di retroattività reale, sulle quali soltanto, com'è chiaro, si innesta la problematica restitutoria.

Successivamente si ricostruirà la natura giuridica e il fondamento dell'indebito oggettivo, istituto che per scelta legislativa è chiamato a disciplinare le restituzioni contrattuali. Particolare attenzione verrà posta sull'efficacia traslativa del pagamento indebito, nonché sui rapporti con l'azione generale di arricchimento senza causa.

Nel secondo capitolo si entrerà nel vivo della trattazione individuando in che modo e con quali effetti la *condictio indebiti* si innesti nell'ambito delle restituzioni contrattuali. Prendendo le mosse dal dato positivo offerto dagli artt. 1422 e 1463 c.c. si analizzeranno tutti quegli aspetti in relazione ai quali la disciplina dell'indebitato sembra entrare in attrito con la disciplina contrattuale, cercando di individuare in via interpretativa delle possibili soluzioni. Ci si concentrerà in particolare sulla condizione psicologica dell'*accipiens*, sulla restituzione degli elementi accessori e del valore di godimento delle prestazioni, sulle conseguenze dell'impossibilità di restituzione dovuta a perimento o ad alienazione/trasformazione della *res*.

Infine nel terzo capitolo dopo avere analizzato il rapporto tra *condictio indebiti* e rivendica, si cercherà di individuare il fondamento e la natura giuridica dell'azione di restituzione contrattuale, tenendo conto anche delle esperienze maturate in altri ordinamenti europei.

CAPITOLO I

SEZIONE I

1. *La caducazione del contratto.*

Il contratto è il principale strumento di cui i soggetti privati dispongono per realizzare, secondo la propria volontà e nei limiti che l'ordinamento assegna all'esplicarsi dell'autonomia privata, un determinato assetto di interessi patrimoniali.

Il vincolo che deriva per i contraenti dalla stipula di un contratto ha una rilevanza tale in termini di forza cogente, da essere assimilato dal legislatore alla principale fonte di produzione normativa. Ciò è esplicitamente affermato dal codice civile che all'art. 1372 c.c. dispone: "il contratto ha forza di legge tra le parti". Detta norma, che riprende l'art. 1123 del c.c. del 1865, il quale a sua volta è erede dell'art. 1134 del *code Napoléon*, afferma dunque il principio secondo cui il contratto vincola i contraenti così come la legge vincola i suoi destinatari, e pertanto i contraenti sono soggetti alle modificazioni delle loro posizioni giuridiche così come determinate dal contratto da essi stessi voluto.

L'imperatività di questo vincolo, ben espressa dal brocardo latino *pacta sunt servanda*, trova la sua giustificazione proprio nella volontarietà della sua assunzione. I contraenti sono infatti liberi di non stipulare il contratto, ma se lo concludono sono soggetti ai suoi effetti. E ciò non solo per una ragione di carattere etico, consistente nel non venire meno alla parola data e nell'assumersi la responsabilità delle proprie decisioni, ma anche per una ragione funzionale, in quanto il nostro sistema economico si basa su un principio di certezza dei traffici che sarebbe palesemente posto in pericolo qualora non si potesse fare affidamento sulla tendenziale stabilità dei contratti stipulati. Dalle superiori considerazioni consegue un inevitabile corollario: il singolo contraente, che si penta delle proprie valutazioni non può, in linea di

massima, unilateralmente sciogliere il vincolo, né modificare il regolamento contrattuale.

Tuttavia detto principio non è assoluto, poiché il nostro ordinamento riconosce deroghe e limitazioni all'intensità del vincolo contrattuale. Lo stesso art. 1372 c.c., subito dopo avere enunciato la forza vincolante del contratto, accenna alle ipotesi di scioglimento dello stesso, individuandole nel "mutuo consenso" e nelle "cause ammesse dalla legge".

In realtà il mutuo consenso (o risoluzione consensuale) non è a ben guardare una vera e propria ipotesi di scioglimento del contratto: esso infatti non è altro che un nuovo contratto con il quale nel rispetto dell'art. 1321 c.c., le parti convengono di estinguere il primo negozio tra loro intercorso. Esse cioè "si vincolano a non essere più vincolate dal contratto precedente"¹.

Ma l'art. 1372 c.c., come sopra si accennava, fa riferimento ad altre "cause ammesse dalla legge" che possono determinare la "caducazione" del contratto. Con questo termine, assolutamente atecnico e privo di un letterale riscontro legislativo², si possono sinteticamente indicare tutte quelle ipotesi in cui il contratto viene meno perché non è possibile o non appare opportuno che il vincolo permanga. Si tratta cioè di circostanze che "legittimano la parte contro cui l'altra rivolga una pretesa fondata sul vincolo contrattuale, a respingerla eccependo la propria liberazione dal vincolo, per fatti che privano il contratto dell'idoneità a produrre o mantenere il vincolo stesso"³.

Ciascuna di queste fattispecie presenta, come è noto, dei caratteri peculiari e una disciplina specifica, che si passerà ora brevemente in rassegna, limitatamente agli aspetti funzionali alla problematica di nostro interesse, ovvero le tutele restitutorie conseguenti alla caducazione del contratto. È bene fin da subito precisare che il rimedio restitutorio entra in gioco esclusivamente nell'ipotesi in cui il contratto sia stato totalmente o parzialmente eseguito e successivamente venga meno con efficacia *ex tunc*, ovvero retroattivamente. Solo in questo caso, infatti si pone l'esigenza di procedere alle restituzioni delle prestazioni già eseguite e occorre verificare gli effetti della caducazione

¹ ROPPO *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* IUDICA ZATTI, Milano 2001, p. 536.

² Vedi però l'uso di tale terminologia nel codice dei contratti pubblici: art. 246 d.lgs. 163/2006.

³ ROPPO *op. cit.*, p. 537

contrattuale nei confronti dei terzi subacquirenti. Laddove invece il contratto si sciogla con efficacia *ex nunc*, normalmente, le prestazioni già eseguite restano acquisite dalla parti che le hanno legittimamente ricevute e dunque non si dà luogo ad alcuna restituzione.

2. *Il recesso.*

Il primo luogo il contratto può venir meno tramite l'esercizio del recesso (art. 1373 c.c.), che determina lo scioglimento del vincolo a iniziativa di una sola parte, alla quale questo diritto potestativo è attribuito dallo stesso contratto o dalla legge.

Nel primo caso si tratta di recesso convenzionale, il quale, nei contratti ad esecuzione istantanea può essere esercitato, salvo patto contrario, solo finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione. Ciò perché l'esecuzione determina un affidamento nella controparte sulla stabilità del contratto, atteggiandosi a rinuncia all'esercizio del recesso.

Tuttavia la clausola di salvezza contenuta nell'art. 1373 c.c. consente di pattuire un diritto di recesso esercitabile anche a esecuzione iniziata⁴. Ciò è di particolare rilievo soprattutto nei contratti a effetti reali per i quali, in virtù dell'immediata efficacia traslativa del consenso, il recesso sarebbe sempre esercitato a esecuzione iniziata. Se dunque le parti, avendo ben presente l'efficacia traslativa del consenso, convenzionalmente inseriscono una clausola di recesso, si può sostenere che abbiano accettato l'operatività del recesso a esecuzione del contratto iniziata.

L'autonomia delle parti è libera di conformare gli effetti del recesso come retroattivi o non retroattivi. Si tratterà però, in ogni caso di una retroattività *inter partes* poiché la retroattività reale, con effetto nei confronti dei terzi può essere prevista solo dalla legge. Ha poi normalmente efficacia non retroattiva il recesso nei contratti a esecuzione continuata o periodica. In questi casi, ai sensi del II comma dell'art. 1373 c.c., non solo il recesso è esercitabile anche dopo che il contratto ha avuto esecuzione, ma non avrà effetto per le prestazioni già

⁴ CARNEVALI in *Istituzioni di diritto privato* a cura di BESSONE, Torino 2000, p. 680.

eseguite o in corso di esecuzione. Ciò perché il contratto soddisfa un interesse che si protrae nel tempo e che fino al momento del recesso ha comunque trovato attuazione: le prestazioni già eseguite rimangono quindi intangibili. Anche qui tuttavia l'autonomia privata ha spazio, ai sensi del III comma dell'art. 1373 c.c., per stabilire una diversa efficacia temporale.

In alcuni casi il diritto di recesso è previsto direttamente dalla legge. Una parte della dottrina⁵ classifica le ipotesi di recesso legale in tre categorie.

La prima comprende i cosiddetti recessi di liberazione. Questi sono frequentemente previsti nella disciplina dei contratti di durata a tempo indeterminato, per garantire a una o entrambe le parti la possibilità di liberarsi da un vincolo che altrimenti coarterebbe indefinitamente la loro libertà. Ipotesi esplicite di recesso liberatorio si ravvisano nell'art. 1596, II comma in materia di locazione, nell'art. 1771, I comma in materia di deposito, nell'art. 1810 in materia di comodato, ma si ritiene comunemente che queste norme siano espressione di un principio di carattere generale secondo cui ripugnano all'ordinamento i vincoli perpetui e dunque in tutti i contratti a tempo indeterminato il recesso è sempre esercitabile, seppure con un ragionevole preavviso.

La seconda categoria di recessi legali abbraccia i cosiddetti recessi di autotutela. Questi consentono alla parte che vede minacciati i propri interessi contrattuali da eventi sopravvenuti, di reagire liberandosi dal vincolo in presenza di determinati presupposti. Se ad esempio, al momento della conclusione del contratto viene pattuita una caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.), “se la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra; se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra”.

Infine possono individuarsi alcune ipotesi di recesso cosiddetto “di pentimento”⁶. In queste ipotesi si avverte in maniera molto forte la deroga al principio della vincolatività del contratto (art. 1372 c.c.), perché la legge, consente a un contraente di recedere dal contratto per essersi pentito della sua

⁵ ROPPO *op. cit.*, pp. 549 e ss.

⁶ CASTRONOVO-MAZZAMUTO *Manuale di diritto privato europeo – Proprietà, obbligazioni, contratti*, vol. II, Milano 2008, p. 294.

conclusione. È il caso ad esempio dell'art. 1671 c.c. che attribuisce tale potere al committente del contratto di appalto. Ma esempi significativi di recesso di pentimento si rivengono soprattutto nella disciplina consumeristica, dove l'istituto è utilizzato in un'ottica di protezione del contraente debole: si vedano in particolare gli artt. 64 e ss. del codice del consumo (d.lgs. 206/2005) che disciplinano il recesso dai contratti stipulati a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali.

Quanto all'efficacia temporale, normalmente il recesso legale ha efficacia *ex nunc*, e non dà luogo quindi a problematiche restitutorie. Non così accade però nella disciplina consumeristica: l'art. 67 c.d.c disciplina infatti espressamente le obbligazioni restitutorie conseguenti al recesso del consumatore, ancorando tra l'altro l'esercizio di questo diritto, alla necessità che la merce restituita sia integra, o comunque in normale stato di conservazione.

3. L'invalidità.

Il vincolo contrattuale è soggetto a caducazione soprattutto nel caso in cui esso presenti alcune "patologie".

Tralasciando l'ipotesi limite della radicale inesistenza del contratto, le patologie contrattuali, si distinguono tradizionalmente in due grandi categorie: la prima comprende i cosiddetti difetti "genetici", che colpiscono il contratto nel suo momento perfezionativo, e dunque il contratto inteso come atto; la seconda abbraccia invece i difetti funzionali, che incidono sulla fase attuativa del contratto, inteso qui come rapporto tra le parti. I difetti genetici danno luogo all'invalidità, nelle due forme della nullità e dell'annullabilità. Nell'ambito delle patologie funzionali rientra invece la risoluzione, per inadempimento, impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità sopravvenuta.

La nullità è la forma più grave di invalidità del contratto. Essa ai sensi dell'art. 1418 c.c. deriva dalla contrarietà del contratto a norme imperative ovvero dalla mancanza di uno dei requisiti essenziali indicati dall'art. 1325 c.c., o ancora dall'illiceità della causa, dall'illiceità del motivo comune alle parti, o dalla

mancanza nell'oggetto dei requisiti di cui all'art. 1346 c.c.. Il contratto è inoltre nullo nei casi testualmente indicati dalla legge.

La legittimazione attiva a far valere la nullità spetta a chiunque vi abbia interesse e non è soggetta a termini di prescrizione. Essa è altresì rilevabile d'ufficio dal giudice.

Caratteri parzialmente diversi presentano le cosiddette "nullità speciale", fiorite soprattutto nella normativa consumeristica degli ultimi anni, e dotate di specifica disciplina. Ad esempio gli artt. 33 e ss c.d.c., prescrivono la nullità delle clausole vessatorie nei contratti stipulati tra un professionista e un consumatore. Si tratta di una speciale nullità di protezione, che opera solo a vantaggio del consumatore, considerato come parte debole del rapporto: pertanto la legittimazione attiva all'azione spetta solo al consumatore e inoltre la nullità colpisce solo la clausola, mentre il contratto rimane valido per il resto. La nullità opera retroattivamente dato che il contratto, essendo viziato *ab origine* non ha in realtà mai prodotto i suoi effetti: la sentenza che statuisce la nullità del contratto è dunque meramente dichiarativa⁷.

Conseguentemente, qualora la nullità sia dichiarata, in un momento in cui il contratto ha già avuto esecuzione, seppure parzialmente, sorge la necessità di procedere alla restituzione delle prestazioni eseguite in base ad esso e che proprio per il venir meno del contratto, risultano effettuate in difetto di causa. La ripetizione delle prestazioni, ai sensi dell'art. 1422 c.c., dovrà essere domandata in base alla disciplina dell'indebito oggettivo (artt. 2033 e ss.)⁸.

L'azione si prescrive nel termine ordinario di dieci anni, ferma restando l'imprescrittibilità dell'azione volta a dichiarare la nullità, ed è paralizzata nel caso in cui l'*accipiens* abbia frattanto usucapito il bene. Inoltre, nel caso in cui il contratto sia nullo perché contrario al buon costume, la parte che lo esegue condividendone l'immoralità non potrà agire in ripetizione (art. 2035 c.c.).

La retroattività della nullità determina rilevanti conseguenze anche nei confronti dei terzi aventi causa da una delle due parti del contratto, poiché travolge i diritti da essi acquistati. Vige infatti il principio per cui *nemo plus iuris*

⁷ BONILINI in *Istituzioni di diritto privato* a cura di BESSONE, Torino 2000, pp. 744 e ss.

⁸ GAZZONI *Manuale di diritto privato*, Napoli 2004, p. 968.

transfere potest quam ipse habet, e dunque l'acquirente di un contratto nullo, non avendo in realtà acquistato nulla, non può a sua volta trasferire. Questo principio, fortemente penalizzante della sicurezza dei traffici, si spiega considerando che la nullità sanziona un contratto contrario a principi che l'ordinamento reputa di fondamentale importanza: l'esigenza di eliminare il contratto diventa quindi prioritaria rispetto all'esigenza di tutela dei terzi. Anche questo principio tuttavia conosce una parziale attenuazione. Sono infatti salvi gli effetti dell'usucapione e, in materia di beni immobili, anche gli effetti della cosiddetta "trascrizione sanante" di cui all'art. 2652 n.6. In base a questo meccanismo se la domanda volta a far dichiarare la nullità è trascritta dopo cinque anni dalla trascrizione dell'atto impugnato non vengono pregiudicati i terzi di buona fede che hanno acquistato diritti in base a un atto trascritto prima della trascrizione della domanda.

A differenza della nullità, l'annullamento del contratto non opera automaticamente ma per effetto di una sentenza costitutiva che ne rimuove gli effetti. Fino a quel momento dunque il contratto è efficace, seppure instabile, poiché appunto può essere impugnato dalla parte che vi è legittimata ai sensi dell'art. 1441 c.c.

Il rimedio dell'annullamento è richiamato dal legislatore anche al di fuori della disciplina generale di cui agli artt. 1425 e ss. Ad esempio in materia di rappresentanza, ai sensi degli artt. 1394 e 1395 c.c., il contratto concluso in conflitto di interessi, o il contratto che il rappresentante conclude con se stesso senza essere autorizzato o senza che il contenuto del contratto sia predeterminato, sono annullabili per iniziativa del rappresentato. E ancora, ai sensi dell'art. 184 c.c., gli atti compiuti da un coniuge in comunione legale dei beni senza il necessario consenso dell'altro sono annullabili se hanno ad oggetto beni immobili o mobili registrati.

Anche l'annullamento ha efficacia retroattiva tra le parti, obbligandole a restituire le prestazioni già eseguite. La ripetibilità è tuttavia limitata nell'ipotesi in cui l'annullamento sia dipeso da incapacità di agire (art. 1443 c.c.), perché in questo caso il contraente incapace non è tenuto a restituire all'altro la prestazione ricevuta se non nei limiti in cui è stata rivolta a suo vantaggio. Una

norma analoga si ritrova anche in materia di indebito (art. 2039 c.c.), e dunque entrambe le disposizioni subordinano la pretesa restitutoria del *solvens* al fatto che l'*accipiens* incapace abbia ottenuto effettivamente un vantaggio. La nozione di vantaggio ha una propria autonomia rispetto al concetto di arricchimento, poiché si ritiene che essa faccia riferimento a criteri di amministrazione dei beni: non basta dunque che si verifichi lo spostamento patrimoniale e il conseguente aumento del patrimonio dell'*accipiens*, ma è necessario verificare l'utilizzo che l'incapace ha fatto dell'oggetto del pagamento. La differenza concreta tra i due criteri si avverte soprattutto con riguardo al risparmio di spesa. Se l'*accipiens* è un soggetto capace basta verificare se egli avrebbe comunque effettuato quelle spese, al di là della loro necessità o utilità effettiva, poiché si presume che se non avesse ricevuto la prestazione se la sarebbe comunque procurata a pagamento. Se invece l'*accipiens* è un soggetto incapace la sua valutazione soggettiva circa l'utilità della prestazione non ha valore perché proveniente da un soggetto che l'ordinamento reputa psichicamente immaturo. È dunque necessario verificare la ragionevolezza della spesa osservando se la prestazione sia stata rivolta ad un'utilità obiettiva dell'incapace. Il vantaggio non può dunque essere identificato con il valore economico della prestazione. Di sicuro è provato il vantaggio quando il pagamento è effettuato nelle mani del rappresentante legale⁹

Si è affermato che l'art. 1443 c.c. consentirebbe di ottenere la restituzione da parte del contraente incapace anche laddove la prestazione sia stata ricevuta dopo la cessazione dell'incapacità, ipotesi che sarebbe invece estranea all'art. 2039 c.c., il quale sembra richiedere la sussistenza dell'incapacità al momento dell'*acceptio*.¹⁰ L'art. 2039 c.c. rilevarebbe dunque nella fase del pagamento non dovuto, mentre l'art. 1443 c.c. nella fase della stipulazione. L'art. 1443 c.c. rappresenterebbe quindi una speciale deroga all'art. 2039 c.c., perché si riferirebbe a una *solutio* divenuta indebita per effetto di una decisione retroattiva.

⁹ ALBANESE *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova 2005, pp. 497 e ss.

¹⁰ RESCIGNO voce *Ripetizione dell'indebito*, in *Novissimo Digesto*, vol. XV, Torino 1968, p. 1236.

Secondo una diversa opzione interpretativa, invece, non vi sarebbe differenza alcuna nell'ambito di applicazione delle due norme e dunque l'art. 2039 c.c. si riferirebbe anche al caso di pagamento non dovuto per annullamento di contratto.¹¹ Ciò anche perché se si ritenesse che ai sensi dell'art. 1443 c.c. il soggetto incapace al momento della conclusione del contratto possa essere capace al momento in cui riceve la prestazione, in realtà la sua *acceptio* integrerebbe gli estremi di una convalida del negozio annullabile¹². Quest'ultima ricostruzione consente altresì di evitare disparità di trattamento e disciplina tra il negozio annullabile e il negozio nullo stipulato da un soggetto incapace. Bisognerebbe chiedersi infatti se in questa ipotesi debba applicarsi analogicamente l'art. 1443 c.c., ovvero nel silenzio della legge la norma generale in materia di indebito di cui all'art. 2039 c.c.: per non creare un'ingiustificata diversità di disciplina tra le due ipotesi di invalidità, si sarebbe costretti ad ammettere un'applicazione analogica dell'art. 1443 c.c. Laddove invece si ritenga che non vi è diversità di presupposti e conseguenza tra le due, non vi saranno problemi ad applicare a tale fattispecie la norma generale di cui all'art. 2039 c.c. Appare tuttavia singolare che il legislatore abbia avvertito l'esigenza di ribadire in materia di annullamento quanto espressamente affermato in generale in materia di indebito, soprattutto se si aderisce alla comune convinzione secondo cui la disciplina di cui agli artt. 2033 e ss., troverebbe applicazione seppure, non espressamente richiamata, a tutte le restituzioni da caducazione del contratto, e dunque anche alle restituzioni conseguenti ad annullamento. Ma in ogni caso, anche a voler ammettere una diversità di presupposti tra le due norme, nell'ipotesi di contratto nullo stipulato da incapace, e dunque anche annullabile, la prevalenza della disciplina della nullità appare inevitabile e coerente su un piano logico prima ancora che giuridico. Il contratto infatti sarebbe privo di effetti a prescindere dall'incapacità delle parti e non appare irragionevole o discriminante che le conseguenze restitutorie siano trattate diversamente. Una parte della dottrina¹³

¹¹ BARASSI *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, Milano 1948, p. 371.

¹² ROPPO, *op. cit.*, pp. 873-874.

¹³ BARCELLONA *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1965, I, pp. 41 e 42.

individua nell'art. 1443 c.c. un segnale della non perfetta sovrapposibilità tra il piano dell'invalidità negoziale e il piano restitutorio. L'art. 1443 c.c., infatti pone un limite alla ripetizione che non è in pari tempo un limite all'inefficacia del contratto. Gli effetti dell'annullamento sono più ampi dell'ambito della ripetibilità che è limitato al vantaggio dell'*accipiens*. Questo vuol dire che l'inefficacia non coinvolge automaticamente tutti gli effetti dell'esecuzione.

Sia l'art. 2039 sia l'art. 1443 hanno la stessa finalità che è quella di protezione del soggetto incapace, esigenza recepita anche in altre norme del c.c. quali l'art. 1190 che in materia di pagamento all'incapace prevede che il debitore non sia liberato se non provi che quanto pagato è stato rivolto a vantaggio dell'incapace stesso; l'art. 1769 in materia di responsabilità del depositario incapace il quale è tenuto a rimborsare il depositante nei limiti in cui quanto ricevuto sia stato rivolto a suo vantaggio; e l'art. 1950 in materia di fideiussione che limita il regresso del fideiussore contro il debitore incapace al vantaggio ricevuto da quest'ultimo. Tutte queste norme sembrano rispondere a un'unica logica: l'incapace, proprio per la sua condizione non è in grado di valutare i suoi interessi e dunque la sua obbligazione restitutoria è limitata al profitto tratto da quanto ricevuto. Esse prescindono dall'acquisto o meno della titolarità della cosa ricevuta da parte del percipiente o meglio contemplan entrambe le ipotesi. Altrimenti, ritenendo che l'art. 1443 c.c. disciplini solo l'acquisto della proprietà da parte dell'*accipiens* incapace bisognerebbe ritenere che nei casi in cui la prestazione da contratto annullato consista nel trasferimento del possesso la disciplina applicabile sia quella dell'art. 2033 c.c. con evidente frustrazione delle esigenze di protezione dettate dall'art. 1443 c.c.. Del resto ciò è conforme ad altre norme quali gli artt. 590 e 799 c.c. che confermano disposizioni testamentarie e donazioni nulle e ai sensi delle quali ciò che è stato prestato in esecuzione di dette disposizioni è irripetibile indipendentemente dal fatto che il beneficiario o il donatario ne abbiano acquistato la proprietà.¹⁴

¹⁴ BRUNI *Contributo allo studio dei rapporti tra azione di caducazione contrattuale e ripetizione di indebito*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, pp. 214 -215.

Il c.c. del 1942, a differenza del codice previgente, nell'art. 2039 c.c. non enuncia dettagliatamente i soggetti destinatari della norma, adottando invece un'espressione generica che sembra idonea a ricomprendere sia l'incapace legale, sia l'incapace naturale. Secondo alcuni tuttavia sussisterebbe un'importante differenza tra i due casi perché per l'incapace legale è il *solvens* a dover provare che la prestazione è stata rivolta a vantaggio dell'incapace mentre l'incapace naturale deve provare la sua incapacità al momento dell'*acceptio*, la conoscenza che il *solvens* aveva dell'incapacità stessa, il cattivo uso da parte propria della prestazione indebita a causa dello stato di incapacità. A questa distribuzione dell'onere probatorio si oppone però l'art. 1190 c.c. che pone in generale sempre a carico del *solvens* l'onere di dimostrare le superiori circostanze¹⁵.

Per quanto concerne gli effetti della pronuncia di annullamento nei confronti dei terzi, invece, il legislatore ha previsto conseguenze meno gravi rispetto a quelle dettate per la nullità. Ciò perché l'annullamento scaturisce da vicende, per così dire, interne alle parti contraenti (stati di incapacità, vizi della volontà), che spesso non sono conoscibili all'esterno, ma che soprattutto non coinvolgono interessi superiori tutelati dall'ordinamento e necessitanti di un rimedio radicale. Tant'è vero che la legittimazione attiva all'esercizio dell'annullamento spetta non a chiunque vi abbia interesse, come previsto dall'art. 1421 c.c. in materia di nullità, ma solo alla parte nel cui interesse il rimedio è predisposto (e dunque l'incapace o la parte la cui volontà fosse viziata al momento della stipula). Ciò spiega altresì la possibilità di convalidare (art. 1444 c.c.) o rettificare (art. 1432 c.c.) il contratto annullabile, a fronte dell'inaammissibilità di convalida del contratto nullo ex art. 1423 c.c.

Ed è ancora per questo motivo che l'annullamento tendenzialmente non pregiudica i diritti dei terzi subacquirenti. La regola si pone come eccezionale rispetto al principio generale, che governa, come visto, le conseguenze della nullità, ed è per questo che il legislatore ha avvertito l'esigenza di enunciarla espressamente.

¹⁵ ALBANESE *op. cit.*, pp. 493 e ss.

Tuttavia perché gli acquisti dei terzi siano salvi è necessario che sussistano alcuni specifici requisiti. È infatti necessario che l'annullamento sia pronunciato per causa diversa dall'incapacità legale, ed inoltre che il terzo sia in buona fede e abbia acquistato a titolo oneroso. Ciò che infatti la norma intende tutelare è l'affidamento del terzo, affidamento che è per definizione escluso da uno stato di mala fede, e che richiede una maggiore tutela nell'ipotesi di un acquisto che ha comportato un sacrificio economico per la parte. Non merita tutela invece l'affidamento di chi ha contrattato con l'incapace legale, poiché tale *status* è soggetto a forme di pubblicità tali che qualunque contraente di media diligenza è in condizione, oltre che nel dovere, di avvedersene.

Inoltre l'art. 1445 c.c. fa salvi gli effetti della trascrizione della domanda di annullamento ai sensi dell'art. 2652 n.6. Anche in questa ipotesi dunque si verifica un meccanismo di pubblicità sanante analogo a quello previsto in materia di nullità. In più, a differenza di quanto accade in materia di nullità, se la domanda è diretta all'annullamento per causa diversa dall'incapacità legale, la sentenza che l'accoglie non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede che hanno acquistato a titolo oneroso e che hanno trascritto il loro acquisto prima della trascrizione della domanda, anche se questa è stata trascritta prima di cinque anni dalla trascrizione dell'atto impugnato¹⁶.

Anche in questo caso, per i motivi sopra accennati, la disciplina dell'annullamento per incapacità legale viene differenziata e accostata a quella più rigida prevista in materia di nullità.

4. *La risoluzione.*

Accanto ai vizi genetici che colpiscono il contratto come atto e ne determinano la nullità o l'annullamento, l'ordinamento disciplina i vizi funzionali che invece colpiscono il contratto come rapporto, ovvero i suoi effetti.

¹⁶ MARESCA *Impossibilità della restituito in integrum e risolubilità, rescindibilità, annullabilità del contratto* in *Rivista di diritto civile*, II, 1977, pp. 92-93.

La risoluzione determina lo scioglimento del vincolo contrattuale per il verificarsi di eventi successivi alla stipulazione che incidono sul vincolo sinallagmatico rendendo necessaria o quanto meno opportuna la sua rimozione. Questa forma di risoluzione, cosiddetta rimediale, ha dunque lo scopo di reagire a un malfunzionamento del contratto e si distingue dalle risoluzioni non rimediali che rispondono alla diversa logica di consentire a una delle parti di liberarsi dal vincolo in forza di una pattuizione prevista dallo stesso contratto, come ad esempio nelle ipotesi in cui sia prevista una condizione risolutiva.

La risoluzione rimediale ha invece sempre fonte legale e può operare o automaticamente, come nell'ipotesi di scadenza del termine essenziale ex art. 1457 c.c., e di risoluzione per impossibilità sopravvenuta ex art. 1463 c.c., o per sentenza come la risoluzione per inadempimento ex art. 1453 c.c. e per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c., o ancora tramite manifestazione di volontà negoziale, come nell'ipotesi di diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c..

Sembra invece avere una collocazione ibrida la clausola risolutiva espressa ex art. 1456 c.c, che da un lato assume una funzione rimediale reagendo a un malfunzionamento del contratto, dall'altro poiché dà risalto alla volontà della parti di considerare determinante l'inadempimento di una determinata obbligazione, sembra colorarsi anche di una funzione non rimediale¹⁷.

La risoluzione rimediale è un rimedio sinallagmatico, poiché si applica ai contratti a prestazioni corrispettive. Le sue conseguenze sono espressamente disciplinate dal legislatore solo in materia di risoluzione per inadempimento. L'art. 1458 c.c. infatti dispone che la risoluzione ha effetto retroattivo tra le parti. La risoluzione opera però retroattivamente tra le parti fino al momento della conclusione del contratto *ex tunc* e la retroattività ha luogo quando almeno una delle parti ha adempiuto. Infatti se nessuna delle obbligazioni corrispettive è stata eseguita gli effetti della risoluzione consistono solo nello scioglimento del vincolo e nell'eventuale sorgere di un'obbligazione risarcitoria. In tutti gli altri casi di adempimento, invece la risoluzione non si

¹⁷ ROPPO *op. cit.*, pp. 940 e ss.

limita a sciogliere il vincolo contrattuale ma tende a ripristinare la situazione economica e giuridica esistente prima del contratto¹⁸.

Invece, nell'ipotesi di contratti a esecuzione continuata o periodica essa interviene solo per il futuro, lasciando inalterate le prestazioni già eseguite. Si ritiene infatti che in questo tipo di contratto il sinallagma si articoli in coppie di prestazioni, in qualche modo autonome le une dalle altre e dunque in grado ognuna di soddisfare gli interessi delle parti: le prestazioni già adempiute quindi avendo realizzato la loro funzione non meritano di essere travolte dall'effetto retroattivo della risoluzione. La norma in questione è esplicitamente richiamata anche in materia di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta dall'art. 1467 c.c. Anche in materia di risoluzione per impossibilità sopravvenuta, l'art. 1463 c.c. imponendo l'obbligo di restituire la prestazione già eseguita secondo le norme che disciplinano la ripetizione dell'indebitto oggettivo, implicitamente riconosce la retroattività degli effetti risolutivi. La retroattività della risoluzione incontra un limite anche nel caso in cui l'inadempiente abbia offerto un adempimento parziale che l'altra parte ha accettato: in questo caso la risoluzione verrà pronunciata solo per la residua prestazione, sempre che essa sia divisibile e sia possibile determinare la parte per cui l'adempimento vi è stato.¹⁹

Quando il contratto aveva ad oggetto una prestazione di dare e la restituzione non può aver luogo perché la cosa è stata alienata o trasformata, dovrà essere corrisposto il suo controvalore, mentre se è deteriorata o gravata da diritti reali o personali che siano opponibili, la parte che ha diritto alla restituzione della cosa potrà pretendere anche il risarcimento del danno derivante dalla diminuzione di valore. Se invece col contratto sono state trasferite cose di genere che non è più possibile individuare nel patrimonio dell'acquirente, questi dovrà restituirne altrettante della stessa specie e qualità. Se ancora il contratto ha ad oggetto una prestazione di fare, il *solvens* avrà diritto a ricevere l'equivalente in denaro della prestazione eseguita.²⁰

¹⁸ MARESCA *op. cit.*, p. 85

¹⁹ CARRESI *Il contratto*, in *Trattato CICU – MESSINEO*, XXI, 2, Milano 1987, pp. 912-913.

²⁰ CARRESI *op. cit.*, pp. 910-911.

L'efficacia retroattiva della risoluzione sembrerebbe astrattamente assimilerebbe *quoad effectum* alla nullità. Tuttavia nei confronti dei terzi, la risoluzione non è dotata di retroattività reale, perché opera non sul contratto ma sui suoi effetti, e dunque non incide sui diritti dei terzi. Infatti ai sensi del II comma dell'art. 1458 c.c., anche nell'ipotesi in cui la risoluzione sia stata espressamente pattuita tra le parti, e sia dunque conoscibile, essa è inopponibile al terzo subacquirente, il quale quindi fa salvo il suo acquisto indipendentemente dallo stato soggettivo di buona o mala fede, e dalla natura onerosa o gratuita del suo acquisto. Questa retroattività solo *inter partes* segna la distanza dallo schema della nullità. Nella risoluzione il legislatore intende negare tra le parti la stipula del contratto ma rifiuta di adottare la stessa idea quando gli effetti siano trascorsi nella sfera dei terzi²¹.

In merito all'art. 1458 I comma, c.c., infatti, una parte della dottrina²² parla di retroattività in senso debole. Altra dottrina²³ invece, individua nella risoluzione un *tertium genus* di retroattività, diverso da quella reale e da quella obbligatoria, perché essa da un lato incide sugli effetti reali prodottisi e dall'altro fa salvi gli effetti nei confronti dei terzi. O ancora si parla di retroattività reale relativa per cui le parti riacquistano i diritti loro spettanti in base al titolo esistente prima della conclusione del contratto, ma tali diritti non sono opponibili ai terzi che vantano diritti acquistati anteriormente alla risoluzione, salvi gli effetti della trascrizione²⁴.

La retroattività della risoluzione è dunque limitata, e non solo con riguardo ai suoi destinatari, ma anche con riguardo agli effetti, visto che solo l'effetto restitutorio ha efficacia *ex tunc* mentre l'effetto liberatorio rispetto alle prestazioni da eseguire e l'effetto risarcitorio, hanno efficacia *ex nunc*, perché la sentenza di risoluzione ha natura costitutiva.

Tuttavia anche in questo caso è dato registrare delle eccezioni alla regola generale, in particolare in materia di beni immobili: sono infatti salvi gli effetti

²¹ CASTRONOVO *La risoluzione del contratto nella prospettiva del diritto italiano*, in *Europa e diritto privato* 1999, p. 799.

²² BELFIORE *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, II, Milano 1988, pp. 246 e ss. e pp. 261 e ss.

²³ BORRIONE *La risoluzione per inadempimento*, Padova 2004, p. 193.

²⁴ MIRABELLI *Dei contratti in generale*, Torino 1958, pp. 496 e ss.

della trascrizione della domanda di risoluzione, per cui essa diventa opponibile al terzo che abbia trascritto il suo acquisto dopo la trascrizione della domanda di risoluzione trascritta ex art. 2652 n.1.

Inoltre, ai sensi dell'art. 111 c.p.c. che disciplina la successione a titolo particolare nel diritto controverso, l'inopponibilità della risoluzione (come anche dell'annullamento e della rescissione) vale solo nei confronti di quei terzi che abbiano acquistato prima dell'avvio del giudizio che l'ha avviata. Chi invece ha acquistato in pendenza di giudizio subisce gli effetti della sentenza che, tra l'altro, una volta passata in giudicato ai sensi dell'art. 2909 c.c. fa stato tra le parti, i loro eredi e aventi causa. Poiché l'art. 111 c.p.c. deve coordinarsi con l'art. 2652 n.1, la retroattività del giudicato non è opponibile agli aventi causa in corso di giudizio che hanno trascritto prima della pubblicità della domanda mentre è opponibile ai terzi acquirenti anteriori alla proposizione della domanda che però non hanno trascritto il proprio acquisto prima della trascrizione della domanda. In questo l'art. 2652 differisce dall'art. 1511 del c.c. del 1865 il quale spostava la retroattività del giudicato dal momento della proposizione al momento della trascrizione della domanda, lasciando però quale elemento decisivo per il terzo subacquirente sempre l'acquisto indipendentemente dalla trascrizione. Il terzo cioè rimaneva salvo se aveva acquistato prima della trascrizione della domanda senza bisogno di trascrivere il suo acquisto prima, come invece è richiesto dall'attuale art. 2652 c.c. In definitiva l'opponibilità ai terzi subacquirenti della sentenza di risoluzione esprime non tanto la mancanza del presupposto di efficacia dell'acquisto, quanto la mancanza del presupposto di conservazione dello stesso, consistente nella sua trascrizione prima della trascrizione della domanda²⁵. Al contrario secondo altra parte della dottrina, l'art. 2652 n. 1 sarebbe un'applicazione dell'art. 2644 poiché risolverebbe un conflitto tra più acquirenti da un comune autore visto che la risoluzione di un contratto ad effetti reali non farebbe altro che determinare il ritrasferimento coattivo del diritto dal convenuto all'attore in modo che quest'ultimo diventi avente causa del primo. Si ritiene che un

²⁵ MENGONI *Risoluzione per inadempimento e terzi subacquirenti*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1948, p. 301.

analogo principio valga in materia di beni mobili dove l'art. 1155 c.c. rappresenterebbe un criterio di preferenza analogo a quello esercitato dalla trascrizione per l'art. 2644 c.c.. Ragionando in questi termini si deve ritenere che se l'attore è un avente causa del convenuto, se quest'ultimo ha alienato il bene mobile a un terzo che ha acquistato dopo la proposizione della domanda di risoluzione, primo avente causa è l'attore, in forza della retroattività del giudicato e il subacquirente sarà preferito solo se ha conseguito in buona fede il possesso. Se invece il terzo ha acquistato il bene mobile prima della domanda, l'avente causa successivo è l'attore e quindi il terzo verrà pregiudicato solo se l'attore ha comunque ottenuto il possesso di buona fede.

²⁶A questa ricostruzione però si obietta²⁷ che è errato il suo presupposto: l'attore in risoluzione, infatti, non è un avente causa del convenuto ma ritorna titolare in forza del suo originario titolo in forza di una revoca del rapporto traslativo che però non è opponibile ai subacquirenti. L'art. 2652 c.c. non regola affatto il conflitto tra più acquirenti da un comune dante causa bensì gli effetti del giudicato, in collegamento con l'art. 111 c.p.c. Cade quindi anche il parallelismo tra l'art. 2644 e l'art. 1155 c.c. e la pretesa necessità di una trasmissione del possesso al terzo.

La dottrina²⁸ ha tentato di limitare la regola dell'inopponibilità della risoluzione nei confronti dei terzi, osservando che essi sono pregiudicati solo se l'alienante su domande del quale viene pronunciata ha conservato la detenzione del bene. Infatti se l'acquirente non paga il prezzo ma trasferisce il bene a terzi l'alienante che ha conservato la detenzione può rifiutare la consegna sollevando eccezione di inadempimento²⁹. Essa è opponibile anche al terzo subacquirente poiché il titolo di cui gode quest'ultimo, in quanto fondato sul titolo dell'inadempiente soggiace a tutte le limitazioni relative ad esso. L'eccezione non nega il diritto del terzo visto che la risoluzione non è dotata di retroattività reale, ma lo rende inattuabile.

²⁶ AULETTA *La risoluzione per inadempimento*, Milano 1942, p. 289.

²⁷ MENGONI *op. cit.*, pp. 306 e ss.

²⁸ BELFIORE *Risoluzione del contratto* in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano 1989, p. 1331.

²⁹ MENGONI *op. cit.*, p. 308.

Tuttavia l'art. 1458, non dà rilevanza al fatto che il contraente fedele non abbia consegnato il bene. Inoltre lascia perplessi la possibilità di opporre al terzo l'eccezione di inadempimento che nasce come rimedio sinallagmatico e la cui funzione risulta vanificata se la prestazione inadempita non è dovuta da colui a cui è opposta l'eccezione ma da un altro soggetto: egli non ha interesse a por termine al suo inadempimento avendo alienato il bene a un terzo il quale a sua volta, pur essendo proprietario del bene è privato ingiustamente del suo potere di godimento su di esso. La circostanza che la mancata consegna possa pregiudicare l'acquisto sembra porsi in contrasto con il principio consensualistico di cui all'art. 1376 c.c. e con l'esigenza di sicurezza dei traffici che esso sottende³⁰.

Anche l'art. 111 c.p.c., all'ultimo comma, fa salve le norme sull'acquisto in buona fede dei mobili e sulla trascrizione. Il riferimento alla trascrizione è da intendersi relativo alla trascrizione delle domande giudiziali di cui all'art. 2652 c.c.: la domanda dunque non può considerarsi proposta nei confronti di eventuali subacquirenti in corso di giudizio finché essa non è trascritta. Ovviamente ciò vale solo per le sentenze non munite di retroattività assoluta, perché quelle travolgono anche gli acquisti anteriori all'instaurazione del giudizio, indipendentemente dalla trascrizione. Le norme sulla trascrizione, a differenza di quelle sull'acquisto in buona fede di mobili, possono però operare anche a danno dei subacquirenti. È infatti considerato successore a titolo particolare in corso di giudizio anche chi abbia acquistato prima dell'instaurazione di questo se il suo titolo viene trascritto dopo la trascrizione della domanda giudiziale.

Il coordinamento con la disciplina della trascrizione appare problematico nelle ipotesi di risoluzione stragiudiziale. Infatti secondo una parte della dottrina³¹ la diffida ad adempiere e la dichiarazione con cui l'interessato si avvale della clausola risolutiva espressa potrebbero essere trascritte. Tale tesi tuttavia non trova riscontro in giurisprudenza forse perché effettivamente tali atti non risultano nell'elenco di cui all'art. 2643 c.c. e difficilmente possono farsi

³⁰ ROPPO *Trattato del contratto, Rimedi*, tomo II, Milano 2006, pp. 402 e ss.

³¹ DALMARTELLO voce *Risoluzione del contratto*, in *Novissimo Digesto*, XVI, Torino 1969, p.148.

rientrare nell'ambito dell'art. 2645 c.c. E' vero infatti che determinano il ritrasferimento della proprietà in capo all'alienante, ma solo se effettivamente poi si verifica l'inadempimento risolutorio e tale circostanza non risulta dall'atto che però una volta trascritto ostacola la circolazione, anche se poi il destinatario non sia inadempiente. Il controinteressato dovrebbe a quel punto provocare una pronuncia giudiziale di accertamento della titolarità del diritto da trascrivere.

5. *La rescissione.*

La distinzione tra vizi genetici e vizi funzionali del contratto, apparentemente chiara, lascia in realtà alcuni margini di incertezza, e si rivela a un'analisi più attenta tutt'altro che esaustiva.

Innanzitutto perché accanto alle cause generali di risoluzione, di cui agli artt. 1453 e ss., la legge disciplina ipotesi specifiche, che presentano caratteristiche peculiari. È il caso della risoluzione della vendita quale rimedio redibitorio per l'ipotesi di vizi rilevanti ex art. 1492 c.c. In questo caso siamo in presenza di un difetto non sopravvenuto, ma già presente al momento della conclusione contratto e al quale tuttavia si reagisce con rimedi specifici, diversi dall'invalidità.

Su un piano più generale poi risulta di difficile collocazione sistematica la rescissione, che determina la caducazione del contratto per via di un difetto esistente sin dal momento del suo perfezionamento, quale lo stato di pericolo (art. 1447 c.c.) o lo stato di bisogno (art. 1448 c.c.).

Si discute infatti³² se si tratti di un rimedio autonomo, capace di incidere esclusivamente sull'efficacia del contratto o se piuttosto essa vada ascritta all'area dell'invalidità, come sembra ammettere chi intravede nello stato di pericolo o di bisogno un vizio della volontà, il quarto accanto al dolo, l'errore e la violenza, o anche chi puntando l'attenzione soprattutto sul piano oggettivo dell'ingiustizia dello scambio, lo riconduce nell'area del difetto di causa.

³² ROPPO, *Il contratto, op. cit.*, pp. 734 e 884.

Il contratto rescindibile è un contratto con effetti precari, che potranno essere rimossi laddove la parte lesa, unica legittimata ad agire in giudizio ottenga una sentenza costitutiva che li rimuove con efficacia *ex tunc*³³. Conseguentemente le parti risultano obbligate a procedere alle restituzioni delle prestazioni già eseguite, e inoltre, ai sensi dell'art. 1447 c.c., nel caso di contratto concluso in stato di pericolo il giudice può secondo le circostanze assegnare un equo compenso per l'opera prestata alla parte che ha "subito" la rescissione.

Nei confronti dei terzi, invece la rescissione non rileva: ai sensi dell'art. 1452 c.c. essa infatti non pregiudica i diritti dei subacquirenti, salvi però gli effetti della trascrizione. Infatti l'art. 2652 n. 1 dispone che la domanda di rescissione non pregiudica i diritti acquistati dai terzi che hanno trascritto il proprio acquisto anteriormente alla trascrizione della domanda.

6. *L'inefficacia. La rappresentanza senza potere, la condizione e la simulazione.*

Rimangono fuori dalla ricostruzione sistematica che distingue tra vizi genetici e vizi funzionali, tutte quelle ipotesi in cui il vincolo contrattuale è comunque caducato anche senza essere affetto da alcuna patologia, come nel caso dell'inefficacia o dell'inopponibilità del contratto.

L'inefficacia è una categoria ampia che comprende tutte quelle fattispecie in cui il contratto non è produttivo di effetti. Essa può avere una funzione rimediale: esiste infatti una connessione funzionale tra invalidità e inefficacia perché è attraverso l'inefficacia che l'invalidità può concretamente svolgere la sua funzione ablativa. L'inefficacia ha una funzione rimediale anche quando è la conseguenza di risoluzioni o recessi, o nel caso del contratto concluso dal *falsus procurator*. In particolare, riguardo a quest'ultima fattispecie, sebbene non manchino ricostruzioni in termini di invalidità³⁴ o di mancato perfezionamento

³³ CARNEVALI in *Istituzioni di diritto privato* a cura di BESSONE, Torino 2000, pp. 764 e ss.

³⁴ BETTI *Teoria generale del negozio giuridico*, Camerino 1994, p. 598 il quale parla di nullità relativa; MIRABELLI *Dei contratti in generale*, Torino 1958, p. 394. Di annullabilità parla il MINERVINI in *Foro Italiano* 1947, I, 380, con riferimento all'ipotesi dell'atto eccedente la procura: il rappresentante riferirebbe inesattamente la dichiarazione di procura, applicandosi dunque la normativa sull'errore nella trasmissione.

del negozio³⁵, si ritiene che il contratto concluso dal falso rappresentante sia inefficace poiché non vincola né questi né il falso rappresentato, ma solo il terzo contraente³⁶. Quest'ultimo, ai sensi dell'art. 1399, comma 3 c.c., può anche accordarsi con il *falsus procurator* per sciogliere il contratto prima che intervenga la ratifica, la quale opera alla stregua di una *condicio iuris* in grado di assegnare definitiva efficacia al negozio. L'inefficacia tutela il falso rappresentato e dunque può farsi valere solo da lui, e tuttavia essa conosce alcune eccezioni volte a tutelare l'affidamento del terzo contraente, come nell'ipotesi in cui la modificazione o l'estinzione della procura non sia opponibile ai terzi ex art. 1396 c.c.

L'inefficacia può anche avere una funzione non rimediabile³⁷, quando il contratto rimane privo di effetti pur non presentando alcun difetto. In questa sottocategoria possono farsi rientrare il contratto sottoposto a condizione, il contratto simulato e, si ritiene, anche la donazione oggetto di azione di riduzione o di revocazione.

La condizione, sia essa sospensiva o risolutiva, opera con efficacia *ex tunc*: ai sensi dell'art. 1460 c.c. gli effetti del suo avveramento retroagiscono al tempo in cui è stato concluso il contratto.

Ciò ha ovviamente delle pesanti ricadute soprattutto in materia di contratti traslativi. Infatti in caso di avveramento della condizione sospensiva la proprietà appartiene all'acquirente fin dalla conclusione del contratto. Simmetricamente, in caso di avveramento della condizione risolutiva la proprietà torna all'alienante, o meglio si considera spettante all'alienante fin dalla stipula del contratto. Questa regola è solo parzialmente attenuata dalle norme di cui agli artt. 1360 e 1361 c.c. Innanzitutto, infatti, è possibile che la volontà delle parti o la natura stessa del rapporto spingano nel senso di ricondurre gli effetti del contratto o della sua risoluzione a un momento diverso (art. 1360, comma 1). Inoltre, nel caso di contratti a esecuzione

³⁵ Di negozio incompleto, o in via di formazione parla GRAZIANI *La rappresentanza senza procura*, in *Annali della facoltà di giurisprudenza - Università di Perugia*, XXXVII, 1925, p. 43.

³⁶ In senso contrario però BIANCA *Diritto civile - vol III, Il contratto* Milano 1987, p. 111, il quale ritiene che in capo al terzo non si producano né effetti obbligatori né reali, poiché essi presuppongono l'operatività del contratto nei confronti del rappresentato.

³⁷ ROPPO, *op. cit.*, p.736.

continuata o periodica, rimangono ferme, salvo patto contrario, le prestazioni già eseguite (art. 1360, comma 2). L'avveramento della condizione poi, non pregiudica gli atti di amministrazione compiuti dalla parte cui in pendenza della condizione spettava l'esercizio del diritto (art. 1361, comma 1)³⁸. E infine, salvo patto contrario, i frutti percepiti sono dovuti non dalla stipula del contratto ma solo dal giorno dell'avveramento (art. 1361, comma 2).

La condizione è dotata di retroattività reale, ovvero rilevante anche nei confronti dei terzi. Infatti l'art. 1357 c.c. dispone che "chi ha un diritto subordinato a condizione sospensiva o risolutiva può disporne in pendenza di questa ma gli effetti di ogni atto di disposizione sono subordinati alla stessa condizione". Il terzo che acquista da un venditore sotto condizione risolutiva acquista non un diritto, ma una semplice aspettativa all'avveramento della condizione. Chi invece acquista dal compratore sotto condizione risolutiva, che in pendenza della condizione è effettivo titolare, riceverà un "diritto precario", perché suscettibile di essere travolto dall'avveramento della condizione. Nel caso in cui si crei un conflitto tra terzi acquirenti dello stesso diritto, il terzo che ha acquistato l'aspettativa, in caso di avveramento prevale sugli aventi causa dal titolare del diritto precario, proprio in forza della retroattività reale della condizione, che travolge i loro acquisti. Il terzo che ha acquistato il diritto precario invece, lo consolida se la condizione manca, e lo perde se essa si avvera.

In ogni caso il terzo deluso nel suo acquisto potrà agire con il rimedio risolutorio di cui all'art. 1479 c.c. previsto per il caso di vendita di cosa altrui a un acquirente di buona fede, ovvero con l'azione di annullamento per errore o dolo. Sono inoltre fatti salvi gli effetti dell'usucapione nonché quelli della trascrizione, che per la condizione è espressamente regolata dall'art. 2655 c.c.. Anche in questi casi, la caducazione retroattiva del negozio, determina la necessità di procedere alle restituzioni delle prestazioni effettuate.

Per quanto concerne la simulazione, l'art. 1414 c.c. esordisce affermando che "il contratto simulato non produce effetti tra le parti". Tra i contraenti dunque non si produrrà alcun effetto (nelle ipotesi di simulazione assoluta) o si

³⁸ GAZZONI *Manuale di diritto privato*, Napoli 2004, p. 909.

produrranno gli effetti del diverso contratto dissimulato, realmente voluto qualora ne sussistano i requisiti di sostanza e di forma (simulazione relativa). Si può dunque affermare che tra le parti la realtà prevale sull'apparenza, e tuttavia l'apparenza creata con il contratto simulato può pregiudicare i diritti dei terzi acquirenti e dei creditori: la risoluzione del conflitto tra le varie classi di terzi è disciplinato dagli artt. 1415 e 1416 c.c.

Sembra plausibile ricondurre la simulazione tra le ipotesi di inefficacia non rimediale, nonostante una parte della dottrina³⁹ sostenga la sua equiparazione alla nullità. Questa ricostruzione sembra infatti smentita sia dal dato letterale offerto dall'art. 1414 c.c., sia dal dato sistematico dato che la simulazione non sembra riconducibile a nessuna delle ipotesi di nullità di cui all'art. 1418 c.c.. Anche sul piano degli effetti è dato ravvisare delle notevoli differenze di disciplina, soprattutto perché la simulazione è per lo più inopponibile nei confronti dei terzi, anche in virtù della rilevanza delle norme in materia di trascrizione: infatti, ai sensi dell'art. 2652 n.4 c.c., il terzo di buona fede che ha trascritto il suo acquisto prima della trascrizione della domanda di simulazione, non viene pregiudicato dal suo accertamento.

7. Segue. La donazione: riduzione e revocazione.

L'inefficacia del contratto può essere, assoluta o relativa. In particolare l'inefficacia è relativa in tutti i casi in cui essa può farsi valere non da entrambe le parti, non da tutti i terzi o non contro tutti i terzi. Quando l'inefficacia opera solo verso determinati terzi, determina l'inopponibilità del contratto nei loro confronti. E questo è ciò che si verifica nel caso del contratto oggetto di azione revocatoria (artt. 2901 e ss. c.c.); ma anche nel caso del contratto non trascritto tempestivamente che, ai sensi dell'art. 2644 c.c., è inopponibile al secondo acquirente che abbia acquistato gli stessi diritti trascrivendo per primo.

³⁹ COSTANZA *Vendita simulata e donazione dissimulata fra inefficacia e nullità*, in *Corr. Trib.*, 1992, p.2035.

Può ricondursi nell'ambito dell'inefficacia relativa anche l'ipotesi del contratto di donazione soggetto ad azione di riduzione. Infatti ai sensi dell'art. 555 c.c., "le donazioni, il cui valore eccede la quota della quale il defunto poteva disporre, sono soggette a riduzione fino alla quota medesima".

La riduzione non è un'azione volta a dichiarare la nullità del contratto, e ciò non tanto perché essa può essere esperita solo dal legittimario leso (esistono infatti, come visto, nel nostro ordinamento anche ipotesi di nullità c.d. "relativa"), quanto perché essa non dipende da un vizio del negozio, che è invece perfettamente valido. Tant'è che se i legittimari non agiscono in riduzione la donazione resta perfettamente efficace *erga omnes*. Anzi la validità della donazione è addirittura un presupposto per l'esercizio della riduzione, perché diversamente il negozio non sarebbe effettivamente lesivo della legittima⁴⁰.

La riduzione non sembra neanche accostabile alle azioni di rescissione o di risoluzione del contratto. Queste infatti colpiscono il negozio caducandolo retroattivamente per la sussistenza di un vizio originario o sopravvenuto dello stesso. La riduzione invece non tocca la disposizione lesiva eliminandone direttamente l'efficacia attributiva, ma la rende soltanto inoperante nei confronti del legittimario. Si tratta dunque di inefficacia sopravvenuta e relativa, ovvero di inopponibilità della disposizione ridotta nei confronti del legittimario che ha agito vittoriosamente in riduzione⁴¹. Nei suoi confronti quindi la donazione si considera come non avvenuta e il legittimario acquista il bene non in forza della sentenza ma in virtù della sua vocazione necessaria: egli domanda la legittima in veste di terzo e ottenuta la riduzione la prende come erede⁴². La riduzione è un'azione personale, di accertamento-costitutivo, perché dall'accertamento della lesione di legittima consegue automaticamente la modificazione giuridica del diritto del legittimario. Essa ha effetti retroattivi reali, che risalgono, salvo eccezioni, al momento dell'apertura della

⁴⁰ SANTORO PASSARELLI, *Dei legittimari*, in *Commentario D'Amelio-Finzi - Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Firenze, 1941, p. 330.

⁴¹ MENGONI *Successioni per causa di morte - Successione necessaria in Trattato di diritto civile e commerciale* CICU MESSINEO, Milano 2000, p. 232.

⁴² MENGONI *Successioni*, *op. cit.*, p. 237.

successione, non solo fra le parti ma anche nei confronti dei terzi, seppure nei limiti di cui ai novellati artt. 561 e 563 c.c. che disciplinano gli effetti dell'azione di restituzione nei confronti del donatario e degli eventuali terzi acquirenti da quest'ultimo. L'azione di riduzione infatti si limita a rendere inefficace la donazione, ma successivamente il legittimario, a meno che non si trovi già nel materiale possesso dei beni, dovrà agire per ottenerne la materiale restituzione. L'azione di restituzione si ritiene abbia natura personale se promossa nei confronti del donatario e natura reale quando legittimati passivi sono i terzi subacquirenti, perché in quest'ultimo caso persegue il bene nei successivi passaggi di proprietà, ed è dunque indipendente dal soggetto passivo. Né può sostenersi il contrario argomentando dalla facoltà riconosciuta al terzo di liberarsi dall'obbligo pagando un equivalente in denaro: questa prestazione infatti opera in funzione di riscatto del bene, ponendo in essere un fatto estintivo dell'azione. Non si tratta quindi di un'obbligazione con facoltà alternativa ma di corrispettivo dell'esercizio di un diritto potestativo di riscatto⁴³. La retroattività comporta anche come conseguenza che gli immobili restituiti tornino al legittimario liberi da ogni peso o ipoteca di cui il donatario possa averli gravato.

I terzi però, non sono esposti *sine die* al pericolo della domanda di restituzione: infatti fanno salvo il loro acquisto, nonché i diritti frattanto costituiti sul bene col decorso di venti anni dalla trascrizione della donazione. Inoltre, ai sensi dell'art. 2652 n. 8, se la trascrizione della domanda di riduzione è eseguita dopo dieci anni dall'apertura della successione, la sentenza che la accoglie non pregiudica i terzi che hanno acquistato a titolo oneroso diritti in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda. Sono infine fatti salvi, per i beni mobili oggetto di donazione, gli effetti del possesso di buona fede (art. 1153 c.c.).

La donazione, può essere soggetta anche a un'altra causa specifica di caducazione, ovvero la revocazione, che ai sensi dell'art. 800 c.c. può avere per presupposti l'ingratitude o la sopravvenienza di figli. Il fondamento dell'istituto è stato individuato in una sorta di presupposizione legale, per cui la

⁴³ MENGONI *Successioni, op. cit.*, pp. 307-308.

legge con una valutazione tipica considera il negozio subordinato a una determinata situazione di fatto, e ne dispone l'inefficacia quando quella situazione viene meno⁴⁴. Si tratti di un'ipotesi di inefficacia sopravvenuta che esige una sentenza costitutiva: il donante esercita un diritto potestativo di revoca dell'atto di liberalità compiuto, in presenza dei presupposti tassativamente previsti dalla legge e sotto il controllo del giudice. La revocazione non può essere assimilata alla risoluzione, poiché non è dato ravvisare in nessuno dei suoi presupposti la presenza di un vizio funzionale del contratto. Né può ritenersi che sia viziata la causa di liberalità, poiché essa si è definitivamente realizzata con l'esecuzione della donazione che ha determinato l'arricchimento del donatario a fronte dell'impoverimento del donante, e pertanto non può più essere messa in discussione.

La revocazione ha effetto parzialmente retroattivo nei confronti del donatario. Questi, infatti, ai sensi dell'art. 807 c.c. deve restituire i beni in natura, se esistono ancora, e i frutti relativi a partire dal giorno della domanda. Se invece nel frattempo ha alienato i beni a terzi, deve restituirne il valore, avuto riguardo al tempo della domanda e sempre i frutti relativi a partire dal giorno della domanda. Se invece ha costituito sui beni donati diritti reali che ne diminuiscono il valore, prima della trascrizione della domanda di revocazione, ai sensi dell'art. 808, comma 2 c.c. deve indennizzare il donante della diminuzione di valore sofferta dai beni.

Nei confronti dei terzi, invece, la revocazione è irretroattiva, poiché non pregiudica coloro che hanno acquistato diritti anteriormente alla domanda, salvi anche qui gli effetti della trascrizione ex art. 2652 n.1 c.c.⁴⁵.

8. Altre ipotesi di caducazione del contratto.

Sul vincolo contrattuale possono incidere anche altre fattispecie, introdotte *praeter legem* dalla dottrina e dalla giurisprudenza, per rispondere all'inadeguatezza del sistema dei rimedi codificati. In particolar modo viene in

⁴⁴ CAPOZZI *Successioni e donazioni*, tomo II, Milano 2002, pp. 846 e ss.

⁴⁵ BONILINI in *Istituzioni di diritto privato*, *op. cit.*, pp. 332 e ss.

rilievo la presupposizione, il cui fondamento è pacificamente ravvisato nel principio di buona fede oggettiva (art. 1375 c.c.). Essa è quella situazione di fatto o di diritto, presente o futura, esterna al contratto, condivisa o quanto meno nota a entrambe le parti e alla quale esse assegnano valore determinante per la costituzione o la permanenza del vincolo contrattuale.

Le conseguenze della presupposizione sul contratto sono oggetto di dibattito in dottrina e giurisprudenza. Si oscilla⁴⁶ tra la tesi dell'invalidità e quella della risoluzione, ma talvolta essa viene definita anche come condizione implicita non sviluppata. Di recente la giurisprudenza (Cass. 12235/2007) ha ritenuto che la mancanza dell'evento oggetto di presupposizione legittimi l'esercizio del diritto di recesso.

L'intervento della giurisprudenza è sempre più determinante nello scardinare le categorie codificate, come sopra ricostruite. Essa infatti sembra mostrare apertura anche verso ipotesi di scioglimento del vincolo contrattuale, dovute a sopravvenienze non facilmente inquadrabili negli schemi dogmatici tradizionali. Così Cass. 15315/2007, ha dichiarato "l'estinzione" di un contratto di "package" per sopravvenuta irrealizzabilità della causa concreta dello stesso. E sebbene la Suprema Corte non si sia in quella sede sbilanciata nel qualificare la natura giuridica di una tale forma di "estinzione", non si può sfuggire alla tentazione di intravedere in questa pronuncia qualche riflesso della suggestiva e dibattuta tesi che ammette la cosiddetta "nullità sopravvenuta" del contratto⁴⁷. In base a questo fenomeno il contratto, valido alla luce della situazione fattuale e normativa esistente al tempo della sua conclusione, è reso successivamente nullo da fatti o norme sopraggiunti. In realtà laddove la sopravvenienza consista in una nuova norma dotata di efficacia retroattiva, non si pone un problema di invalidità sopravvenuta, ma di semplice deroga all'art. 11 delle preleggi al c.c., che disciplina l'efficacia della legge nel tempo. Invece nei casi in cui la sopravvenienza consista in un fatto, la nullità andrebbe ad incidere non sull'atto ma sul rapporto, e dunque sarebbe in realtà una forma di risoluzione, sebbene il regime dell'azione (imprescrittibilità, legittimazione

⁴⁶ ROPPO *Il contratto, op. cit.*, pp. 1039-1040.

⁴⁷ GAZZONI *Manuale di diritto privato, op. cit.*, p. 966. Negano l'esistenza di una tale categoria, considerata una contraddizione in termini Cass. 13339/1999, Cass. 5052/2001, Cass. 831/1998.

assoluta, rilevabilità d'ufficio), determini interferenze con il regime della nullità. Il problema si ripropone oggi con maggiore insistenza in relazione alle particolari ipotesi di nullità disciplinate nella legislazione speciale. In ogni caso è evidente che qualunque sia la ricostruzione dogmatica della nullità sopravvenuta, essa determina la caducazione retroattiva del contratto, dando luogo a pretese restitutorie tra le parti. La preferenza per una o l'altra opzione interpretativa tornerà ad avere rilievo laddove si debbano valutare gli effetti della nullità sopravvenuta nei confronti dei terzi.

In dottrina si è talvolta fatto cenno a una particolare categoria di nullità cosiddetta "sospesa", con la quale si indicherebbe l'ipotesi in cui il contratto attualmente valido, risulterà nullo se in futuro si verificherà un evento successivo alla sua conclusione. Si fa l'esempio del contratto nel quale la determinazione dell'oggetto, ai sensi dell'art. 1349 c.c. è affidata a un terzo arbitratore che non vi provvede, o l'ipotesi della vendita di cosa futura che poi non viene ad esistenza (art. 1472 c.c.). Tuttavia si dubita della reale utilità pratica di tale categoria dogmatica ben potendo queste ipotesi correttamente ricondursi all'area dell'inefficacia⁴⁸.

SEZIONE II

9. *Il pagamento dell'indebito: genesi storica e fondamento dell'istituto.*

La comprensione delle dinamiche che governano le tutele restitutorie da caducazione del contratto non può prescindere da una preliminare ricostruzione delle norme che disciplinano il pagamento dell'indebito, istituto che il legislatore ha posto a perno del sistema in oggetto, non senza le contraddizioni che illustreremo nel corso del presente lavoro.

L'istituto dell'indebito, com'è noto, affonda le sue origini nel diritto romano e il suo fondamento giuridico va ricercato nell'esigenza, avvertita oggi come allora, di individuare una giustificazione giuridica che presieda agli spostamenti patrimoniali.

⁴⁸ ROPPO *Il contratto, op. cit.*, pp. 749-750.

Una prima *legis actio per condictioem* fu introdotta da una *lex Silia* del III secolo a. C. per perseguire crediti aventi ad oggetto *certa pecunia*, e fu estesa poco dopo da una *lex Calpurnia* ai crediti aventi ad oggetto *certae res*⁴⁹. Nel processo formulare la *legis actio per condictioem* si trasformò in *condictio*, conservandone però le caratteristiche essenziali, tra le quali l'astrattezza, e dunque la possibilità di agire senza indicare la fonte del credito perseguito.

Com'è noto nel diritto romano esisteva una netta distinzione tra negozi causali e astratti. Nei primi (ad esempio vendita o mutuo), la causa doveva essere espressa, e il suo difetto comportava la nullità del negozio, risolvendosi nella mancanza di un elemento costitutivo dello stesso. Invece i negozi astratti, come ad esempio la *mancipatio*, potevano essere compiuti per una molteplicità di cause, che però non comparivano nel negozio, rimanendo ad esso esterne. I negozi astratti, rimanevano quindi *iure civili* validi anche nel caso in cui la causa mancasse o fosse illecita, e tuttavia si concedeva l'esperimento della *condictio* per la restituzione di quanto prestato in esecuzione del negozio. La *condictio* tuttavia aveva anche una portata più ampia potendosi esperire in ogni ipotesi di *solutio indebiti*, ovvero di esecuzione di una prestazione non dovuta. Significative applicazioni della *condictio indebiti* si registrarono anche in materia di mutuo. Con questo contratto, infatti, veniva trasferita dal mutuante al mutuatario la proprietà di *pecunia* o di *res* con l'obbligo per il mutuatario di restituirne il *tantundem*. La *condictio* veniva a sanzionare l'inadempimento di quest'obbligo di restituzione.

Nel sistema formulare dunque la *condictio* era un'azione civile astratta, *in personam* "*quibus dari fieri oportere intendimus*", per il cui esercizio era necessaria solo l'assoluta certezza dell'oggetto della ripetizione.

Sul finire dell'era repubblicana si cominciò ad utilizzare una terminologia differente per indicare le varie ipotesi di *condictio*, anche se a ciò non corrispondeva una diversificazione effettiva sotto il profilo tecnico-causale. Si definiva così *condictio indebiti* l'azione che interveniva per recuperare un pagamento non dovuto ma effettuato nella convinzione di adempiere un'obbligazione; *condictio ex iniusta causa* la ripetizione di quanto si era ottenuto

⁴⁹ MARRONE *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1994, p. 69.

contrariamente al diritto; *condictio ex causa furtiva*, quella esperita nei confronti del ladro: in quest'ultimo caso si riteneva che la *condictio* avesse un'applicazione eccezionale perché esperita nei confronti di un soggetto (il ladro) che non era diventato proprietario della cosa, proprio perché rubata, mentre in tutte le altre ipotesi, l'azione presupponeva essere avvenuto il trasferimento della proprietà.

La giurisprudenza romana in età classica definì con sempre maggiore precisione il campo di applicazione dell'azione stabilendo che essa si fondava su due presupposti, uno di segno positivo e uno di segno negativo. Il primo consisteva nell'effettuazione di una *datio*, intesa non nel senso di mera consegna, ma appunto di trasferimento della proprietà della *res*, che l'attore effettuava a favore del convenuto. Il secondo invece presupponeva che non esistesse una ragione valida per cui il convenuto dovesse trattenere la cosa ricevuta. Era poi necessario che il *solvens* avesse effettuato il trasferimento nell'erronea convinzione che esso fosse dovuto, perché diversamente si sarebbe potuta presumere l'esistenza di una *causa donandi*. Allo stesso modo si richiedeva che l'*accipiens* fosse in buona fede, e dunque non fosse consapevole che la cosa non gli era dovuta, perché diversamente avrebbe commesso furto e dunque non avrebbe acquistato la proprietà.

All'esito del vittorioso esperimento dell'azione, il convenuto soccombente avrebbe dovuto ritrasferire all'attore la proprietà della *res* determinata, o il *tantundem* se si trattava di denaro o altre cose fungibili⁵⁰.

In epoca post-classica, si cominciarono a catalogare le varie ipotesi di *condictiones* alla stregua di azioni distinte, dotate ognuna di propria autonomia causale e si ammise infine anche l'esperibilità di una *condictio incerti*, priva quindi del requisito della certezza dell'oggetto da ripetere. Ad essa si contrapponevano la *condictio certi* diretta al recupero di una determinata somma di denaro e la *condictio triticaria* diretta al recupero di una *certa res*.

Sicuramente però la più importante classificazione delle *condictiones* risale all'epoca giustiniana e fu analiticamente riportata nel Digesto nel quale si distinguevano le seguenti fattispecie:

⁵⁰ MARRONE *op. cit.*, pp. 162 e ss e pp. 516-517.

- 1) *condictio causa data causa non secuta*, che veniva concessa laddove era stata effettuata una prestazione in vista di una causa futura che poi non si era realizzata;
- 2) *condictio ob turpem causam*, che interveniva per ripetere quanto era stata trasferito contrariamente al buon costume;
- 3) *condictio ob iniustam causam*, volta alla restituzione di quanto ottenuto contrariamente al diritto; 4) *condictio sine causa*, utilizzata per ripetere quelle prestazioni che fossero senza causa fin dall'inizio o per eventi sopravvenuti, ovvero sorrette da una causa sulla quale non vi fosse in realtà l'accordo delle parti, ovvero realizzate da persona che fosse incapace di alienare;
- 5) *condictio indebiti*, volta a tutelare chi avesse pagato nell'erronea convinzione di adempiere un debito in realtà inesistente. Per i motivi sopra esposti in questo caso si richiedeva la buona fede dell'*accipiens*. La *condictio indebiti* poteva essere a sua volta *certi, incerti o triticaria* a seconda dell'oggetto del pagamento;
- 6) *condictio ex poenitentia*, utile per ripetere la proprietà della cosa laddove si esercitasse recesso unilaterale dal contratto;
- 7) *condictio possessionis*, per la restituzione del possesso;
- 8) infine *condictio ex lege*, volta a sanzionare le obbligazioni restitutorie poste da nuove leggi quando non fosse indicata altra azione.⁵¹

La *solutio indebiti* così come sopra ricostruita, presentava tuttavia delle difficoltà di inquadramento dogmatico. Essa era infatti senza dubbio fonte di obbligazioni e tuttavia non poteva in alcun modo essere ricondotta né al *contractus* né al *delictum* cioè a nessuna delle tipiche *causae obligationum*.

Per questo motivo in epoca classica Gaio, pur affermando nell'esordio delle sue *Institutiones* che ogni *obligatio* deriva da *contractus* o da *delictum*, si rese conto che questa bipartizione delle fonti non poteva considerarsi appagante. La *solutio indebiti*, infatti pur dando origine a un'obbligazione di restituire, non poteva essere ricondotta al contratto, perché in essa non era ravvisabile nessun accordo tra le parti volto alla nascita di un'obbligazione. Al contrario l'intento del *solvens* era proprio quello di estinguere un pregresso debito, per errore ritenuto esistente. Per questo in un'opera successiva, *Res cottidianae* o *Aurea*

⁵¹ DI IORIO voce *Conditiones* in *Novissimo digesto*, vol. III, Torino 1967, pp. 1092 e ss.

proponendo una nuova teoria delle obbligazioni, Gaio individuò una tripartizione delle fonti dell'obbligazione aggiungendo al contratto e al delitto anche le *variae causarum figurae*. In questa categoria si annoveravano non solo quegli atti leciti fonti di obbligazione che non potevano essere classificati come contratti per difetto di *conventio* (oltre alla *solutio indebiti* anche ad esempio la *negotiorum gestio*) ma anche quegli illeciti pretori che non erano così gravi da essere sanzionati tra i delitti, perché non dolosi.

In epoca postclassica, i compilatori delle *Institutiones* del *Corpus iuris civilis* giustiniano, modificarono parzialmente l'impostazione di Gaio e la sua tripartizione delle fonti dell'obbligazione, per adottare invece una concezione quadripartita. In base ad essa le obbligazione nascevano *aut ex contractu aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio*. In realtà fu soprattutto nelle successive parafrasi di epoca bizantina che si cominciò a parlare di quasi contratti e quasi delitti come di due distinte e autonome categorie, e questa impostazione è stata successivamente recepita dal codice napoleonico e da lì è confluita nel codice italiano del 1865.

Il legislatore del '42, invece nel disciplinare le fonti dell'obbligazione preferì abbandonare il solco della tradizione giustiniana tornando così alla concezione tripartita di epoca classica e dunque alla dottrina di Gaio. L'attuale articolo 1173 c.c. dispone infatti che "le obbligazione nascono da contratto, da fatto illecito e da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico"⁵². Tra gli altri atti o fatti fonti di obbligazione viene tradizionalmente annoverato il pagamento dell'indebitto la cui disciplina si rinviene nel titolo VII del libro IV codice civile, che comprende gli articoli da 2033 a 2040.

L'istituto presenta quindi nel nostro codice una trattazione unitaria, a differenza di quanto accadeva sotto il codice del 1865 nel quale la disciplina dell'indebitto era divisa tra la sezione dedicata al pagamento in genere (in particolare art. 1237), e la sezione dedicata ai quasi contratti (artt. 1145-1150) la quale invece è completamente scomparsa nel codice attuale.

⁵² MARRONE *op cit.*, pp.450 e ss.

Il I comma dell'art. 1237, disponeva: "Ogni pagamento presuppone un debito: ciò che è pagato senza essere dovuto è ripetibile". Il II comma, invece escludeva la ripetizione nell'ipotesi di volontaria esecuzione di obbligazioni naturali.

In dottrina si è sostenuto che il fenomeno regolato dall'art. 1237 c.c. fosse essenzialmente diverso da quello regolato dagli artt. 1145 e ss.: nell'art. 1237 c.c. si riteneva contemplata la pretesa di restituzione sorgente in generale dalla nullità di una *datio sine causa*; invece gli artt. 1145 e ss, avrebbero disciplinato il pagamento dell'indebito come fattispecie particolare di quasi contratto nella quale rilevava il requisito dell'errore⁵³.

In realtà questa diversificazione appariva già ad altra dottrina dell'epoca⁵⁴ un po' artificiosa, perché in entrambi i casi le norme disciplinavano un'attribuzione patrimoniale *solvendi causa* che non si realizzava per l'inesistenza dell'obbligazione da adempiere. E non si riteneva neanche sostenibile l'affermazione secondo cui l'art. 1237 c.c. avrebbe avuto una portata più ampia degli artt. 1145 e ss., comprendendo il primo tutte le attribuzioni patrimoniali *solvendi causa*, mentre i secondi solo la dazione di cose corporali. In realtà dall'interpretazione letterale delle due norme non emergeva questa differenza e si poteva affermare che entrambe avessero ad oggetto qualsiasi attribuzione patrimoniale effettuata *solvendi causa*. Più probabilmente nell'art. 1237 c.c. era semplicemente enunciato un principio generale che trovava la sua applicazione negli artt. 1145 e ss⁵⁵.

La categoria dei quasi contratti, disciplinata nelle norme da ultimo citate rispondeva all'esigenza di ricondurre alla volontà privata ogni vincolo obbligatorio previsto dalla legge, affermando altresì un principio generale di equivalenza dei sacrifici delle sfere patrimoniali implicate nello spostamento di beni.

Nello stesso ordine di idee si collocava il frequente accostamento delle obbligazioni nascenti da pagamento indebito a quelle nascenti da contratto di mutuo (così come quelle derivanti dalla *negotiorum gestio* venivano assimilate a

⁵³ DE LUCA *I quasi contratti*, Catania 1929, p. 121.

⁵⁴ ANDREOLI *La ripetizione dell'indebito*, Padova 1940, p. 7.

⁵⁵ ANDREOLI *op. cit.*, pp. 6 e ss.

quelle *ex mandato*). Si riteneva infatti che l'obbligo di restituzione *ex indebito* si fondasse su un presunto accordo tra *solvens* e *accipiens* avente per contenuto l'obbligazione dell'*accipiens* di restituire quanto ricevuto qualora il debito non fosse esistito.⁵⁶ L'analogia tra il pagamento dell'indebito e il mutuo, falsamente intesa ed esasperata diede luogo alla teoria del promutuo⁵⁷. Il promutuo era assimilabile al mutuo, perchè in entrambi i casi l'azione concessa era la *condictio*, sebbene nell'un caso si fosse di fronte a un contratto e nell'altro a un quasi contratto. Il promutuo si differenziava dal mutuo e si accostava alla *indebiti solutio* per il fatto che la restituzione aveva ad oggetto non il *tantundem eiusdem generis*, ma le stesse cose indebitamente pagate. La figura del promutuo non fu accolta nel codice civile poichè non connotata da caratteri propri, tali da conferirle autonomo rilievo nella più vasta categoria della ripetizione dell'indebito, e tuttavia essa esercitò una certa influenza circa l'inquadramento dell'indebito nella categoria dei quasi contratti.

In realtà però occorre precisare che secondo il sistema del c.c. del 1865, il fondamento del quasi contratto non era una vera e propria convenzione, seppure implicitamente presupposta, poiché ciò che si riteneva decisivo era semplicemente un fatto volontario dal quale doveva sorgere l'obbligazione. Ai sensi dell'art. 1140 c.c. 1865, infatti “ il quasi contratto è un fatto volontario e lecito, dal quale risulta un'obbligazione verso un terzo od un'obbligazione reciproca fra le parti”.

E in ogni caso il richiamo all'elemento volontaristico più che una presunzione rappresentava una finzione: si fingeva cioè voluta dal soggetto contro il quale era diretta, la reazione che la norma ricollegava a un certo fatto. Col che però si cadeva in contraddizione, perché sostenere il rilievo di una finzione implicitamente conduceva a negare che l'obbligazione di restituzione avesse effettivamente come fatto costitutivo la volontà dell'obbligato. Per questo si obiettava⁵⁸ da parte di attenta dottrina, che non era tanto il fatto volontario a risultare decisivo quanto le conseguenze di questo. Nella ripetizione

⁵⁶ DE LUCA, *op. cit.*, p. 109.

⁵⁷ SCUTO *Natura giuridica e fondamento della ripetizione dell'indebito nel diritto civile italiano*, in *Rivista di diritto civile*, 1917, pp. 28 e ss.

⁵⁸ SCUTO *op. cit.*, pp. 42-43.

dell'indebito, infatti non rilevava tanto il volontario pagamento, quanto l'incremento patrimoniale a favore dell'*accipiens*, privo di una causa giustificativa. Il quasi contratto non poteva rappresentare un valido fondamento giuridico essendo una categoria puramente formale dotata di mero valore descrittivo. Tanto che coloro che fondavano l'obbligazione di restituzione dell'*accipiens* sul quasi contratto avvertivano poi l'esigenza di fondare a sua volta il quasi contratto sul generale principio dell'ingiustificato arricchimento, il che dimostrava ancor di più l'inutilità di quella nozione per spiegare il fondamento dell'obbligazione di restituzione dell'*accipiens*⁵⁹.

L'impostazione contrattualistica (o quasi contrattualistica) della *condictio indebiti* era strettamente collegata alla concezione contrattualistica del pagamento, che veniva classificato come contratto ad effetti reali⁶⁰. Per questo, avvertita l'insufficienza della categoria del quasi contratto a spiegare il fondamento dell'indebito, una parte della dottrina sotto il vigore del vecchio codice, tentò di identificarne il fondamento nella nullità del pagamento. La ripetizione dell'indebito veniva concepita quindi quale azione recuperatoria spettante al *solvens* che, per la nullità dell'atto traslativo, era rimasto proprietario.⁶¹ Si affermava infatti che il pagamento dovesse avere come causa giuridica una corrispondente obbligazione valida, e laddove essa non fosse esistita, il primo sarebbe stato nullo per mancanza di causa e dunque il *solvens* rimasto proprietario avrebbe potuto agire in rivendica contro l'*accipiens* e contro tutti i terzi, acquirenti *a non domino*. E se la rivendica nei confronti dei terzi non fosse stata più possibile, l'*accipiens* avrebbe risposto del *tantundem* o dell'intero valore della cosa.

Secondo l'opposta tesi⁶², invece, il fondamento della ripetizione dell'indebito era da individuarsi, come visto sopra, nel principio generale dell'ingiustificato arricchimento. Sebbene la *datio solvendi causa* fosse da ritenersi nulla perché non esisteva l'obbligazione da adempiere, tuttavia la pretesa non spettava al *solvens*

⁵⁹ ANDREOLI, *op. cit.*, p. 2.

⁶⁰ SCUTO *op. cit.*, pp. 1 e ss. e p. 14.

⁶¹ LOMONACO *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, Torino 1924-1925, vol. IV, nota 176 p. 215.

⁶² ANDREOLI *op. cit.*, p. 5.

in quanto proprietario. Infatti, anche disconoscendo l'effetto traslativo della dazione, e dunque concludendo che il *solvens* fosse rimasto proprietario, non era in quanto tale che la norma gli accordava una pretesa restitutoria, che non sarebbe stata altrimenti distinguibile dalla rivendicazione⁶³.

Nel codice civile del 1942, si è abbandonato definitivamente lo schema dei quasi contratti, e la norma di cui al I comma dell'art. 1237 c.c. del 1865 è scomparsa, in quanto priva di un autonomo valore pratico, come già sostenuto da più parti all'epoca della sua vigenza. Il pagamento dell'indebito viene disciplinato in un autonomo titolo e le obbligazioni naturali sono oggi disciplinate all'art. 2034 c.c. come testuali eccezioni al principio di ripetibilità dell'indebito oggettivo. Tra le altre novità introdotte dal c.c.1942 vanno indicate la norma di cui all'art. 2035 che in relazione alle prestazioni contrarie al buon costume afferma la regola "*in pari causa turpitudinis melior est conditio possidentis*", e l'art. 2039 che in materia di indebito soggettivo ricevuto da un incapace, limita la restituzione a quanto è stato effettivamente rivolto a vantaggio dello stesso, in analogia, come visto sopra, con quanto disposto dall'art. 1443 c.c. per l'ipotesi di annullamento del contratto per incapacità di una delle parti.⁶⁴

La disciplina dell'indebito si articola diversamente a seconda che si tratti di indebito oggettivo o soggettivo. Nel primo caso i presupposti della ripetizione, a differenza di quanto accadeva nel diritto romano e nel c.c. del 1865 sono solo due: l'effettuazione di un pagamento e la mancanza del corrispondente obbligo. È invece scomparso il requisito soggettivo dell'ignoranza da parte del *solvens* dell'inesistenza dell'obbligo. L'art. 2033 c.c. esordisce infatti affermando semplicemente che "chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato".

L'irrilevanza dell'errore del *solvens* ex art. 2033 c.c., costituisce una significativa inversione di tendenza rispetto all'opinione dominante sotto il codice napoleonico e sotto il c.c. del 1865, secondo la quale, come visto sopra, un pagamento effettuato da un *solvens* consapevole dell'inesistenza del debito

⁶³ Come invece sostenuto da FERRARA *Sul concetto dei negozi astratti e sul loro giuridico riconoscimento*, in *Rivista di diritto commerciale* 1904, I, p. 268.

⁶⁴ RESCIGNO voce *Ripetizione dell'indebito*, *op. cit.*, p. 1225.

integrava gli estremi di una donazione⁶⁵, seppure in presenza dei necessari requisiti formali. Il c.c. del 1942 sembra invece avere sposato l'idea che sia arbitrario dedurre da un mero stato intellettuale la sussistenza di uno stato volitivo. La *scientia indebiti* dunque non consente di presumere *l'animus donandi*, e può senza dubbio coesistere con la decisione di assumere, seppure provvisoriamente e con l'implicita riserva di ripetere la *solutio*, la posizione di debitore adempiente. Spetterà semmai all'*accipiens* fornire la prova che il pagamento è stato effettuato per spirito di liberalità o in adempimento di un'obbligazione naturale o in base a un vincolo contrattuale. L'ordinamento d'altra parte non consente che il mero stato intellettuale del *solvens* costituisca una valida giustificazione per non adempiere.

Un'eventuale giustificazione dell'irripetibilità non consisterà nella causa tipica dell'atto (donazione), ma in elementi esterni da ricostruire caso per caso e che sanzionano in forma specifica il contegno del *solvens*. Ci si potrà ad esempio riferire al canone della correttezza nell'ipotesi in cui il *venire contra factum proprium* del *solvens* sia accompagnato anche da un intento fraudolento.⁶⁶

Affinchè l'autore del pagamento possa esercitare il suo diritto alla restituzione è sufficiente che fornisca la prova del difetto dell'obbligo perché l'indebito oggettivo si fonda sulla sola constatazione della mancanza di fondamento dello spostamento patrimoniale in quanto tale.

L'elemento psicologico torna invece ad avere rilievo nella disciplina dell'indebito soggettivo ex art. 2036 c.c. che ricorre nell'ipotesi in cui un soggetto paghi erroneamente un debito altrui. In questo caso, affinché il *solvens* possa ripetere quanto pagato, è necessario che al momento del pagamento versasse in una condizione di errore scusabile.

In entrambi i casi l'azione concessa al *solvens* è personale, restitutoria e sottoposta al termine ordinario di prescrizione

⁶⁵ Paolo D. 50, 17, 53: *cuius per errorem dati repetitio est, eius consulti dati donatio est*, in BRECCIA *La ripetizione dell'indebito*, Milano 1974, p. 30 nota 57. Un residuo di questa concezione è presente negli ordinamenti francese e tedesco nei quali è ritenuto valido un pagamento eseguito consapevolmente in assenza di un debito. È ciò in base al principio del *venire contra factum proprium* che rende il *solvens* immeritevole di tutela. (ALBANESE *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, op. cit., p. 460)

⁶⁶ BRECCIA *La ripetizione dell'indebito*, op. cit., pp. 28 e ss.

In questa sede ci si concentrerà essenzialmente sulle problematiche inerenti all'indebito oggettivo, essendo la disciplina dello stesso funzionale alla trattazione dell'oggetto precipuo di questa trattazione, ovvero le tutele restitutorie da caducazione del contratto.

10. La natura giuridica del pagamento dell'indebito.

Dall'analisi delle origini storiche del pagamento dell'indebito emerge come siano stati frequenti i tentativi di avvicinare in qualche modo l'istituto al contratto, anche tramite il ricorso alla categoria dei quasi contratti. Sebbene questa sia scomparsa nell'attuale formulazione del codice civile, rimane da chiarire quale sia la natura giuridica dell'indebito, e in particolare se ad esso possa comunque riconoscersi un fondamento negoziale.

Innanzitutto è necessario comprendere il significato e la portata del termine pagamento. Occorre chiedersi infatti se con tale nozione il legislatore abbia voluto designare una figura distinta e più ristretta rispetto alla categoria dell'adempimento dato che, nella concezione comune, con tale termine si è soliti fare riferimento alla consegna di una somma di denaro, in esecuzione di un'obbligazione pecuniaria. In realtà nel linguaggio legislativo, la nozione di pagamento, inserita nel più ampio contesto dell'adempimento dell'obbligazione di dare, assume il significato generale di esecuzione della prestazione dovuta, e dunque comprende anche la consegna di una *res* certa e determinata.

In materia di indebito, però, sembra apparentemente contraddittorio ricorrere al nome pagamento inteso come attuazione di un rapporto obbligatorio visto che in quel caso tale rapporto non esiste e il pagamento è espressamente considerato come non dovuto. Infatti, nel caso di pagamento dovuto l'identificazione della fattispecie deriva dall'accertamento della corrispondenza del comportamento posto in essere dai soggetti col contenuto del rapporto sotteso, mentre nel caso dell'indebito, non esiste un rapporto giuridico vincolante alla cui stregua valutare il contegno tenuto dalle parti. In questo caso, dunque, o si ritiene che il pagamento si identifichi con qualsiasi spostamento patrimoniale, anche se nel nostro caso *sine causa*, ovvero bisogna

ricercare nella legge gli elementi che consentono di identificare la categoria di contegni assoggettabili agli artt. 2033 e ss..

Analizzando le norme del titolo VII libro IV c.c., ci si accorge che il legislatore non ha adoperato una terminologia univoca, facendo riferimento a volte alla nozione di pagamento e altre alla nozione più generale di prestazione. Con questo termine si intende ogni comportamento congruente col contenuto di un comando giuridico, quindi anche un contegno astensivo corrispondente al contenuto di un obbligo negativo. L'uso promiscuo dei termini pagamento e prestazione negli artt. 2033 e ss. induce a ritenere che la ripetizione si riferisca a tutte le prestazioni, qualunque sia il loro oggetto, che abbiano scopo solutorio anche se non sono sorrette da una valida ragione giustificativa.

Precisamente, in materia di indebito deve essere presa in considerazione una nozione di prestazione coincidente con l'attribuzione patrimoniale in senso tecnico, ovvero quell'attività mediante la quale si ha uno spostamento di ricchezza dalla sfera patrimoniale di un soggetto a quella di un altro.⁶⁷

Il pagamento di un debito viene tradizionalmente considerato non un negozio ma un atto giuridico e in particolare un atto dovuto che ha l'effetto di estinguere l'obbligazione. Ciò è dimostrato anche dalla circostanza che, ai sensi dell'art. 1191 c.c. il debitore incapace può eseguire comunque il pagamento, e una volta eseguito non potrà impugnarlo a causa della propria incapacità.

In materia di pagamento dell'indebito, invece, si contendono il campo teorie negoziali e non negoziali.

La tesi che individua nel pagamento dell'indebito un negozio giuridico parte dalla considerazione secondo cui la locuzione causa del pagamento può avere un'accezione oggettiva, con cui si intende la situazione che giustifica l'adempimento dell'obbligo, e un'accezione soggettiva, che fa riferimento all'intento solutorio. Quanto al primo significato, il difetto di *causa solvendi* può derivare dalla mancanza di una delle fonti dell'obbligazione, o dalla sua inidoneità, anche solo *pro tempore*, alla produzione dell'effetto (es. debito sottoposto a condizione sospensiva). Nel caso in cui manchi la *causa solvendi* oggettivamente intesa, occorre chiedersi se il concorrente scopo solutorio

⁶⁷ BRECCIA *La ripetizione dell'indebito, op. cit.*, pp. 19 e ss.

manifestato dal *solvens* lasci ancora un margine per affermare la provvisoria efficacia dell'atto. Si afferma a tal proposito⁶⁸ che per integrare la figura del pagamento indebito non basta il compimento di una prestazione e la mancanza di una sottesa obbligazione, perché è necessario che sia riconoscibile nell'atto la destinazione a una certa funzione solutoria intesa come *animus solvendi*. E' dunque necessario un comportamento cosciente e volontario, e non basta la destinazione oggettiva impressa dall'ordinamento per il solo fatto che il comportamento è congruente col contenuto di un'obbligazione, dato che tra l'altro nel nostro caso manca l'obbligazione da adempiere.

All'obiezione che in questo caso l'effetto che l'ordinamento riconduce al negozio non corrisponde all'intento originario del *solvens* si risponde che in realtà "in nessun negozio è decisivo l'intento diretto alla produzione di effetti giuridici (chè questi soltanto la legge può predisporre), ma solo l'intento pratico perseguito dal privato". La legge dunque opererebbe una conversione interpretativa dell'*animus del solvens* che, originariamente volto al trasferimento oneroso in vista di un adempimento, viene invece reinterpretato in modo tale da giustificare la ripetizione di quanto prestato⁶⁹. La rilevanza di un comportamento cosciente e volontario del *solvens* in materia di indebito emergerebbe anche da un confronto con la norma di cui all'art. 1191 c.c. che in materia di pagamento dovuto impedisce al debitore incapace di impugnare il pagamento eseguito a causa della propria incapacità. In quel caso infatti ciò che giustifica la ritenzione da parte del creditore di quanto pagato non è l'irrilevanza del volere del *solvens*, ma la oggettiva congruenza tra l'attività solutoria e la prestazione dovuta.

Secondo questa ricostruzione, la fonte dell'obbligo restitutorio non andrebbe dunque cercata nel generale divieto di arricchimento ingiustificato, ma sarebbe l'esito pratico di un comportamento negoziale così come reinterpretato dall'ordinamento. In realtà a questa ricostruzione è facile obiettare che essa si basa su una *fictione*, quale quella della conversione interpretativa legale

⁶⁸ ANDREOLI *Riflessioni sull'atto solutorio non dovuto*, in *Studi in onore di F. MESSINEO*, I, Milano 1959, pp. 3 e ss.

⁶⁹ BETTI *Teoria generale delle obbligazioni. Fonti e vicende delle obbligazioni*, III, Milano 1954, pp.13 e ss.

dell'intento, con cui si tenta di mascherare l'assenza di un nesso tra l'atto di autonomia e gli effetti che la legge vi collega.⁷⁰

Il perno attorno al quale ruota la tesi negoziale è dunque la rilevanza attribuita, all'intento solutorio del *solvens*, il quale sopperisce in qualche modo alla carenza del presupposto oggettivo della doverosità del pagamento: la causa soggettiva sarebbe dunque requisito sufficiente di validità del negozio pur in mancanza della causa oggettiva. In questo modo si individuerrebbe una peculiare categoria di negozi che pongono in essere una prestazione isolata, caratterizzata dall'indicazione dello scopo a prescindere dalla sua effettiva esistenza. Se dunque per imprimere all'atto una destinazione alla funzione solutoria è necessaria la coscienza e la volontà del *solvens*, il difetto della volontà di quest'ultimo dovrebbe impedire di qualificare la fattispecie come *indebiti solutio*, salvo voler affermare che la funzione solutoria possa ricavarsi in via residuale per mancanza di uno specifico e diverso intento del *solvens*. Ma a ciò potrebbe obiettarsi che queste fattispecie non altrimenti qualificabili sono in realtà da ricondurre alla clausola generale di cui all'art. 2041 c.c. che reagisce agli spostamenti patrimoniali in cui non siano in concreto ravvisabili gli estremi di una specifica destinazione alla funzione solutoria.

Tuttavia lascia perplessi che l'intento del *solvens*, così come sopra individuato, sia da solo sufficiente ad ascrivere la fattispecie nell'ambito dei negozi giuridici, ben potendo *l'indebiti solutio* essere ricondotta alla categoria dei meri atti giuridici. Com'è noto la differenza tra le due categorie dogmatiche risiede nella circostanza che mentre nel negozio la volontà privata si esplica sull'atto e sui suoi effetti, nel mero atto giuridico la volontà copre solo l'atto mentre gli effetti sono predisposti dalla legge.

L'intento *solutorio* del *solvens* in quest'ottica potrebbe quindi anche mancare, senza per questo interferire con la possibilità di ripetere quanto indebitamente pagato. Infatti il *solvens* potrebbe avere interesse a eseguire il pagamento anche nel dubbio circa la doverosità o meno della sua prestazione o addirittura se convinto della sua non doverosità, e ciò ad esempio per evitare il rischio di una

⁷⁰ CAMPAGNA I "negozi di attuazione" e la manifestazione dell'intento negoziale, Milano 1958, pp. 206-208.

diversa e sfavorevole decisione giudiziale a suo carico. Questo perché comunque il *solvens* è consapevole che l'ordinamento gli offrirà tutela garantendogli in seguito la ripetizione di quanto risulti essere stato indebitamente prestato.

Questa conclusione sembrerebbe avvalorata dalla circostanza che nell'art. 2033 c.c., innovando, come visto sopra, rispetto alla tradizione giuridica romana, è scomparso il requisito dell'errore del *solvens*. Il che consente di considerare irrilevante la conoscenza del carattere indebito della prestazione eseguita. L'intento del *solvens* non dovrebbe quindi essere elemento costitutivo della *solutio* che sarebbe un "atto meramente esteriore"⁷¹. Il semplice compimento dell'atto del pagamento non dovuto da parte del *solvens*, indipendentemente dal suo intento, gli consente di individuarlo come legittimato attivo nell'esercizio della *condictio*, escludendo nel contempo che la stessa azione possa essere esercitata da un soggetto diverso alla cui disponibilità sono state sottratte le *res* oggetto di pagamento⁷².

Secondo la tesi negoziale, invece, solo l'intento del *solvens* può imprimere all'atto la necessaria destinazione funzionale all'esecuzione di un obbligo che in realtà è inesistente e a sostegno di questa ricostruzione si pone l'esempio⁷³ di un atto che abbia contemporaneamente funzione solutoria e funzione traslativa, come nel caso dell'art. 1706, comma 2 che obbliga il mandatario senza rappresentanza a trasferire al mandante la cosa acquistata per conto di quest'ultimo. A questo atto non può certo negarsi natura negoziale e ciò a prescindere dalla sua doverosità o dal fatto che *ex post* risulti effettivamente non dovuto. In relazione a quest'atto, la mancanza o il vizio della volontà assumono rilievo preminente anche in termini di rimedio (invalidità) rispetto alla mera mancanza di funzione solutoria, che comporterebbe la semplice ripetibilità.

Tuttavia questa argomentazione sembra smentirsi da sola perché conduce a concludere che in effetti in questi casi non si verte in tema di pagamento di indebito in senso tecnico, proprio poiché non vi è una considerazione dell'atto

⁷¹ MIRABELLI *L'atto non negoziale nel diritto privato*, Milano 1998, p. 245.

⁷² BRECCIA *La ripetizione dell'indebito*, op. cit., pp. 366 e ss.

⁷³ ANDREOLI *Riflessioni*, op. cit., pp. 10 e ss.

sotto il profilo della non realizzazione della funzione solutoria, essendo invece assorbente il profilo volontaristico⁷⁴. Infatti se si ragiona nel senso che il profilo volontaristico assume preminenza rispetto alla causa oggettiva, il pagamento indebito eseguito, ad esempio, da un incapace o da un soggetto la cui volontà è viziata, andrebbe restituito non in base alle norme di cui agli artt. 2033 e ss., bensì in base alle regole che governano l'invalidità dei contratti, e in particolare l'art. 1442, II comma c.c. La valutazione dell'atto sotto il profilo della deficienza della volontà risulterebbe assorbente rispetto alla deficienza del presupposto di realizzazione della funzione solutoria, e dunque le azioni contrattuali dovrebbero prevalere sulla *condictio indebiti*. E certamente ciò può risultare favorevole per il *solvens* incapace dato che la disciplina dell'annullamento gli consente di tutelarsi più efficacemente, soprattutto per via del più favorevole regime della prescrizione. Infatti in materia di indebito la prescrizione è decennale ma decorre dalla *solutio*, mentre in materia di annullamento il termine di prescrizione, seppure quinquennale decorre dal riacquisto della capacità o dalla cessazione del vizio della volontà.

In realtà si può rilevare come il fatto stesso che le norme in materia di indebito non diano nessun rilievo, ai fini della prescrizione, alla persistenza o meno dell'alterazione di capacità del *solvens*, dimostra l'irrilevanza di tale circostanza⁷⁵. E del resto una diversa soluzione risulterebbe iniqua rispetto all'ipotesi del *solvens* che seppure capace sia incorso in un errore scusabile. Così come iniquo sarebbe pretendere di applicare soltanto al *solvens* incapace la disciplina di cui all'art. 428 c.c. che richiede requisiti più rigidi rispetto all'art. 2033 c.c., quali ad esempio il grave pregiudizio. Senza dimenticare che nei confronti del terzo subacquirente, la disciplina di cui all'art. 1445 c.c. è maggiormente pregiudizievole rispetto a quanto disposto dall'art. 2038 c.c.

Né si può ipotizzare che per il *solvens* incapace l'unica tutela possibile sia l'azione di arricchimento ingiustificato ex art. 2041 c.c. Infatti non esiste

⁷⁴ ANDREOLI *Riflessioni, op. cit.*, p. 17.

⁷⁵ Seppure una parziale eccezione a questo principio si ravvisa negli artt. 2034 e 2035 c.c. dove la capacità del *solvens* è elemento essenziale perché si realizzi la *soluti retentio*, e ciò sembrerebbe attribuire all'atto del pagamento natura negoziale: v. RESCIGNO voce *Ripetizione dell'indebito op. cit.*, p. 1229.

un'incompatibilità logica tra un'attività che si atteggi apparentemente come pagamento e l'imputazione della stessa a un incapace, il quale ben potrebbe agire in un momento di lucido intervallo, o comunque potrebbe imputare l'atto a pagamento di un'obbligazione ritenuta esistente proprio a causa della sua infermità. Ciò dimostrerebbe ancora una volta che l'incapacità del *solvens*, in caso di pagamento indebito è irrilevante. E del resto, la legge, ammettendo la ripetibilità dell'adempimento di obbligazione naturale da parte dell'incapace (art. 2034 c.c.) legittima l'idea secondo cui anche un incapace può imprimere all'atto la veste esteriore di un pagamento che, essendo non dovuto è ripetibile secondo le regole di cui agli artt. 2033 e ss. Applicare solo all'incapace le regole relative all'ingiustificato arricchimento creerebbe una disparità di trattamento tra *solvens* capace e *solvens* incapace: quest'ultimo si troverebbe in una posizione deteriore data la sussidiarietà dell'azione ex art. 2041 c.c. che tra l'altro impone di accertare il nesso tra l'arricchimento dell'*accipiens* e il depauperamento del *solvens*.

Secondo autorevole dottrina⁷⁶ è possibile assegnare un diverso rilievo alla funzione solutoria dell'atto, ricostruendola sulla base del rapporto di corrispondenza con una precedente situazione materiale di cui dovrebbe costituire l'attuazione. La volontà di adempiere non deve cioè emergere necessariamente da un intento concretamente orientato in tal senso: "è sufficiente che possa desumersi anche per fatti concludenti dall'operazione considerata nella sua globalità e secondo il significato che essa assume socialmente in base ai comportamenti anteriori e collaterali delle parti". L'elemento soggettivo che caratterizza la fattispecie non si identifica per forza con un particolare atteggiamento della volontà del *solvens* ma può consistere nell'attribuzione di un determinato significato giuridico all'operazione complessiva posta in essere. *L'animus solvendi* potrebbe essere in concreto escluso o perché il *solvens* non è in grado all'atto del pagamento di rendersi conto del significato che obiettivamente assume il suo contegno o perché incorre in un errore, anche solo ostativo. In questi casi, anche se la dichiarazione non corrisponde alla volontà, un'oggettiva destinazione alla

⁷⁶ BRECCIA *La ripetizione dell'indebito*, op. cit., p. 381.

funzione solutoria potrebbe essere sufficiente a non confondere l'attribuzione *solvendi causa* con gli spostamenti patrimoniali privi di causa e dunque sottoposti alla disciplina di cui all'art. 2041 c.c.

Non è dunque *l'animus solvendi* ciò che consente di scegliere tra l'applicazione della disciplina sull'indebito e quella relativa all'arricchimento ingiustificato. La disciplina dell'indebito reagisce all'obiettivo difetto di una ragione giustificativa dell'attribuzione e questo presupposto non viene influenzato da una qualsiasi alterazione della coscienza e della volontà del *solvens*. Se dunque il contegno del *solvens* ha i requisiti oggettivi di una destinazione alla funzione solutoria, e non sussiste una manifestazione di volontà diversamente orientata, non v'è ragione per escludere l'applicazione della disciplina di cui agli artt. 2033 e ss.

Un pagamento non dovuto deve quindi presentare, analogamente alla prestazione dovuta, i requisiti dell'apprezzabilità da un punto di vista patrimoniale dell'attività posta in essere dal *solvens* e dell'incidenza di tale attività nella sfera patrimoniale dell'*accipiens*, tale da soddisfare un interesse anche non patrimoniale dello stesso. A ciò si accompagna l'inesistenza del rapporto obbligatorio che giustifica il pagamento e la sua oggettiva destinazione a una funzione esecutiva. La fattispecie non può ritenersi non perfezionata solo perché per incapacità di intendere e volere o per errore è esclusa la volontarietà della fattispecie e dunque l'intento solutorio del *solvens*. Secondo questa ricostruzione, dunque, nel nostro sistema non ha senso chiedersi se la *traditio* sia o meno un negozio giuridico o se abbia natura causale o astratta, perché essa è in sé un fenomeno neutro⁷⁷.

In realtà però in questo modo si tenta in parte di aggirare il problema della qualificazione giuridica dell'indebito. È infatti difficile immaginare una fattispecie descrivibile solo come fenomeno neutro caratterizzato dalla sua oggettiva funzione esecutiva. Se infatti sembra condivisibile l'idea di negare il carattere negoziale della fattispecie, ridimensionando il ruolo assegnato allo specifico intento solutorio del *solvens*, non può negarsi del tutto il rilievo della volontà nell'esecuzione della prestazione a favore dell'*accipiens*. Non si tratta

⁷⁷ NICOLO' *L'adempimento dell'obbligo altrui*, in *Raccolta di scritti*, II, Milano 1980, p. 130 nota 5.

infatti di uno spostamento patrimoniale avvenuto inconsapevolmente, per puro caso, senza un comportamento attivo e cosciente del *solvens*. La volontà di quest'ultimo può essere viziata o falsata circa lo scopo da perseguire, ma ciò, come visto non rileva in alcun modo, non richiedendo l'art. 2033 c.c. neanche il requisito dell'errore, originariamente previsto. Si tratta però pur sempre di un atto giuridico nel quale la volontà dell'agente è determinante seppure si arresta al solo momento attuativo del contegno, senza coprirne gli effetti che sono disciplinati direttamente dalla legge. E del resto ciò è coerente con la comune convinzione secondo cui anche il pagamento dovuto è considerato un atto giuridico. Il carattere indebito della prestazione è infatti circostanza esterna all'atto del pagamento, incidendo soltanto sui suoi effetti giuridici, e non consente per ciò solo di qualificare diversamente la fattispecie rispetto alla normale ipotesi di pagamento dovuto.

Ciò posto, per avere una corretta percezione dell'istituto occorre porsi anche dal punto di vista dell'*accipiens*, poiché un'analisi condotta dalla sola prospettiva del *solvens*, appare necessariamente monca. La non doverosità della *solutio* è infatti valutabile concretamente solo al momento dell'*acceptio* della prestazione. La nozione di pagamento identifica infatti un fenomeno complesso richiedente un contegno attivo sia da parte del *solvens*, sia da parte dell'*accipiens*: il primo deve eseguire la prestazione, il secondo deve riceverla.

La rilevanza del momento recettivo della prestazione ai fini della *condictio* indebiti, si apprezza in primo luogo in relazione alla capacità dell'*accipiens*.

Se infatti è vero, come visto sopra che la *condictio* indebiti prescinde dalla capacità del *solvens*, è altrettanto vero che essa presuppone la capacità dell'*accipiens*. Per il perfezionamento del pagamento non dovuto concorre dunque in maniera decisiva, la capacità legale del preteso creditore nel momento dell'*acceptio*, ovvero, se la giustificazione del pagamento viene a perdersi in un momento successivo, all'atto della *retentio* divenuta ormai priva di fondamento⁷⁸.

È determinante quindi l'individuazione del momento in cui una prestazione può ritenersi ricevuta o trattenuta senza fondamento giustificativo. Non basta

⁷⁸ BRECCIA *La ripetizione dell'indebito*, op. cit., p. 396.

in questo senso un criterio di tipo oggettivo ed esteriore quale l'incremento economico realmente conseguito, ma occorre anche una conoscenza o conoscibilità da parte dell'*accipiens* del ricevimento della prestazione. Conoscenza alla quale difficilmente possono ritenersi applicabili le presunzioni di cui agli artt. 1326 e 1334 c.c. dettate in materia di conclusione del contratto. Anche ai fini del decorso del termine di prescrizione rileva il momento dell'*acceptio*. Se infatti si ritiene che in difetto di essa non si perfezioni la fonte dell'obbligazione restitutoria ex art. 2033 c.c., non è consentito prendere in considerazione l'inerzia del *solvens* se non a partire dal momento in cui la prestazione è ricevuta dall'*accipiens*. E se il titolo che sorregge l'attribuzione viene meno dopo l'effettuazione del pagamento, il termine di prescrizione decorre da quando è accertato il difetto di causa della *retentio*.

La prova del pagamento non potrà dunque consistere solo nell'aver diretto all'*accipiens* una certa attività ma è necessario che si dimostri che il ricevente ha consapevolmente cooperato nell'imputarla a sé. Il *solvens* deve cioè provare che l'*accipiens* ha imputato a sé uno spostamento patrimoniale a titolo solutorio proveniente dallo stesso *solvens* senza fondamento giustificativo perché in esecuzione di un obbligo non esistente o non più esistente. Non rileva invece alcuna presunzione di errore del *solvens*, perché la *scientia indebiti*, come visto, non è di per sé decisiva al fine di escludere la *condictio*.

11. Il problema degli effetti traslativi dell'indebiti solutio.

Come visto nel paragrafo 9 del presente capitolo, secondo una consolidata interpretazione delle fonti storiche, nel diritto romano il pagamento eseguito indebitamente produceva efficacia traslativa, determinando dunque l'acquisto della proprietà della *res* da parte dell'*accipiens*.

Questa ricostruzione è in realtà contestata da una parte della dottrina⁷⁹, che sotto il vigore del codice civile previgente sosteneva essere storicamente priva di fondamento la ricostruzione secondo la quale la *condictio* nel diritto romano era sorta per reagire al trasferimento astratto della proprietà della *res*. Infatti si è

⁷⁹ ANDREOLI *La ripetizione dell'indebito*, op. cit., pp. 37-40.

sempre affermato tralatiziamente che una volta compiuta una *traditio* per adempiere un debito che non esiste, se il *solvens* può agire in restituzione contro l'*accipiens* è perché si presuppone avvenuto in ogni caso il passaggio della proprietà, indipendentemente dalla mancanza o dalla non realizzazione della causa della tradizione. E per giustificare la superiore conclusione nei confronti di chi sosteneva la necessità di una causa perché la tradizione fosse produttiva dell'effetto traslativo, si affermava che effettivamente una causa vi era, seppure solo putativa, ritenuta tale dalle parti. Ciò però appare in contrasto con quanto esplicitamente affermato da Paolo (l. 31 D. 41.1) secondo il quale, per realizzare il trasferimento della proprietà non era sufficiente la presenza di una causa putativa occorrendo invece una causa reale. Anche in alcune passi dei Basilici (B. XXIII, I, 4, not.4) si trova chiaramente affermato che la *condictio sine causa* compete al *dominus* contro il *non dominus*. E ancora nella Glossa (ad 1.3 D. Pro suo 41.10), si dice che la *traditio* per causa putativa non trasferisce la proprietà ma solo il *possesso ad usucapionem*.

Questa contraddizione, secondo Andreoli, dovrebbe spingere a rivedere la premessa del ragionamento, secondo la quale la *condictio* nel diritto romano avrebbe sempre avuto efficacia traslativa. Secondo l'autore, infatti è stato erroneamente interpretato dai glossatori il par.5 di Gaio, IV, nel senso che il proprietario non possa agire in *condictio*, poiché, secondo l'autore, da questo passo emerge solo che il proprietario non ha un'azione personale diretta al recupero della cosa che è già sua.

Ma anche dando per corretta la comune interpretazione secondo la quale nel diritto romano il pagamento dell'indebitto avrebbe avuto efficacia traslativa, non così esso, secondo Andreoli, era stato inteso dai compilatori del codice napoleonico dai cui lavori preparatori emerge che la dazione *solvendi causa* è considerata un negozio causale e che il *solvens* è considerato permanere proprietario mentre l'*accipiens* è non proprietario e semplice possessore.

Non si nega che, secondo una parte della dottrina⁸⁰, l'efficacia traslativa del pagamento dell'indebitto troverebbe conferma nella circostanza che la *condictio* ha il suo fondamento nel principio dell'ingiusto arricchimento il quale non può

⁸⁰ SCUTO *op. cit.*, pp.7, 13, 63, 146.

effettivamente verificarsi se non vi è a monte l'effetto traslativo, ma solo la perdita del possesso. Ma anche a questa argomentazione si è obiettato⁸¹ che sarebbe una mera petizione di principio ritenere che l'azione di ingiustificato arricchimento resti indifferente rispetto agli spostamenti patrimoniali meramente possessori, dato che anche il possesso è una situazione di fatto economicamente rilevante. Tanto è vero che nel diritto romano e nel diritto comune venne prevista una *condictio possessionis*.

Se dunque la rivendicazione era la conseguenza che la norma ricollegava al fatto in quanto lesivo del diritto di proprietà, la *condictio possessionis* era la conseguenza della lesione del possesso e tra le due pretese non vi era un necessario rapporto di pregiudizialità, ma anzi spesso un concorso alternativo. Del resto la responsabilità attenuata in cui incorre l'*accipiens* di buon fede secondo la disciplina dell'indebito, è analoga alla responsabilità del possessore di buona fede, e dunque non trova fondamento nell'efficacia traslativa del pagamento.

La dottrina che sosteneva l'astrattezza della *solutio indebiti* e la sua efficacia traslativa⁸², trovava poi argomentazioni nella circostanza che l'ipotesi contraria, ipotizzando la permanenza del diritto di proprietà in capo al *solvens* avrebbe reso inutile la previsione di un'azione personale quale quella *ex indebito*, dato che il *solvens* ben avrebbe potuto agire in rivendica. E in effetti, sotto il vigore del codice civile del 1865 alcuni autori parlavano di “rivendicazione dell'indebito”⁸³, o attribuivano alla ripetizione dell'indebito una funzione sussidiaria rispetto alla rivendica, ammettendo il ricorso alla *condictio* nelle sole ipotesi di impossibilità dell'azione reale. Anche la mancanza di un'azione diretta per il recupero della cosa nei confronti del terzo acquirente sembrava legittimare l'idea dell'efficacia traslativa dell'indebito.

Ma in realtà, secondo Andreoli⁸⁴ la *condictio* non sarebbe stata comunque inutile in quanto presentava l'enorme vantaggio di prescindere dalla difficile prova del

⁸¹ ANDREOLI *La ripetizione dell'indebito*, op. cit., p. 56.

⁸² SCUTO op. cit., pp. 9 e 13.

⁸³ FERRARA sr. *Sul concetto dei negozi astratti e sul loro riconoscimento*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1904, pp. 281 e ss.

⁸⁴ *La ripetizione dell'indebito*, op. cit., p. 67.

diritto di proprietà in capo al soggetto che intendesse esercitarla. E del resto la circostanza che il *solvens* sia e rimanga proprietario e che l'*accipiens* sia un mero possessore secondo l'autore⁸⁵, sarebbe confermata anche dalla lettera della norma che parlava di ripetizione, termine che nel linguaggio legislativo del c.c.1865 (artt. 708, 1552) faceva riferimento alla restituzione del possesso.

Per Andreoli quindi la *solutio* sarebbe un negozio causale e non un negozio astratto. La non realizzazione della *causa solvendi* comporterebbe quindi la nullità della dazione, ma nonostante la nullità si realizzerebbe comunque uno spostamento patrimoniale non giustificato dal *solvens* all'*accipiens*, avente ad oggetto il possesso. Ci sarebbe una stretta relazione tra l'attribuzione patrimoniale effettuata e la sua causa: la volontà di effettuare l'attribuzione è infatti subordinata al realizzarsi di un *quid* la cui rappresentazione è determinante per l'agente. La mancanza di quel *quid* rende ingiustificato lo spostamento patrimoniale e a ciò l'ordinamento reagisce con la ripetizione.

Nell'attuale sistema codicistico, in mancanza di un'espressa indicazione normativa, occorre interrogarsi sul problema dell'efficacia traslativa dell'*indebiti solutio*.

Innanzitutto non si può asserire aprioristicamente che il pagamento (anche quello dovuto) realizzi sempre efficacia traslativa. Questa considerazione, infatti dà per presupposta l'efficacia negoziale del pagamento in genere, quando invece, come visto sopra, ciò che si può affermare con certezza è solo che il pagamento produce sempre un'attribuzione patrimoniale, senza che da ciò possa dedursi automaticamente la sua natura negoziale.

D'altra parte non è neanche possibile sostenere che soltanto il pagamento "causale", ovvero giustificato da una sottostante obbligazione, possa avere effetto traslativo per la sola circostanza che nel nostro ordinamento non è ammesso un negozio astratto di trasferimento. Infatti, la proprietà può essere acquistata sia tramite negozi, sia attraverso atti o fatti giuridici di natura non negoziale. L'art. 922 c.c. nell'elencare i modi di acquisto della proprietà rinvia genericamente agli "altri modi stabiliti dalla legge" e nulla esclude che uno di questi modi possa essere il pagamento dell'indebitato.

⁸⁵ ANDREOLI *La ripetizione dell'indebitato*, op. cit., p. 76.

Occorre dunque verificare se la posizione dell'*accipiens* nei confronti della *res* possa assimilarsi a quella del *dominus* o piuttosto a quella del possessore.

Ciò non può dedursi automaticamente dai pochi indici normativi, quali ad esempio l'art. 2037 c.c. nella parte in cui pone sull'*accipiens* (di mala fede) il rischio del perimento del bene oggetto della *solutio*. Infatti una tale distribuzione del rischio potrebbe anche essere giustificata non dal principio *res perit domino*, ma da una sorta di "titolarità formale" dell'*accipiens*. Sicuramente quest'ultimo, in quanto obbligato alla restituzione di una *res* indebitamente ricevuta è un debitore particolare, sul quale grava il rischio del perimento della *res* se in mala fede, ma su cui di contro non incombe la responsabilità per l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, anche se a lui imputabile, quando è in buona fede (art. 2037 c.c.). D'altra parte la titolarità del diritto di proprietà da parte dell'*accipiens* non potrebbe farsi dipendere dallo stato soggettivo con il quale questi ha ricevuto la prestazione. La norma in questione dunque non appare decisiva per l'attribuzione della qualità di *dominus* all'*accipiens*.

Non è indicativo in tal senso neanche il regime degli acquisti dei terzi aventi causa dall'*accipiens*, di cui all'art. 2038 c.c. Si dice infatti che o bisogna ammettere che detta disciplina si fonda sulla circostanza che l'*accipiens* in quanto proprietario è legittimato a disporre del bene, salva la sua responsabilità nei confronti del *solvens* per inadempimento dell'obbligo di restituzione, oppure si deve ritenere che l'art. 2038 c.c. codifichi una fattispecie di acquisto *a non domino* diversa da quelle disciplinate agli artt. 1153 e ss. c.c.

Tuttavia è anche vero che regole simili a quella di cui all'art. 2038 c.c. sono contenute anche nell'art. 535, II comma relativamente all'alienazione di beni da parte del possessore di beni ereditari, e nell'art. 1776 c.c che disciplina gli obblighi restitutori che gravano sull'erede del depositario che abbia alienato la *res* depositata. E in entrambi i casi l'alienante non è un *dominus*, sebbene gli esiti della sua alienazione non siano diversi da quelli disciplinati ex art. 2038 c.c.. Non è dunque possibile dedurre neanche da questa norma un indice sicuro circa l'acquisto della proprietà da parte dell'*accipiens*.

Se dunque è vero che non sempre vi è incompatibilità tra *acceptio sine causa* e acquisto del *dominium*, è altrettanto vero che questo non si può nemmeno considerare una conseguenza automatica del pagamento. In più, se nella maggior parte delle ipotesi l'*acceptio* implica quanto meno il sorgere in capo all'*accipiens* del possesso in senso tecnico, ciò non è scontato, ben potendo in alcuni casi la *traditio* essere idonea esclusivamente al sorgere di una detenzione. In definitiva la normativa sul pagamento dell'indebitato lascia adito a perplessità circa la definizione della situazione giuridica dell'*accipiens* nei confronti della *res* e induce a ritenere che alla *solutio indebiti* non si ricolleghino effetti costanti e omogenei, ad eccezione della necessaria modificazione, seppure provvisoria della sfera patrimoniale dell'*accipiens*.

Inoltre la disciplina di cui agli artt. 2033 e ss. c.c. non fa distinzioni tra il pagamento non dovuto eseguito dal proprietario e quello eseguito dal non è proprietario delle *res* consegnate. Ed è evidente come in quest'ultimo caso difficilmente potrà riconoscersi efficacia traslativa alla *solutio*, mancando la titolarità del diritto di proprietà in capo allo stesso *solvens*: qui l'*accipiens* acquisterà la proprietà solo in presenza dei requisiti di cui all'art. 1153 c.c., perché non si può sostenere che in questa materia l'ordinamento abbia inteso derogare alle disposizioni circa gli acquisti *a non domino*. La disciplina dell'indebitato sembra da questo punto di vista ispirata a una *ratio* unitaria che non autorizza discriminazioni tra *solvens dominus* e *solvens non dominus*. Tuttavia in quest'ultimo caso sembra difficile pensare di poter paralizzare un'azione di rivendica del vero proprietario non *solvens* nei confronti di un *accipiens indebiti* di mala fede che abbia ricevuto in pagamento una *res* determinata da parte di un *solvens* non proprietario. Un'esclusione della rivendica da parte del *solvens* si potrà prospettare esclusivamente nell'ipotesi in cui l'*accipiens* sia diventato proprietario ex art. 1153 c.c. Infatti solo chi ha ricevuto in buona fede un pagamento non dovuto *a non domino* potrà validamente opporsi alla pretesa del precedente proprietario, ma sarà sempre tenuto alla restituzione nei confronti del *solvens*, in base alle regole dell'indebitato.

La questione si complica ulteriormente se consideriamo che un *accipiens indebiti* può essere in buona fede circa la propria legittimazione a ricevere e in mala

fede circa la provenienza *a non domino* dell'oggetto del pagamento, e viceversa. Nel primo caso l'*accipiens* dovrà restituire al *solvens* i frutti e gli interessi dal momento della domanda perché in buona fede nei suoi confronti ai sensi dell'art. 2036, II comma c.c., mentre nei confronti del *dominus* lo stesso soggetto in quanto possessore di mala fede dovrà restituire i frutti percepiti e percipiendi dal momento in cui ha acquistato il possesso ai sensi dell'art. 1148 c.c.

La spiegazione delle incertezze interpretative circa l'efficacia traslativa del pagamento indebito va probabilmente ricercata proprio nell'origine storica dell'istituto. Infatti la *solutio indebiti* romanistica, alla quale seguiva normalmente il trasferimento del *dominium*, inserita nel contesto del sistema napoleonico basato sul principio consensualistico ma anche sulla necessaria causalità dei negozi traslativi, comportò l'insorgere di inevitabili contraddizioni⁸⁶.

I giuristi romani distinguevano la *traditio* come fonte di un effetto traslativo e come fonte di un effetto restitutorio. Il fondamento del “dare per riottenere” poteva essere rinvenuto o in un elemento soggettivo (la volontà) o in un elemento oggettivo (la mancanza di causa). Se si seguiva la prima tesi però, bisognava postulare l'esistenza di un tacito accordo volto alla restituzione della *res* nell'ipotesi in cui quest'ultima risultasse non dovuta (su questo assunto si fondava come visto la tesi del promutuo e la categoria dei quasi contratti). Ma poiché tale tacito accordo era da considerarsi una mera *fictio* ed era escluso ogni volta che il *solvens* versasse in errore, risultava più sicuro il fondamento oggettivo della *condictio indebiti*, basato sulla mancanza di causa del pagamento. Tuttavia, poiché si riteneva che la mera *traditio*, quale negozio astratto fosse da sola sufficiente a produrre l'effetto traslativo, risultava difficile affermare che il difetto di causa del pagamento di per sé giustificasse il sorgere dell'obbligazione restitutoria. Si concludeva dunque nel senso che ciò che rilevava non era la mancanza di causa del trasferimento, bensì della *retentio*. L'*obligatio ex indebito* aveva dunque come presupposto l'acquisto del *dominium* da parte dell'*accipiens* e postulava il difetto di una *causa retentionis*.

⁸⁶ BRECCIA *La ripetizione dell'indebito*, op. cit. pp. 49 e ss.

Ciò che appare singolare di questa ricostruzione è però la duplicazione del concetto di causa. Infatti normalmente la causa di un acquisto dovrebbe essere idonea a giustificarne anche la permanenza. Questo a meno di non volere aderire alla ricostruzione di Andreoli secondo cui nel diritto romano il pagamento indebito non aveva in realtà efficacia traslativa e dunque non sorgeva alcun conflitto tra una *acceptio* giustificata e una *retentio* ingiustificata.

Successivamente, nel diritto comune si affermò l'idea secondo la quale il *debitum* doveva essere giustificato sia sotto il profilo della *causa civilis*, sia sotto il profilo della *causa naturalis*. Quest'ultima racchiudeva le istanze etiche sottese allo spostamento patrimoniale e consentiva di far affiorare quelle esigenze equitative che non trovavano tutela nello *strictum jus*. Se mancavano entrambe le cause, si concretizzava un pagamento indebito per definizione e dunque il ricorso alla *condictio* era *in re ipsa*. Si ricorreva alla *condictio* anche nell'ipotesi in cui facesse difetto la sola *causa naturalis*. Nel caso in cui invece facesse difetto la sola *causa civilis*, sussistendo però la *causa naturalis*, non si applicava l'istituto della *condictio indebiti*, ma al contrario si realizzava la *soluti retentio* e dunque era possibile trattenere ciò che fosse stato spontaneamente adempiuto. Secondo questa impostazione, quindi, la stabilità dell'effetto solutorio era ricollegabile alla presenza della *causa naturalis*. Il conseguimento dei risultati pratici previsti e racchiusi nel concetto di *causa naturalis* era dunque decisivo, ma non per la validità della fattispecie, che dipendeva dall'esistenza della *causa civilis*, ma per la salvezza degli effetti prodotti.

La codificazione napoleonica e l'affermazione del principio consensualistico conducono, com'è noto, al tramonto della distinzione tra *modus* e *titulus acquirendi*. La *traditio* degrada da *datio* con efficacia traslativa a mera consegna. Ciò avrebbe dovuto condurre coerentemente ad escludere l'efficacia traslativa della prestazione isolata priva di causa. Infatti, la semplice circostanza che in alcune ipotesi sia comunque giustificata la *retentio* a prescindere dal fondamento giustificativo del pagamento non è detto che trovi spiegazione nella traslatività della *traditio sine causa*, ben potendo trovare motivazione altrove, ad esempio nell'esigenza di protezione anche dei terzi subacquirenti.

Secondo autorevole dottrina⁸⁷, anche oggi, nel nostro ordinamento il problema va impostato e risolto tenendo presente che il concetto di causa dell'acquisto non può essere confuso con quello di giusta causa dell'attribuzione patrimoniale. Col primo si intende il mero meccanismo produttivo dell'effetto, col secondo la giustificazione sostanziale di un effetto attributivo. Il difetto di giustificazione teleologica dell'effetto, non incide direttamente sull'esistenza di quest'ultimo, ma determina il sorgere di un rapporto obbligatorio diretto alla restituzione. L'acquisto e la *retentio* hanno una duplice e distinta giustificazione causale: la prima consiste nella regolarità dei mezzi di movimento della ricchezza; la seconda viene a giustificare in maniera definitiva l'acquisto avvenuto nel patrimonio dell'*accipiens*. Il *titulus acquirendi* è dunque idoneo a produrre l'acquisto ma non a renderlo inattaccabile da ogni pretesa restitutoria. L'istituto dell'indebito si caratterizza quindi per un peculiare meccanismo interno che impone di tenere distinto il momento dell'*acceptio* dalla giustificazione dell'acquisto medesimo, e dunque l'obbligazione ex art. 2033 c.c. è ammessa o esclusa in base a una valutazione dei requisiti legali che valgono a rendere stabile l'attribuzione.

È vero che può forse apparire un po' artificiosa l'idea di sdoppiare la nozione di causa, poiché essa è giustificazione dello spostamento patrimoniale nel suo complesso, e dunque distinguendo tra causa dell'attribuzione e causa della ritenzione non si fa altro che guardare allo stesso fenomeno da due diversi punti di vista: quello del *solvens* e quello dell'*accipiens*. Tuttavia una tale distinzione può essere utile, come vedremo (v. cap. III par. 2) per giustificare il ricorso alla *condictio indebiti* in ipotesi in cui, pur non mancando una causa del trasferimento, il *solvens* abbia titolo per pretendere la restituzione della *res*.

Invero la rivoluzione copernicana realizzata con l'introduzione del principio consensualistico, ha sulla fattispecie in questione effetti più significativi di quanto non appaia a una prima lettura. E' infatti il consenso che realizza l'effetto traslativo, e che deve essere sorretto da una valida causa. Il pagamento si atteggia a mero atto esecutivo, privo di valenza negoziale, e dunque privo anche di autonoma efficacia traslativa. La circostanza che esso si riveli non

⁸⁷ BRECCIA *La ripetizione dell'indebito*, op. cit., pp. 95 e ss. e pp.136 e ss.

dovuto è fatto esterno che si apprezzerà sul piano delle conseguenze normative come disciplinate dagli artt. 2033 e ss. ma ciò non vuol dire che l'*accipiens indebiti* non possa acquistare la proprietà. Anzi sembra proprio il contrario dato che l'art. 2038 c.c. gli consente di alienarla con gli effetti di un comune trasferimento *a domino*. Ma la proprietà non viene acquistata in forza del pagamento in sé, che non ha e non può avere gli effetti della romanistica *traditio*, bensì in forza della causa sottesa al pagamento e ad esso esterna. La mancanza di una giustificata *retentio* legittima la ripetizione.

12. Ripetizione dell'indebitito e arricchimento senza causa.

Il rapporto tra la ripetizione dell'indebitito e l'arricchimento senza causa merita attenta considerazione. È diffusa, come si diceva, l'opinione secondo la quale il fondamento dell'istituto dell'indebitito sia da cercare nella reazione dell'ordinamento verso gli spostamenti patrimoniali ingiustificati. Questo principio, di cui la normativa in materia di indebitito sarebbe concreta applicazione, è chiaramente esplicitato nell'art. 2041 c.c., norma che quindi avrebbe dovuto, a rigore, precedere nella sistematica del codice, la disciplina dell'indebitito.

Tuttavia il legislatore ha optato per una diversa collocazione degli articoli in questione e ciò perché in realtà, il generale principio del divieto di arricchimento ingiustificato non è l'origine, bensì l'approdo di una complessa elaborazione che affonda le sue origini nella giurisprudenza romana e che ha, come visto sopra, progressivamente generalizzato e ricondotto a unità le singole ipotesi di *condictiones*. Pertanto l'art. 2041 c.c. assume nel nostro codice non tanto la funzione di norma enunciativa di un principio generale, a cui seguono le concrete applicazioni dello stesso, quanto quella di norma di chiusura, che garantisce una tutela di tipo residuale⁸⁸.

La disciplina dell'indebitito, storicamente si è modellata su una concezione reale, volta alla restituzione di prestazioni di dare; al contrario la disciplina dell'arricchimento si ispira a una concezione patrimoniale della restituzione e

⁸⁸ RESCIGNO voce *Ripetizione dell'indebitito*, *op. cit.*, p. 1225.

mira a far ottenere all'impoverito un indennizzo monetario. In realtà secondo una parte della dottrina⁸⁹ questa rigida bipartizione è smentita dal dato normativo di cui agli artt. 2037-2038 c.c., dai quali sembra emergere come il legislatore in materia di indebito abbia adottato un sistema di tipo "misto". Infatti, dette norme sembrano ispirarsi a una concezione patrimoniale, quando prevedono che in caso di perimento della cosa, l'*accipiens* di buona fede, pur essendo liberato da qualsiasi responsabilità nei confronti del *solvens* per il perimento o il deterioramento della cosa, sia chiamato a rispondere nei limiti del suo arricchimento. Dunque l'esonero del percipiente di buona fede per il perimento o deterioramento della cosa è da ricondurre alla concezione reale dell'arricchimento poiché il venir meno della cosa da restituire comporta l'estinzione della pretesa del solvens. Invece l'obbligo di restituire l'arricchimento si ispira a una concezione patrimoniale per cui si deve tener conto delle ripercussioni della prestazione sul patrimonio del percipiente. Se il legislatore avesse seguito una concezione reale pura, il rischio del perimento sarebbe gravato integralmente sul solvens.

Alla concezione patrimoniale poi sembra fare riferimento anche l'art. 2039 c.c., laddove fa riferimento al vantaggio dell'incapace come limite alla ripetibilità della prestazione effettuata nei suoi confronti.

Tuttavia la circostanza che l'azione di arricchimento sia stata tradizionalmente interpretata come l'unico rimedio improntato a una concezione patrimoniale della restituzione, ha spinto una parte della dottrina a considerarla lo strumento più idoneo per il recupero delle prestazioni di fare⁹⁰. Secondo questa impostazione, anche quando l'arricchimento ha per oggetto una cosa determinata che in quanto tale viene restituita (art. 2041, II comma c.c.), ciò dipenderebbe dal fatto che la realtà della pretesa coincide con la valutazione dei reciproci vantaggi e svantaggi: se non vi fosse tale coincidenza residuerebbe anche qui il carattere meramente indennitario dell'azione.⁹¹

⁸⁹ MOSCATI *Del pagamento dell'indebito* in *Commentario del codice civile* SCIALOJA – BRANCA, artt. 2028-2042, Bologna – Roma 1981, pp. 477 e ss.

⁹⁰ BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, op. cit., pp. 363 e ss. In giurisprudenza tra le tante Cass. 359/1966 in *Giustizia civile*, I, 1966, pp. 869 e ss.

⁹¹ BRECCIA voce *Ripetizione dell'indebito* in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVI, Roma 1989, p. 3.

Nell'ottica dell'indebito si dovrà restituire per equivalente la prestazione effettivamente eseguita, invece nella prospettiva dell'azione di arricchimento l'indennità è commisurata all'incremento patrimoniale del creditore che corrisponderà al valore reale della prestazione eseguita. Il creditore della prestazione di fare, per compensazione conseguirà una restituzione in denaro pari alla differenza tra l'ammontare del corrispettivo pagato e il valore effettivo della prestazione ricevuta.⁹²

Il problema dello strumento utilizzabile per la restituzione delle prestazioni di fare, perse gran parte della sua rilevanza pratica con l'introduzione dell'art. 2126 c.c. che esclude la ripetizione della prestazione lavorativa effettuata sulla base di un contratto invalido.⁹³ In questa ipotesi si è affermato⁹⁴ che si può comunque postulare un adempimento sorretto da una giusta causa, consistente nella prestazione di fatto, accompagnata dalla conoscenza del datore di lavoro e dalla non opposizione del medesimo.

Tuttavia la questione rimase aperta per le prestazioni di fare diverse da quelle lavorative. Seguendo l'impostazione tradizionale, infatti, il *solvens* che esegue una prestazione indebita di fare si trova in una posizione deteriore rispetto a chi esegue una prestazione di dare. Egli infatti otterrà ristoro solo nei limiti dell'arricchimento e solo dimostrando il nesso tra arricchimento e impoverimento. Per ovviare a questo inconveniente la giurisprudenza⁹⁵ ha accolto un'interpretazione estensiva idonea ad assoggettare alla disciplina di cui agli artt. 2033 e ss. c.c. ogni tipo di prestazione non dovuta: basta dimostrare l'avvenuta esecuzione della prestazione e la mancanza del titolo in virtù del quale tale esecuzione ha avuto luogo⁹⁶. Si è posto però il problema, se fosse più corretto applicare alle prestazioni di fare la norma generale di cui all'art. 2033 c.c. ovvero l'art. 2037 c.c., trattandosi di un'ipotesi in cui è effettivamente impossibile una restituzione in natura. Tuttavia si è osservato che l'art. 2037 c.c. si applica alle ipotesi di impossibilità sopravvenuta attribuibile a eventi

⁹² ROPPO, *Trattato*, op. cit. p. 392.

⁹³ RESCIGNO op. cit., p. 1226.

⁹⁴ SPADAFORA *Profili dell'atto solutorio non dovuto*, Milano 1996, pp. 118-119.

⁹⁵ *E multis* Cass. 2029/1982, in *Mass. Giust. Civ.* 1982, fasc.4.

⁹⁶ V. anche Cass. 1024/1971 in *Giurisprudenza italiana*, I, 1972, 593 e ss.

esterni, mentre nel nostro caso l'impossibilità di restituzione in natura è originaria e strutturalmente insita nella natura stessa della prestazione che è suscettibile di restituzione solo per equivalente. Per questo si ritiene più coerente l'applicazione anche a questa ipotesi dell'art. 2033 c.c., che peraltro non costringe a distinguere a seconda dello stato di buona o mala fede dell'*accipiens*⁹⁷. (v. anche par. 9 cap. II).

Posto che le prestazioni di fare possono restituirsi solo per equivalente, si pone il problema della loro quantificazione. L'alternativa che si pone è quella o di determinare la somma da restituire in base all'importo stabilito nel contratto, oppure stimarne l'effettivo valore in base a parametri oggettivi. La prima soluzione si presenta molto agevole sul piano pratico data l'automaticità del calcolo, e tuttavia attribuendo rilievo alla valutazione operata dalle parti nel contratto si determina una sorta di reviviscenza del sinallagma, il che equivale a vanificare sostanzialmente gli effetti della caducazione⁹⁸. Pertanto la seconda soluzione appare preferibile, nonostante comporti la possibilità per il percipiente di restituire una somma superiore rispetto a quanto pattuito in contratto. A ciò si potrebbe ovviare con alcuni correttivi, ad esempio imponendo una restituzione nella minor somma tra il corrispettivo pattuito e il valore oggettivo.

13. Rinvio

Ricostruiti come sopra i termini della nostra indagine, occorre ora entrare nel vivo della trattazione verificando se e con quali conseguenze la disciplina dell'indebito possa trovare applicazione in materia di restituzioni conseguenti alla caducazione del contratto.

Infatti l'art. 2033 c.c. fa genericamente riferimento a un pagamento non dovuto, ma occorre chiedersi se rimanga priva di rilievo la circostanza che la mancanza della *causa solvendi* piuttosto che essere originaria sia sopravvenuta⁹⁹.

⁹⁷ ALBANESE *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, op. cit., pp. 467 e ss. BRUNI op. cit. pp. 230, 231 Così suggerisce Cass. 865/1964 in *Giustizia civile* 1964, I, pp. 1605-1608.

⁹⁸ BRECCIA *La ripetizione dell'indebito*, op. cit. p. 459, nota 107

⁹⁹ In senso affermativo Cass. 14084/2005; Cass. 2814/1995; Cass. 5472/1983; Cass. 1622/1979.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale¹⁰⁰ infatti, non è necessario per adire la tutela *ex indebito*, che le parti fossero del tutto estranee tra loro, ben potendo l'inefficacia o la caducazione del titolo giuridico che giustifica la ritenzione della *res* derivare da impugnativa di un contratto tra le stesse intercorso. Questa posizione è recepita anche da una parte della dottrina¹⁰¹. Tuttavia è dato ritrovare anche una tesi più restrittiva¹⁰², secondo la quale per poter applicare la disciplina in materia di pagamento dell'indebito è necessario che le parti non siano mai state in rapporto tra loro, nonché una tesi intermedia¹⁰³ secondo la quale la tutela *de qua* è esperibile per le restituzioni conseguenti all'invalidità del contratto per nullità e annullamento, ma non per le impugnative che comportano lo scioglimento del rapporto quali la risoluzione e la rescissione.

Queste ipotesi dovranno ora essere attentamente vagliate tenendo presenti le conseguenti ricadute applicative.

¹⁰⁰ *E multis* Cass. 1622/1979 in *Mass. Giust. Civ.* . 1979, p. 734.

¹⁰¹ RESCIGNO *Ripetizione dell'indebito*, *op. cit.* pp. 1223 e ss.

¹⁰² STOLFI *Teoria del negozio giuridico*, Padova 1961, pp. 70 e 71; ARGIROFFI *Sul concorso delle azioni di rivendicazione e di ripetizione* in *Rivista di diritto civile*, 1976, II, pp. 608 e ss; ID. *Ripetizione di cosa determinata e acquisto a domino della proprietà*, Milano 1980, pp. 147 e 194.

¹⁰³ BENATTI *Il pagamento con cose altrui*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1976, pp. 476 e ss.

CAPITOLO II

1. *La condictio indebiti in materia contrattuale.*

La tutela restitutoria consiste nel ristabilire le condizioni di fatto e di diritto che caratterizzavano un determinato assetto giuridico, prima che intervenisse un'alterazione dello stesso *contra ius* o comunque *sine causa*. Anche la tutela risarcitoria assolve a una funzione in qualche modo ripristinatoria dello stato di fatto precedente. Ma essa reagisce a un danno prodotto assicurandogli una compensazione pecuniaria, che non lo elimina materialmente, bensì lo neutralizza in senso economico. La restituzione invece, prescinde dal danno e dalla sussistenza di un'altrui condotta dolosa o colposa¹⁰⁴: essa è strumento di reazione verso la violazione di un diritto, l'appropriazione di utilità che sono di spettanza altrui o ancora verso spostamenti patrimoniali ingiustificati. La tutela restitutoria dunque, a differenza di quella risarcitoria, sfugge a una qualificazione unitaria, poiché assume carattere reale o personale a seconda del fatto cui intende reagire: ad esempio si atteggerà a tutela reale laddove reagisca alla lesione di un diritto reale; avrà invece carattere personale qualora abbia riguardo a spostamenti patrimoniale ingiustificati¹⁰⁵.

In ambito contrattuale, l'obbligo restitutorio può sorgere innanzitutto in ipotesi fisiologiche, che costituiscono una conseguenza diretta e immediata del contratto: è il caso, ad esempio dell'obbligo di restituzione di somma di danaro o di cose fungibili ricevute a mutuo (art. 1813 c.c.) ovvero all'obbligazione restitutoria del depositario irregolare (art. 1782, 1° comma, c.c.), del comodatario (art. 1803, 1° comma, c.c.) o del conduttore (art. 1590 c.c.). In tutte queste ipotesi, che esulano dalla presente trattazione, la restituzione costituisce una delle obbligazioni fondamentali del contraente-*accipiens* ed è la conseguenza non di una mancanza successiva della *causa solvendi*, ma del fatto

¹⁰⁴ SCOGNAMIGLIO *Il risarcimento del danno in forma specifica* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1957, p. 209.

¹⁰⁵ DI MAJO *La tutela civile dei diritti*, Milano 2003, pp. 319 e ss.

che il rapporto ha esaurito la sua efficacia. Ma la tutela restitutoria sorge anche nelle ipotesi patologiche in cui il vincolo viene caducato con efficacia retroattiva tra le parti, e dunque, come visto nel capitolo precedente, nel caso in cui il contratto sia nullo, annullato, rescisso o risolto, o ancora nel caso di avveramento di una condizione risolutiva.¹⁰⁶ Venendo meno il titolo con efficacia *ex tunc*, infatti, è come se i trasferimenti e le prestazioni effettuate sulla base di esso fossero state eseguite fin dall'origine *sine causa*: esse dunque saranno ripetibili secondo la disciplina dell'indebito di cui agli artt. 2033 e ss., disciplina peraltro espressamente richiamata dagli artt. 1422 c.c., in tema di nullità, e 1463 c.c. in tema di risoluzione.

Tuttavia la scelta di regolamentare la tutela restitutoria in ambito contrattuale, mediante un rinvio alla disciplina della *condictio indebiti*, se apparentemente risulta lineare e coerente con il sistema, presenta a un'analisi più attenta molteplici profili problematici, che si passeranno analiticamente in rassegna nei prossimi paragrafi.

In proposito si può subito anticipare che una parte della dottrina esclude una generale applicabilità della disciplina dell'indebito in materia di caducazione contrattuale¹⁰⁷, osservando tra l'altro che le norme sulla *condictio* sono effettivamente richiamate solo negli artt. 1422 e 1463 c.c. e non nelle altre ipotesi di caducazione del contratto¹⁰⁸, e che la ripetizione dell'indebito sembra pensata solo per le restituzioni tra persone che non furono mai in rapporto fra loro¹⁰⁹. Altri autori, invece aderiscono alla tesi tradizionale per cui le restituzioni contrattuali sono governate dagli artt. 2033 e ss¹¹⁰. Pertanto essi colgono negli artt. 1422 e 1463 c.c. non un rinvio parziale, bensì l'espressione di un principio generale, valido per tutte le ipotesi di caducazione, ed

¹⁰⁶ Disciplinano il regime delle restituzioni conseguenti alla caducazione del contratto anche la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di cose mobili (art. 81, comma 2), i Principi Unidroit (art. 7.3.6.) e i Principi di diritto europeo dei contratti che dedicano ben tre articoli (9.307 – 9.308 – 9.309) alla disciplina delle restituzioni. I Principi Lando, peraltro, sembrano ispirarsi all'idea dell'irretroattività della risoluzione.

¹⁰⁷ DI MAJO *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo in Europa e diritto privato* 2001 pp. 546 e ss.

¹⁰⁸ BARCELLONA *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1965, I, pp.11 e ss.

¹⁰⁹ STOLFI *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 71

¹¹⁰ ROPPO *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* IUDICA ZATTI, Milano 2001, p. 949.

esplicitato solo laddove il legislatore ha fatto espresso riferimento agli obblighi restitutori¹¹¹. Anche una parte della giurisprudenza¹¹² afferma che la disciplina di cui all'art. 2033 c.c. vada estesa a tutte le ipotesi di mancanza originaria o sopravvenuta di *causa solvendi*, indipendentemente dalla preesistenza o meno di un rapporto tra le parti.

Una tesi intermedia¹¹³ sostiene poi che debba essere accertato di volta in volta rispetto ad ogni azione di restituzione se essa rientri nell'ambito di applicazione degli artt. 2033 e ss. c.c. La disciplina dell'indebito sarà dunque applicabile laddove l'effetto caducatorio travolga, seppure entro determinati limiti, anche i diritti dei terzi e quindi nelle ipotesi di invalidità del contratto. Non lo sarà invece nelle ipotesi di rescissione e di risoluzione, che non sono dotate di retroattività reale.

2. *Gli artt. 1422 e 1463 c.c.: norme eccezionali o espressione di un principio generale?*

Il richiamo alla disciplina dell'indebito in materia di azioni di impugnativa contrattuale è contenuto solo in due norme del codice civile: l'art. 1422 in materia di nullità e l'art. 1463 in materia di risoluzione per impossibilità sopravvenuta¹¹⁴. Come si accennava nel precedente paragrafo, la parzialità del rinvio ha suscitato perplessità tra gli interpreti.

¹¹¹ MOSCATI *Del pagamento dell'indebito* in *Commentario al codice civile* SCIALOJA - BRANCA, artt.2028-2042, Bologna – Roma 1981, p.146.

¹¹² Cass. 1558/1971; Cass. 2459/1966, in *Giurisprudenza italiana*, I, 1968, 208 e ss.; Cass. 1190/1963 in *Giurisprudenza italiana*, I, 1964, 812 e ss.; Cass. 235/1962 in *Foro italiano*, I, 1962, 676 e ss.; Cass. 131/1957 in *Giurisprudenza italiana*, I 1957, 979 e ss. : in queste pronunce si afferma il principio per cui la disciplina dell'indebito oggettivo si applica sia quando manca la causa contrattuale originaria sia quando essa, originariamente esistente, sia venuta meno (*condictio ob causam finitam*).

¹¹³ BENATTI *Il pagamento con cose altrui*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1976, pp. 476 e ss.

¹¹⁴ Secondo NICOLUSSI, (*Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, Milano 1998, p. 140), si potrebbe forse adombrare un implicito rinvio anche in tema di annullamento in forza del combinato disposto degli artt. 1443 e 2039 c.c.

Coloro¹¹⁵ che negano la generale applicabilità delle norme in materia di indebito alle restituzioni contrattuali, tendono a svalutare la portata di questi rinvii. In quest'ottica, si osserva, argomentando anche dalla Relazione al Codice n. 650, che nell'art. 1422 c.c. l'intento del legislatore è stato solo quello di determinare il consolidamento della nuova situazione giuridica creata dal contratto nullo, attraverso il decorso di un dato tempo dall'adempimento. È significativo, infatti che la norma si riferisca contemporaneamente, facendoli salvi, agli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione. In questo modo, senza contraddire all'imprescrittibilità dell'azione caducatoria, essa viene di fatto svuotata di rilevanza sul piano degli effetti. Se ciò appare coerente per quanto riguarda l'usucapione, realizzando essa un acquisto della proprietà a titolo originario per sua natura destinato a “doppiare” e a sanare i vizi degli acquisti a titolo derivativo, più problematica è la scelta legislativa per quanto concerne la prescrizione delle azioni di ripetizione. Considerando infatti che il negozio nullo è totalmente improduttivo di effetti fin dall'origine occorre chiedersi quali siano gli effetti salvati dalla prescrizione. In proposito si deve partire dall'assunto che gli effetti della prescrizione abbiano una rilevanza autonoma rispetto all'usucapione. Ciò non tanto per la mancata coincidenza dei termini temporali dei due istituti, (venti anni per l'usucapione, dieci per la prescrizione), quanto piuttosto per il dato letterale dell'art. 1422 c.c. che distingue usucapione e prescrizione e che costringe a valutare separatamente le due ipotesi di salvezza previste dalla norma. La prima concerne un acquisto a titolo originario da parte dell'avente causa. La seconda opera sul piano strettamente processuale e solo forzatamente può considerarsi come una fattispecie acquisitiva, perché interviene su situazioni giuridiche già perfettamente realizzate nei loro presupposti.

Pertanto si può ipotizzare che la *solutio* come fattispecie acquisitiva autonoma rispetto al negozio invalido, sia di per sé idonea a produrre effetti che si consolidano con la prescrizione dell'azione. La pretesa diretta a ottenere la restituzione di quanto si è pagato in base a un contratto nullo non sarebbe

¹¹⁵ DI MAJO *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, op. cit. pp. 546 e ss. BARCELLONA *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, op. cit., pp.11 e ss.

allora un mero riflesso materiale della pretesa volta a far dichiarare la nullità, ma avrebbe una specifica rilevanza ricollegandosi al fatto del pagamento come fonte di effetti distinti. Il decorso del tempo in quest'ottica inciderebbe sull'azione di nullità in due modi diversi: con l'usucapione, determinando l'insorgenza di un nuovo diritto; con la prescrizione rendendo definitivo l'acquisto già verificatosi in conseguenza dalla *solutio*, ma qualificato indebita e dunque suscettibile di essere rimosso con la *condictio*.¹¹⁶

Laddove invece si ritenga che non sia possibile assegnare efficacia autonoma al mero atto della *solutio*, e dunque individuare una fattispecie acquisitiva diversa dall'usucapione e dallo stesso negozio nullo, se ne deve dedurre che sia quest'ultimo, a prescindere da qualsiasi forma di conversione o eccezionale sanatoria, ad assumere il ruolo di fatto acquisitivo¹¹⁷. Il negozio nullo, infatti, per quanto improduttivo di effetti *ab origine*, non è inesistente: è comunque un "simulacro di contratto" in grado di produrre uno spostamento patrimoniale, seppure precario, o meglio in attesa di essere consolidato.

Il richiamo all'azione di ripetizione contenuto nell'art. 1422 c.c. non può dunque considerarsi come regola eccezionale, insuscettibile di applicazione alle altre ipotesi di caducazione del contratto per vizi originari (annullamento e rescissione). L'argomento utilizzato dalla dottrina per svalutare la portata dell'art. 1422 c.c. può infatti essere utilizzato *a contrario* per dimostrare che il rinvio alla disciplina dell'indebita è dato per presupposto dal legislatore. A ben vedere infatti la norma non si preoccupa di affermare espressamente che le restituzioni conseguenti alla nullità del negozio sono regolate ai sensi degli artt. 2033 c.c., previsione che avrebbe legittimato il dubbio circa l'estensione del rinvio a fattispecie diverse nelle quali esso non è espressamente previsto. Essa si limita a far salvi gli effetti della prescrizione dell'azione di ripetizione, dando per assodato che le restituzioni siano disciplinate secondo la disciplina dell'indebita. Lo scopo della norma sembra quindi essere quello di precisare che anche attraverso un negozio nullo è possibile realizzare uno spostamento patrimoniale suscettibile di consolidarsi con il decorso del tempo. Precisazione

¹¹⁶ SPADAFORA *Profili del'atto solutorio non dovuto*, Milano 1996, pp. 98-99.

¹¹⁷ BARCELLONA *op. cit.* pp.37 e ss. , p. 95.

che in relazione al contratto annullabile o rescindibile, i quali sono dotati di efficacia, seppure precaria, non si rendeva necessario effettuare.

Nell'ambito delle norme relative all'inefficacia sopravvenuta del rapporto contrattuale, il richiamo alla disciplina dell'indebito compare invece solo nell'art. 1463 c.c.. Ciò ha avvalorato la convinzione di coloro che negano una generalizzata applicabilità dell'indebito alle azioni di caducazione contrattuale.¹¹⁸ Si afferma infatti che in questo caso la restituzione ha un fondamento diverso rispetto alle altre ipotesi di risoluzione, perché la sopravvenuta impossibilità della prestazione determina il difetto di causa dell'attribuzione e questo a sua volta fonda la risolubilità del contratto. In realtà nel nostro sistema in cui il contratto è insieme *titulus e modus acquirendi*, non è dato ravvisare questo doppio passaggio, perché la ripetibilità è direttamente collegata alla rimozione del titolo¹¹⁹. Inoltre, anche ammettendo che tale ragionamento sia corretto, non si spiega perché esso dovrebbe valere solo per il caso dell'impossibilità sopravvenuta e non per le altre ipotesi di risoluzione. Anche in questi casi infatti si determina un difetto (sopravvenuto) di causa dell'attribuzione in grado a sua volta di fondare la risolubilità del contratto.

Altra dottrina¹²⁰ ritiene che il richiamo contenuto nell'art. 1463 c.c., si spiega perché nella disciplina della risoluzione per impossibilità sopravvenuta, manca una norma di protezione dei terzi acquirenti, a differenza di quanto accade per le altre ipotesi di risoluzione dove gli artt. 1458 e 1467 c.c. riconoscono all'*accipiens* un pieno potere di disposizione: l'attore in risoluzione in questi casi non può più aggredire il terzo, che ha acquistato *a domino*, ma al massimo può agire per l'equivalente verso la sua controparte. Nell'ambito della risoluzione per impossibilità sopravvenuta, dunque il richiamo espresso alla disciplina dell'indebito colmerebbe questa lacuna, rinviando alla disciplina di cui all'art. 2038 c.c., che prevede un trattamento del terzo acquirente articolato diversamente a seconda della buona o mala fede e della gratuità o onerosità del

¹¹⁸ BARCELLONA *op. cit.* pp. 43 e ss. e 73 e ss.

¹¹⁹ BRUNI *Contributo allo studio dei rapporti tra azione di caducazione contrattuale e ripetizione di indebito* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, p. 221.

¹²⁰ NICOLUSSI *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, Milano 1998, pp. 147 e ss.

suo acquisto. Ciò spiegherebbe anche il perché di un'analogia previsione nell'art. 1422 c.c.: anche lì, infatti, il terzo acquista *a non domino* e dunque il suo acquisto può essere sacrificato. La distinzione tra acquisti *a domino* e *a non domino* giustificerebbe così la diversa disciplina restitutoria, perché mentre i primi sono tendenzialmente inattaccabili, verso i secondi sarebbe ammesso il correttivo dell'azione *ex indebito*.

Un tale interpretazione tuttavia dà per presupposta la circostanza che *l'accipiens* di un contratto risolubile per impossibilità sopravvenuta, non diventi proprietario e dunque il terzo acquisti *a non domino*. Il che è in realtà indimostrato, perché si tratta comunque di una causa sopravvenuta di caducazione del contratto il quale ha già esplicato i suoi effetti traslativi al momento del perfezionamento. La diversa causa della risoluzione non giustifica una diversa efficacia sul piano traslativo.

L'apparente asimmetria che si verifica all'interno della disciplina della risoluzione, si potrebbe spiegare osservando come nella risoluzione per impossibilità non sia previsto espressamente, a differenza che nelle altre due ipotesi di risoluzione, il principio dell'efficacia retroattiva *inter partes*, la quale implicherebbe automaticamente la necessità di procedere alle restituzioni: se il rapporto contrattuale tra le parti viene meno retroattivamente, si può sostenere che tra di esse si instauri *ex lege* un nuovo rapporto volto alla liquidazione e al ripristino dell'equilibrio incrinatosi e costituito dagli obblighi restitutori e dal risarcimento del danno¹²¹. L'impossibilità sopravvenuta è invece solo un modo di estinzione dell'obbligazione che non incide di per sé sulla necessità di restituire la controprestazione già eseguita. Non essendo espressamente prevista la sua efficacia retroattiva era dunque necessario disciplinare in modo espresso gli obblighi restitutori.

In realtà considerare l'obbligo restitutorio come mero corollario della retroattività, è un'idea forse troppo semplicistica, che risente ancora di quella tesi, sostenuta sotto il vigore del codice civile del 1865, secondo cui la

¹²¹ Come in Germania dove il rapporto contrattuale originario sopravvive trasformato però per quanto riguarda le prestazioni originarie.

risoluzione è l'effetto del verificarsi di una condizione risolutiva di inadempimento implicitamente apposta a tutti i contratti sinallagmatici¹²².

Tra l'altro se fosse vero quanto appena detto, sarebbe stato forse più semplice inserire nella disciplina della risoluzione per impossibilità sopravvenuta un rinvio all'art. 1458 c.c. che disciplina l'efficacia retroattiva, così come del resto è stato fatto nell'art. 1467 c.c. Risulta infatti difficile comprendere perché il legislatore abbia adoperato due diversi enunciati nell'art. 1458 e nell'art. 1463 c.c. per indicare sostanzialmente la stessa regola, ovvero la retroattività come varco d'accesso alla disciplina dell'indebito, e perché allora in materia di eccessiva onerosità sopravvenuta venga richiamato solo l'art. 1458 c.c. e non il più esplicito art. 1463 c.c..

Tra l'altro, impostando così il problema, si potrebbe arrivare a sostenere che le restituzioni in materia di risoluzione siano regolate in base a due discipline autonome: la retroattività (artt. 1458-1467 c.c.) sarebbe tecnica restitutoria rispetto alla quale resta irrilevante la buona o mala fede dell'*accipiens* al momento del pagamento, che invece caratterizza l'istituto dell'indebito. Di conseguenza, il difetto di causa del trasferimento non potrebbe che condurre ad uno spostamento patrimoniale uguale e contrario a quello già realizzatosi e non tollererebbe limitazioni agli obblighi restitutori conseguenti ad una valutazione in termini di buona fede della condotta dell'*accipiens*.¹²³ Quest'ultima invece troverebbe spazio in materia di impossibilità sopravvenuta, dove la disciplina dell'indebito è espressamente richiamata. La buona fede avrebbe anzi in questo caso una funzione di riequilibrio della sopportazione del rischio da sopravvenuta impossibilità della prestazione, perché limiterebbe la restituzione del debitore al suo arricchimento (art. 2037, III comma c.c.), evitando così di gravarlo di ambedue le prestazioni dedotte in contratto, cioè quella a cui era tenuto e quella ricevuta che non può più restituire in natura.

¹²² DALMARTELLO *Risoluzione del contratto* in *Novissimo digesto*, XVI, Torino 1969, p. 130 nota 1.

¹²³ D'ADDA, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, in *Rivista di diritto civile* 2001, II, p. 541.

In questo modo però si spezza l'unità del meccanismo risolutorio, e sembra quasi che rinvio alla disciplina dell'indebito e principio di retroattività, come tecniche che legittimano il meccanismo restitutorio, viaggino su binari paralleli, che si escludono a vicenda, quando è invece pacifico che il principio di retroattività informa anche la risoluzione per impossibilità sopravvenuta.

E' dunque prima di tutto da un'analisi generale del sistema che emerge la necessità di non assegnare all'art. 1463 c.c. una valenza eccezionale: non si spiega infatti il motivo per cui andrebbe differenziata la disciplina della risoluzione in base alla sua causa. Essa è un fenomeno unitario con il quale l'ordinamento reagisce ad un vizio funzionale del sinallagma e il richiamo contenuto nell'art. 1463 c.c., va esteso ad ogni ipotesi di *condictio ob causam finitam*.¹²⁴ Sembra quindi che nelle ipotesi di inadempimento ed eccessiva onerosità sopravvenuta il legislatore abbia adoperato una formula ellittica. Del resto l'espressa indicazione di un'irripetibilità delle prestazioni già eseguite per i contratti ad esecuzione continuata o periodica (art. 1458, richiamato dall'art. 1467 c.c.), induce a ritenere *a contrario* che in tutti gli altri casi sia implicito il ricorso all'azione di ripetizione.¹²⁵

Sembra quindi preferibile sposare la tesi¹²⁶ secondo cui il richiamo alla disciplina dell'indebito contenuto negli artt. 1422 e 1463 c.c. non avrebbe natura eccezionale, ma sarebbe espressivo di un principio generale: i rinvii espliciti, infatti sono stati inseriti solo laddove il legislatore ha fatto riferimento espressamente agli obblighi di restituzione, mentre sono rimasti impliciti dove si tace in merito ad essi. Anzi la presenza di questo riferimento in una norma relativa all'invalidità del contratto e in un'altra relativa alla risoluzione sembra dare coerenza e omogeneità al sistema, avvalorando l'idea che in materia contrattuale il richiamo alla disciplina dell'indebito prescinde dal fatto che ci si trovi in presenza di vizi originari o sopravvenuti del contratto.

¹²⁴ ALBANESE *Le obbligazioni restitutorie* in *Le obbligazioni – Fatti e atti fonti di obbligazioni*, in *Trattato* a cura di FRANZONI, vol. III, p. 322

¹²⁵ MOSCATI *Del pagamento dell'indebito*, *op. cit.*, p. 145.

¹²⁶ V. in particolare BRECCIA *La ripetizione dell'indebito*, Milano 1974, pp. 777 e ss.

La disciplina dell'indebito quindi si applica a tutte le restituzioni da caducazione contrattuale, seppure con le difficoltà di coordinamento che si procede ad illustrare.

3. *La condizione psicologica dell'accipiens.*

Il primo profilo della disciplina dell'indebito che presenta elementi di incompatibilità con la caducazione contrattuale, concerne la condizione psicologica dell'*accipiens*.

In materia di indebitto, infatti la condizione psicologica di buona o mala fede di quest'ultimo, condiziona enormemente il *quantum* della restituzione, in particolare con riguardo a frutti e interessi (art. 2033 c.c.) nonché per le ipotesi di alienazione (art. 2038 c.c.) e di perimento/deterioramento della *res* (art. 2037 c.c.).

Occorre dunque chiedersi in cosa consista la buona fede dell'*accipiens* indebiti.

Viene immediatamente alla mente la nozione di buona fede soggettiva di cui all'art. 1147, I comma c.c., consistente nell'“ignoranza di ledere l'altrui diritto”.

Essa nel nostro caso dovrebbe tradursi in incoscienza circa il carattere indebitto della prestazione, che deriva dalla sopravvenuta caducazione del contratto¹²⁷.

Una tale ricostruzione presenta però alcune incongruenze. Infatti l'oggetto della conoscenza dell'*accipiens* non può consistere nel carattere doveroso o meno della prestazione dato che essa, nel momento in cui viene effettuata è effettivamente dovuta proprio in forza del contratto. In questa prospettiva, l'indagine sullo stato psicologico dell'*accipiens* avrebbe ad oggetto non già la conoscenza all'atto della *solutio* della natura indebita della prestazione ricevuta, ma la consapevolezza di un'eventuale, futura *restitutio*¹²⁸. Ciò appare incongruo soprattutto nel caso di risoluzione, dato che al tempo della *solutio* essa non può

¹²⁷ La presunzione di buona fede di cui all'art. 1147 c.c. accolla all'attore l'onere di provare la mala fede del possessore. Per far ciò egli dovrà dimostrare che l'acquisto del possesso non si fondava su circostanze tali da giustificare l'ignoranza di ledere l'altrui diritto e dunque il titolo finisce con l'essere presupposto logico della buona fede. Non sembra possibile configurare un possessore di buona fede che sappia di non avere alcun titolo. (BARASSI *Diritti reali e possesso*, vol. II, *Il possesso*, Milano 1952, pp. 225 e ss.)

¹²⁸ BRECCIA *La buona fede nel pagamento dell'indebito* in *Rivista di diritto civile*, I, 1974, p. 165.

essere prevista e dunque l'*accipiens* dovrebbe considerarsi sempre di buona fede, qualunque sia la causa della sopravvenuta caducazione, dato che ha legittimamente ricevuto una prestazione dovuta in forza del contratto¹²⁹.

Sollewa, apparentemente minori difficoltà l'ipotesi di nullità del titolo, dove il vizio preesiste al pagamento e la consapevolezza di esso comporta consapevolezza della non doverosità della prestazione. Si afferma¹³⁰ infatti che un atto di trasferimento invalido non può mai fondare nella controparte un possesso di buona fede perché è implicito nella disciplina dell'invalidità il carattere inescusabile dell'eventuale ignoranza che le parti possono avere dei motivi di nullità. Di conseguenza il titolo invalido non può essere considerato come *iusta causa possessionis* perché l'*accipiens* non può ignorare senza colpa la causa di nullità del trasferimento.

In realtà però non sembra possibile equiparare *tout court* la buona fede colpevole alla mala fede: lo stesso art. 1147 c.c., infatti, al II comma priva di rilievo la buona fede solo quando l'ignoranza di ledere l'altrui diritto dipende da colpa grave, ma tale non può considerarsi automaticamente l'ignoranza dei vizi del negozio. Tra l'altro, i vizi che determinano la nullità del contratto non necessariamente presuppongono la consapevolezza degli stessi da parte dei contraenti: entrambi, potrebbero essere in buona fede rispetto, ad esempio, alla mancata osservanza di un onere di forma *ad substantiam*.

Rimane incerta poi la rilevanza del dubbio dell'*accipiens*. Infatti se si parte dall'assunto che la buona fede deve essere immune da vizi, è da considerarsi in mala fede il soggetto che versando in dubbio sul suo diritto di ricevere la prestazione non si sia poi curato di verificare la situazione. Ciò anche perché il dubbio è una situazione per sua natura transitoria che non può protrarsi nel tempo senza trasformarsi in mala fede. Al contrario se si ritiene che buona fede e colpa (lieve) siano compatibili, il dubbio non ha alcuna incidenza sulla buona fede¹³¹.

¹²⁹ D'ADDA *op. cit.* p. 548.

¹³⁰ BARCELLONA *op. cit.* pp. 30 e ss.

¹³¹ MOSCATI *Tutela della buona fede e mala fede sopravveniente nella disciplina dell'indebito in Rivista di diritto commerciale*, I, 1983, pp. 206-207.

Diversamente si potrebbe ragionare per l'annullabilità e la rescindibilità del contratto¹³² dove la consapevolezza del vizio può darsi per implicita e dunque è effettivamente individuabile un contraente di mala fede. E tuttavia anche una tale ricostruzione non appare del tutto convincente perché l'art. 2033 c.c. richiamando la buona e mala fede dell'*accipiens*, intende riferirsi esclusivamente a chi riceve la prestazione sapendo che essa non gli è dovuta ed è quindi cosciente che i frutti percepiti dal tempo dell'esecuzione non gli spettano. È invece diversa la condizione di chi con dolo o approfittamento dello stato di bisogno induce la controparte alla conclusione di un contratto, perché esso una volta concluso è efficace, seppure in modo precario, e dunque la prestazione ricevuta in forza di quel contratto non è indebita finché esso non viene caducato, eventualità che potrebbe anche non verificarsi mai se il contraente legittimato all'impugnativa, per qualsiasi motivo, decidesse di non esperirla.

Se si sostiene che lo stato psicologico dell'*accipiens* possa costituire oggetto di valutazione solo se è a lui imputabile il fatto che ha successivamente caducato il negozio, si rischia di appiattare il giudizio sulla buona o mala fede dell'*accipiens* sul giudizio circa l'imputabilità all'*accipiens* del fatto che dà luogo alla caducazione del contratto. Non bisogna invece dimenticare che mala fede e colpa contrattuale stanno su piani distinti: l'una è una condizione soggettiva, l'altra allude a uno standard oggettivo di comportamento. La valutazione dello stato intellettuale di un soggetto è cosa radicalmente diversa dalla verifica dell'imputabilità al medesimo di un fatto. La prima indagine ha ad oggetto la rappresentazione della realtà da parte dell'*accipiens* e riguarda un elemento prettamente gnoseologico; la seconda attiene alla formulazione di un giudizio di responsabilità. L'obbligo restitutorio trova la sua fonte nella caducazione del contratto a prescindere dalla sua causa e dall'imputabilità all'*accipiens* della medesima, a differenza invece dell'obbligo risarcitorio¹³³.

Anche a voler considerare in mala fede l'*accipiens* che conosce il carattere astrattamente risolubile del rapporto (ad esempio l'inadempiente che riceve

¹³² NICOLUSSI *op. cit.* pp. 138-139.

¹³³ D'ADDA, *op. cit.* p. 546.

l'adempimento il quale non può non conoscere il carattere astrattamente risolubile del rapporto), bisogna coerentemente ammettere che anche la parte non inadempiente, nel momento in cui riceve l'adempimento, non può mai del tutto escludere una possibile risolubilità del contratto. Per questo motivo, al contraente che pur conoscendo l'astratta risolubilità del rapporto coopera all'adempimento del debitore, non può imputarsi la violazione di una regola di condotta. E del resto l'inadempimento è un fatto successivo e dunque, se può caducare il contratto con efficacia retroattiva, non può però rendere retroattivamente in mala fede l'*accipiens*.¹³⁴

Il problema è dunque di individuare in cosa consista “la lesione dell'altrui diritto” che se ignorata pone l'agente in uno *status* di buona fede. Ciò ha tentato di fare una dottrina¹³⁵, sulla quale ci si soffermerà diffusamente più avanti, che ha identificato la buona fede non nell'ignoranza circa il carattere indebito della prestazione ricevuta, bensì circa il sorgere dell'obbligo di restituzione. E' vero che in questo modo si deroga al disposto dell'art. 1147, III comma c.c., per il quale basta che la buona fede “vi sia stata al tempo dell'acquisto”: infatti si dà rilievo a un momento successivo all'*acceptio*, ovvero al sorgere dell'obbligo di restituzione. Tuttavia si è osservato che l'art. 2040 c.c., che chiude il Titolo VII dedicato all'indebito, pur utilizzando espressamente il termine “possessore”, contiene un rinvio soltanto parziale alla disciplina del possesso. Ad esempio non è espressamente richiamato l'art. 1148 c.c. che disciplina l'acquisto dei frutti da parte del possessore, e anzi gli artt. 2033 e 2036 c.c., ne riproducono il contenuto solo parzialmente. Il primo, inoltre, fa specifico riferimento alla domanda giudiziale e non come gli altri due, genericamente a una domanda del *solvens*, e si osserva che l'art. 2033 a differenza dell'art. 1148 c.c. non accenna alla restituzione dei frutti *percipiendi*¹³⁶.

¹³⁴ LIBERTINI voce *Interessi* in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano 1962, p. 115

¹³⁵ CASTRONOVO *La risoluzione del contratto nella prospettiva del diritto italiano in Europa e diritto privato*, 1999, p. 810.

¹³⁶ Quest'ultima, ignota al diritto romano classico e propria invece della codificazione giustiniana¹³⁶, è stata introdotta nel codice civile del 1942 sull'esempio del codice germanico. In materia di indebito il legislatore è rimasto legato alla lunga tradizione che esonera l'*accipiens* dalla responsabilità per i frutti *percipiendi*. Anche il richiamo dell'art. 1152 c.c. nella disciplina dell'indebito dimostra che l'*acceptio* di buona fede quando la *solutio* ha per oggetto una cosa di specie, è considerato come un caso particolare di possesso di buona fede ex art. 1148 c.c. e dunque l'acquisto dei frutti è considerato effetto del possesso. Alla stessa conclusione invece non si può

Ma soprattutto non è richiamato l'art. 1147 c.c.. Anzi l'art. 2038 c.c. deroga all'art. 1147, III comma c.c. dando espressamente rilievo alla mala fede sopravvenuta: infatti, ai sensi dell'art. 2038 c.c., non basta la buona fede iniziale, ma è necessaria la sua persistenza fino al momento dell'alienazione della cosa. Il principio *mala fides superveniens non nocet* sembra invece trovare applicazione nell'art. 2037 c.c. dove si fa riferimento solo alla buona fede o mala fede iniziali, al momento in cui la prestazione è ricevuta. Ma a ben vedere sembra che la formulazione dell'art. 2037 c.c. sia da considerarsi ellittica, anche perché nei lavori preparatori al codice civile non emerge nessuna motivazione che giustifichi la diversità di formulazione degli artt. 2037-2038 c.c.. E del resto, l'alienazione fatta dopo che l'*accipiens* è venuto a conoscenza dell'obbligo di restituzione equivale ad atto di disposizione del diritto altrui o comunque indebita ingerenza nella sfera del *solvens*, allo stesso modo del perimento o deterioramento del bene¹³⁷.

Ciò dimostra come il legislatore del '42 abbia pensato all'indebitito come a una disciplina neutra, per la quale è irrilevante la qualificazione della situazione giuridica in cui versa l'*accipiens*. Come già visto nel capitolo I, non sempre l'*accipiens indebiti* è un possessore in senso tecnico, poiché può anche essere un semplice detentore. Nell'art. 2040 c.c. il rinvio alla disciplina del possesso non può fungere da generale modello di disciplina.

Se non si ritiene automaticamente applicabile in materia di indebitito la disciplina del possesso, non crea difficoltà la circostanza che l'art. 2038 c.c. deroghi all'art. 1147, III comma; così come dovrà ritenersi inapplicabile all'indebitito il disposto dell'art. 1147, II comma c.c., che equipara la colpa grava

pervenire se oggetto del pagamento non dovuto è una somma di denaro, perché la spettanza degli interessi all'*accipiens* di buona fede non si qualifica come effetto del possesso. Infatti sebbene l'art. 2033 c.c. lasci trasparire una regola unitaria che esclude la responsabilità dell'*accipiens* sia per i frutti sia per gli interessi, in realtà le due vicende hanno avuto un autonomo sviluppo storico visto che nel diritto romano l'*accipiens* di buona fede era tenuto a restituire i frutti percepiti mentre per gli interessi valeva la regola opposta. A questa impostazione aveva reagito la dottrina francese¹³⁶ (DOMAT *Le leggi civili disposte nel loro naturale ordine*, Parigi 1926, libro II, titolo VII, sez. III n. 1), rivendicando la palese ingiustizia derivante dal diseguale trattamento di frutti e interessi.¹³⁶ (ARANGIO-RUIZ *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1957, p. 218 - BENATTI *Possesso di buona fede e acquisto dei frutti in Rivista di diritto commerciale*, II, 1958, pp. 330-331.)

¹³⁷ MOSCATI *Tutela della buona fede e mala fede*, op. cit., pp. 209 e ss.

alla mala fede. Conseguentemente, in mancanza di un'espressa indicazione normativa di segno contrario, le norme di favore previste per l'*accipiens indebiti* di buona fede dovranno ritenersi operanti anche in presenza della grave negligenza di tale soggetto. Ciò non appare incongruo se si considera che il comportamento dell'*accipiens indebiti* concorre con il comportamento del *solvens*, il quale esegue un pagamento non dovuto concorrendo nel fatto a lui pregiudizievole. Questo sembra giustificare il minore rigore con cui viene valutata la condotta del percipiente¹³⁸.

In realtà, la circostanza che il rinvio espresso alla disciplina del possesso sia soltanto parziale, può spiegarsi osservando che l'art. 2040 c.c. disciplina esclusivamente il rimborso di spese e miglioramenti: esso dunque rinvia solo a quelle norme in materia di possesso che regolano tale fenomeno. Da ciò non può dedursi una presunta impossibilità di rinvio ad altre norme, se compatibili con la disciplina dell'indebitito. L'incompatibilità ad esempio emerge, come già visto, tra l'art. 2038 c.c. e il II e III comma dell'art. 1147 c.c. Non appare invece incompatibile il disposto di cui all'art. 1147, I comma c.c., che definendo la nozione di buona fede in senso soggettivo, sembra avere un ambito di applicazione generale.

Se dunque la nozione di buona fede in materia di indebitito si ricava dall'art. 1147, I comma, in materia di restituzioni contrattuali tale nozione deve essere riempita del giusto significato: l'altrui diritto che viene leso non consisterà in questo caso nel carattere indebitito della prestazione che, come visto, tale non è al momento in cui viene percepita, ma coinciderà con la conoscenza dell'obbligo restitutorio. E pur vero che ciò forza in parte il dato normativo, perché l'art. 2038 c.c. sembra distinguere la buona o mala fede dalla coscienza o incoscienza dell'obbligo restituzione. Il I comma infatti recita: "chi avendo ricevuto la cosa in buona fede l'ha alienata prima di conoscere l'obbligo di restituirla"; allo stesso modo il II comma dispone "chi ha alienato la cosa ricevuta in mala fede, o dopo aver conosciuto l'obbligo di restituirla". In entrambi i casi le due nozioni sono tenute distinte. Ma applicando tale norma

¹³⁸ BRUNI *Contributo allo studio dei rapporti tra azione di caducazione contrattuale e ripetizione dell'indebitito* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, pp. 183 e ss.

in materia di contratti, poiché non rileva lo stato psicologico delle parti al momento del ricevimento della prestazione, dato che entrambe stanno esercitando un loro diritto, la prima parte di ciascuno dei sopra citati periodi non troverà applicazione, residuando l'efficacia della seconda.

Il problema a questo punto è quello di individuare quando possa dirsi maturata tale consapevolezza dell'obbligo restitutorio. Si può sostenere che per la parte inadempiente essa coincida con l'inadempimento, mentre per la parte fedele con la proposizione della domanda. Prima del verificarsi di una di queste due situazioni, invece, entrambe le parti sarebbero equiparate all'*accipiens* di buona fede.¹³⁹

Una tale soluzione, pensata in origine con riguardo alla risoluzione per inadempimento può essere astrattamente applicata anche alle altre azioni di impugnativa contrattuale, identificando il contraente che è a conoscenza dell'obbligo di restituzione con l'artefice del dolo o della violenza nel contratto annullabile o con colui che ha approfittato dello stato di pericolo o di bisogno nel contratto rescindibile¹⁴⁰ e al limite anche con colui che fosse a conoscenza con una causa di nullità del contratto. In questo modo però il piano delle restituzioni sconfinava sul piano della responsabilità precontrattuale: la consapevolezza della causa di invalidità del contratto può far scattare il risarcimento del danno per l'interesse negativo ma non influenzare il *quantum* della restituzione. Per questo sembra forse più coerente identificare la conoscenza dell'obbligo di restituzione, per entrambe le parti con la proposizione della domanda giudiziale di caducazione, se non addirittura con la relativa pronuncia giudiziale¹⁴¹.

4. Restituzione degli elementi accessori: frutti, interessi, addizioni, miglioramenti.

¹³⁹ In senso contrario LUMINOSO *Obbligazioni restitutorie e risarcimento del danno nella risoluzione per inadempimento*, in *Giur. comm.* 1990, I pp. 28 e ss., che differenzia tra la fase che precede e quella che segue la domanda di risoluzione, ipotizzando per la prima la restituzione del valore di godimento e per la seconda l'applicazione della disciplina dei frutti. Secondo CASTRONOVO, *op. cit.*, invece, la scriminante non può essere la domanda di risoluzione ma i presupposti di essa, e dalla conoscenza del loro verificarsi deriva la buona o mala fede dell'*accipiens*.

¹⁴⁰ LEONE *Impugnativa negoziali, tutela restitutoria e indebito oggettivo*, nota a Cass. 6891/2009 in *I contratti* n. 11/2009 p. 1006.

¹⁴¹ BARCELLONA *op. cit.*, pp. 30 e ss.

Uno degli aspetti più problematici del dibattito circa l'applicabilità della disciplina dell'indebitto alla materia contrattuale, riguarda l'individuazione del momento a decorrere dal quale sono dovuti i frutti e gli interessi sulla prestazione oggetto di restituzione.

Sotto il vigore del codice previgente, l'art. 1147 prevedeva l'obbligo di corresponsione dei frutti esclusivamente a carico dell'*accipiens* di mala fede, con norma analoga a quella prevista in materia di possesso dall'art. 703. Si sosteneva inoltre che non valesse in materia di indebitto il principio *mala fides superveniens non nocet* e dunque l'*accipiens* inizialmente di buona fede era dispensato dall'obbligo di restituire i frutti conseguiti mentre era in buona fede, ma non dalla restituzione dei frutti conseguiti dopo essere divenuto in mala fede. Il suo trattamento era comunque migliore rispetto all'*accipiens* che fosse stato fin dall'inizio in mala fede, perché quest'ultimo era tenuto a restituire tutti i frutti di cui era stato privato il *solvens* dal momento della percezione dell'indebitto e quindi anche quelli *percipiendi*; invece nel caso di mala fede sopravvenuta, occorreva restituire solo i frutti percepiti o il loro equivalente pecuniario. E ancora, mentre l'*accipiens* in mala fede fin dall'origine era responsabile del perimento che non si sarebbe prodotto senza il pagamento indebitto, l'*accipiens* che incorreva in mala fede sopravvenuta non ne rispondeva.¹⁴²

Sempre sotto il vigore del codice previgente, con riferimento agli interessi, la dottrina¹⁴³ sosteneva che quelli dovuti dall'*accipiens sciens indebiti* al *solvens* non fossero da qualificare moratori in quanto non equiparabili al risarcimento del danno sorgente dal non tempestivo adempimento dell'obbligo restitutorio. Essi risarcivano piuttosto il danno derivante dalla perdita della cosa fruttifera. E del resto considerando come moratori gli interessi dovuto dall'*accipiens sciens indebiti*, questi sarebbe stato equiparato al *fur*. Infatti la *condictio* furtiva non garantiva di per sé l'integrale risarcimento del danno ma solo la restituzione della cosa, e proprio considerando il *fur* come automaticamente in mora

¹⁴² ANDREOLI *La ripetizione dell'indebitto*, Padova 1940, p. 188.

¹⁴³ ANDREOLI *op. cit.*, pp. 204 e ss.

nell'adempimento dell'obbligazione di restituzione si riusciva a riconoscere al lesa il risarcimento della perdita *utilitas temporis*.

Nell'attuale ordinamento la disciplina dell'indebito (art.2033 c.c.) individua il momento a partire dal quale sono dovuti i frutti e gli interessi nel giorno del pagamento o nel giorno della domanda, a seconda dello stato psicologico di mala o buona fede dell'*accipiens*. La disposizione relativa all'*accipiens* di mala fede riproduce la regola di cui all'art. 1282, I comma c.c. in materia di interessi nelle obbligazioni pecuniarie: il credito del *solvens* infatti si presenta liquido ed esigibile dal giorno stesso del pagamento dell'indebito e gli interessi decorrono da quella data¹⁴⁴. Diversamente accade per l'*accipiens* di buona fede, per il quale il *dies a quo* coincide con la domanda, che viene normalmente intesa come domanda giudiziale, anche se una parte della dottrina¹⁴⁵ tende a identificarla con qualsiasi richiesta o meglio con l'intimazione stragiudiziale di messa in mora (art. 1219 c.c.). Una parte della giurisprudenza¹⁴⁶ però osserva che se in materia di indebito fosse possibile la messa in mora con qualsiasi richiesta, anche stragiudiziale, il debitore si troverebbe nella duplice veste di *accipiens* di buona fede per quanto riguarda l'obbligo restitutorio, dato che non può essere considerato in mala fede prima della domanda giudiziale, e di debitore moroso per quanto riguarda il risarcimento del danno. Pertanto è più logico far coincidere momento della mora e momento della debenza degli interessi ex art. 2033 c.c. con decorrenza dalla domanda giudiziale. Ciò, nonostante il fatto che l'art. 2033 c.c. facendo generico riferimento a una "domanda" sembri dimostrare che l'alleggerimento del *quantum* di restituzione di frutti e interessi in relazione allo stato psicologico dell'*accipiens* non ha ragion d'essere nel momento in cui l'*accipiens* si è reso conto che la prestazione non gli è dovuta, a nulla rilevando lo strumento giuridico attraverso il quale ha raggiunto tale consapevolezza.

Sembra che il legislatore con l'art. 2033 c.c. abbia voluto proteggere colui che utilizza denaro altrui nella convinzione incolpevole di poterne giuridicamente

¹⁴⁴ MOSCATI *Tutela della buona fede e mala fede op. cit.* p. 201

¹⁴⁵ GIORGIANNI *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano 1975, pp.151 e ss.; ALBANESE *Le obbligazioni, op. cit.* pp. 328 e ss.

¹⁴⁶ Cass. 11969/1992 in *MGC*, 1992, p. 11.

disporre. La disciplina dell'indebito, dando rilievo alla condizione psicologica dell'*accipiens* risulta nell'insieme ispirata a valutazioni diverse rispetto a quelle che animano l'art. 1282 c.c. e dunque si atteggia come eccezione a tale norma¹⁴⁷. Ciò salvo voler considerare la discrasia che si registra tra l'art. 1282 c.c. e l'art. 2033 c.c. circa l'*acceptio* di buona fede come un mero difetto di coordinamento occorso in sede di riunificazione del codice civile e del codice del commercio.

La disciplina di cui all'art. 2033 c.c. in materia di frutti e interessi, così come ricostruita appare di difficile applicazione alle restituzioni contrattuali, per le quali vige il principio di retroattività e appare difficile inquadrare gli stati psicologici.

La retroattività comporta per il contraente legittimato ad agire per la caducazione, il diritto di sostituire all'assetto quantitativo e qualitativo del patrimonio programmato in contratto, il diverso assetto patrimoniale che egli avrebbe avuto se il contratto non fosse mai stato concluso. In questo senso non appare incongruo che l'*accipiens* sia tenuto a restituire i frutti che avrebbe potuto percepire con l'ordinaria diligenza. Se ciò è vero però, al fine di non divaricare la dialettica rischi-profitti, sul *solvens* dovrebbero gravare i rischi della gestione del bene effettuata con diligenza dall'*accipiens*. Inoltre l'*accipiens* tenuto alla restituzione avrebbe diritto a un rimborso per le spese di produzione e raccolta dei frutti e sarebbe esonerato dall'obbligo di corrispondere il valore della *res* che non può restituire in natura perché perita per caso fortuito.

Tutto ciò vale però solo se si parte dal presupposto indimostrato per cui il contraente fedele, in mancanza della stipula del contratto, sarebbe rimasto nel godimento del bene, senza impegnarsi con terzi in un'operazione identica.

E d'altra parte, una tale impostazione tende a disincentivare la condotta del contraente che in quanto titolare di una posizione giuridica non ancora consolidata, perché a rischio di caducazione insieme al contratto, intraprende iniziative migliorative su un bene che potrebbe poi essere obbligato a restituire. Se è vero infatti che in un sistema fondato sul principio di proprietà, è da scoraggiare la condotta di chi aspiri a incrementare il suo patrimonio attraverso

¹⁴⁷ LIBERTINI voce *Interessi*, *op. cit.*, p. 114.

l'utilizzazione di un bene altrui, è altrettanto vero però che risulta molto diversa la posizione del contraente di un contratto eventualmente caducabile.¹⁴⁸

Occorre quindi dare un senso alla retroattività della caducazione contrattuale che sia compatibile con l'assetto di interessi dei contraenti per come legittimamente maturato nella fase di costanza del rapporto. Il problema è stato studiato in dottrina soprattutto con riferimento alla risoluzione, ma le conclusioni a cui si perviene sono applicabili anche alle altre ipotesi in cui il contratto viene meno retroattivamente.

La cosiddetta¹⁴⁹ “dottrina della retroattività in senso debole”¹⁵⁰ ritenendo che vada comunque applicata alle restituzioni la disciplina dell'indebito, afferma che l'*accipiens* di mala fede debba essere identificato con il contraente inadempiente. Le obbligazioni restitutorie nascenti dalla risoluzione per inadempimento sarebbero dunque disciplinate dal combinato disposto degli artt. 1458, I comma e 2033 c.c.: la prima esprimendo il principio di retroattività renderebbe le prestazioni già *ab initio* prive di causa, dando ingresso alla seconda. I frutti e gli interessi andranno quindi restituiti dal giorno del pagamento se l'*accipiens* è in mala fede, altrimenti spetteranno solo dal giorno della domanda (art. 2033 c.c.)¹⁵¹.

In questo modo però si ritorna al problema affrontato nel paragrafo precedente, perché occorre individuare in cosa consista lo stato psicologico di buona o mala fede, tenendo presente che l'inadempimento è un comportamento, non equiparabile di per sé a uno stato soggettivo se non in forza di una finzione, e considerando che la prestazione è contrattualmente dovuta e dunque chi la riceve non fa altro che esercitare i diritti che gli spettano in base al contratto.

¹⁴⁸ BELFIORE *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie* in *Scritti in onore di G. AULETTA*, Milano 1988, pp. 390 e ss.

¹⁴⁹ La classificazione e la denominazione delle teorie a cui si fa riferimento nel testo sono opera di BELFIORE *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, op. cit., 1988, pp. 245 e ss.

¹⁵⁰ MOSCATI *Del pagamento dell'indebito*, op. cit., pp.145 e ss. BRECCIA *La ripetizione dell'indebito*, op. cit. p. 267.

¹⁵¹ Cass. 10002/1991 in *MGC*, 1991, fasc. 9. Cass. 1190/1963 in *Giurisprudenza italiana*, I, 1964, 812 e ss.

Inoltre, il contraente fedele otterrebbe un arricchimento ingiustificato, venendosi a trovare in una situazione più favorevole di quella in cui si sarebbe trovato con la corretta esecuzione del contratto: egli infatti trattiene i frutti della prestazione ricevuta fino alla data della domanda ma esige quelli della prestazione eseguita sin dal momento del pagamento, cumulando una voce di danno positivo (il valore di godimento della prestazione ricevuta), e una voce di danno negativo, (i frutti perduti per avere eseguito la prestazione a suo carico). In questo modo, si trasferiscono nel regime delle restituzioni finalità risarcitorie che sono ad esso estranee dato che la restituzione è volta a neutralizzare gli spostamenti patrimoniali realizzati in esecuzione del contratto e dunque il loro regime deve risultare uniforme per entrambi i contraenti, senza che rilevi chi ha causato la risoluzione¹⁵². Un correttivo a tale inconveniente è stato individuato applicando il principio di cui all'art. 1499 c.c. che nel dettare la disciplina degli interessi compensativi fa intendere come lo stesso contraente non possa godere per lo stesso periodo di tempo dei frutti di entrambe le prestazioni. E dunque nel caso in cui ambedue i contraenti abbiano goduto della prestazione pattuita, entrambe le obbligazioni restitutorie dovrebbero avere la stessa decorrenza¹⁵³.

Una variante di questa dottrina ¹⁵⁴, come si accennava alla fine del precedente paragrafo sostiene che il criterio della buona o mala fede, e dunque il *quantum* della restituzione di frutti e interessi, vada reinterpretato alla luce dell'art. 2038 c.c. e dunque come conoscenza o mancata conoscenza della causa di risolubilità del rapporto e del conseguente obbligo di restituzione. Una tale impostazione ha il pregio, rispetto alla precedente, di presentare un carattere dinamico che meglio si adatta alla fisionomia del rimedio risolutorio, il quale interviene in presenza di circostanze sopravvenute alla stipula.

¹⁵² LUMINOSO *Della risoluzione per inadempimento in Commentario del codice civile SCIALOJA – BRANCA*, artt. 1453-1454, tomo I, 1, pp. 409-410. LUMINOSO *Obbligazioni restitutorie e risarcimento del danno nella risoluzione per inadempimento*, in *Giur. Comm.* 1990, I, pp. 35 e 36.

¹⁵³ BELFIORE *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, op. cit., pp. 250-251.

¹⁵⁴ CASTRONOVO *La risoluzione del contratto nella prospettiva del diritto italiano*, in *Europa e diritto privato*, 1999, p. 803 e ss..

Analoghi criteri possono essere applicati anche in materia di addizioni e miglioramenti.

Infatti, se il contratto viene meno retroattivamente, le opere costruite dall'acquirente sul suolo di cui l'alienante riacquista la proprietà si considerano effettuate su fondo altrui, e dunque opera il principio di accessione. In questo caso, ai sensi dell'art. 936 c.c., il proprietario del fondo può scegliere se obbligare controparte a rimuoverle a spese sue o trattenerle corrispondendo però all'acquirente la minor somma tra le spese da lui sostenute e l'aumento di valore del fondo. Tuttavia non potrà essere chiesta la rimozione dell'opera quando chi l'ha compiuta era in buona fede, nonché quando sono trascorsi sei mesi dal giorno in cui il proprietario del fondo ha avuto notizia dell'incorporazione. Anche in questa ipotesi, dunque assume rilevanza decisiva la condizione psicologica dell'*accipiens* e dunque se si aderisce all'orientamento per cui la mala fede si identifica con la conoscenza dell'obbligo di provvedere alla restituzione, questi potrà essere obbligato alla rimozione dell'opera laddove l'abbia costruita in un momento in cui aveva già questa consapevolezza.

Per quanto concerne le spese e i miglioramenti effettuati dall'*accipiens* soccorre la disciplina del possesso, richiamata in materia di indebito dall'art. 2040, e in particolare occorre far riferimento all'art. 1150 c.c. Questa norma obbliga il *solvens* a rimborsare all'*accipiens* le spese fatte per le riparazioni straordinarie e a conferirgli un'indennità per i miglioramenti. Anche in questo caso rileva lo stato soggettivo dell'*accipiens* poiché se questi è in buona fede l'indennità sarà pari all'aumento di valore della cosa, se è in mala fede alla minor somma tra l'importo della spesa e l'aumento di valore¹⁵⁵.

La dottrina della "retroattività in senso debole" deduce automaticamente dall'enunciato sulla retroattività della risoluzione la volontà del legislatore di dare ingresso alla disciplina dell'indebito. Ha il limite però di trascurare che i problemi relativi alla restituzione hanno connotati diversi a seconda che attengano alla fase di costanza del rapporto o a quella successiva alla risoluzione. È infatti problematica l'applicabilità dell'indebito alla fase di

¹⁵⁵ ROPPO *Trattato del contratto- I rimedi*, tomo II, Milano 2006 p. 390.

costanza del rapporto, dove la *perceptio* non si configura come un atto *contra ius* e lesivo della proprietà perché l'*accipiens* esercita dei diritti che gli spettano contrattualmente. La disciplina dell'indebitito viene invece più facilmente in gioco nella seconda fase, disciplinando le vicende successive al momento in cui sorge il diritto del *solvens* alla ripetizione. Infatti, venuto meno il contratto e tornata la proprietà dei beni al *solvens* la *perceptio* si configura come appropriazione non più giustificata dei frutti di cosa altrui.. Durante la pendenza del giudizio, astrattamente dovrebbe applicarsi il regime proprio della fase di costanza del rapporto. Tuttavia, argomentando anche dall'art. 1453, II comma c.c., sembra che la domanda di risoluzione segni il definitivo arresto nell'attuazione del rapporto contrattuale e dunque il momento dal quale decorre l'obbligazione restitutoria, anche in base al principio per cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore (principio di retroattività del giudicato).

Altra parte della dottrina¹⁵⁶, cosiddetta “della retroattività in senso forte”, sostiene invece che la regola di retroattività avrebbe la forza di autonomamente imporre gli obblighi restitutori di frutti e interessi a far data dal momento in cui è stato effettuato il pagamento, e ciò a prescindere dallo stato soggettivo dell'*accipiens*, perché questi sarebbe considerato in mora fin dal momento in cui ha ricevuto la prestazione da restituire. Sebbene infatti lo scioglimento del contratto renda prive di causa le attribuzioni rese, la loro restituzione va regolata secondo le regole specifiche della risoluzione che prevalgono rispetto a quelle generali dell'indebitito, soprattutto nelle ipotesi di risoluzione per inadempimento e per eccessiva onerosità sopravvenuta, dove non vi è a differenza che nell'art. 1463 c.c. in materia di impossibilità sopravvenuta, un espresso richiamo alla disciplina di cui agli artt. 2033 e ss.

¹⁵⁶ D'ADDA *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, op. cit., pp. 559 e ss. ENRIETTI *Della risoluzione del contratto in Codice Civile. Libro delle obbligazioni*, I, in *Comm.* D'Amelio-Finzi, Firenze 1948, pp.835-837. BORRIONE *La risoluzione per inadempimento*, Padova 2004, p. 196. In giurisprudenza v. Tribunale di Milano 4 gennaio 1999, in *Responsabilità civile e previdenza* 1999, pp. 1349 e ss.

Tra queste regole specifiche vi è quella della retroattività (art. 1458 c.c.) che riguarda entrambi i contraenti ed è aliena da qualsiasi intento sanzionatorio.

I frutti e gli interessi andrebbero calcolati dunque per entrambi i contraenti a far data dal pagamento, senza tener conto di quanto previsto dall'art. 2033 c.c..

La giurisprudenza sembra però assumere delle posizioni oscillanti circa la natura di tali interessi. Secondo Cass. SU 12942/1992, essi avrebbero natura compensativa. In altre pronunce¹⁵⁷, invece, si è sostenuto che gli interessi hanno natura moratoria e decorrono non dal pagamento bensì dalla costituzione in mora che, nel nostro caso, coinciderebbe con la domanda di ripetizione. Una giurisprudenza di merito¹⁵⁸ afferma invece che gli interessi hanno natura compensativa se gravano sulla parte adempiente e natura moratoria se gravano sull'inadempiente. Da ultimo Cass. 6891/2009, in materia di rescissione, ha affermato che gli interessi devono conteggiarsi non dalla domanda giudiziale, ma dalla *solutio*, “disapplicando” la disciplina dell'indebito. Non ha tenuto conto però che, nel caso specifico della rescissione per lesione, ciò rischia di danneggiare lo stesso contraente che l'ha richiesta. Questo dimostra come le soluzioni adottate dalla giurisprudenza in materia siano spesso frammentarie e modellate sul caso di specie più che ispirate a principi uniformi. La Suprema Corte non esita ed estendere la disciplina dell'indebito alle restituzioni contrattuali, spesso trascurando i profili di attrito tra le due discipline; ma non appena il caso di specie evidenzia delle difficoltà di coordinamento, le norme in materia di indebito vengono “disapplicate” e considerate non compatibili con la materia in oggetto¹⁵⁹.

Secondo la tesi della retroattività in senso forte, nel gioco delle restituzioni devono essere coinvolte tutte le situazioni giuridiche che sono state oggetto di scambio, indipendentemente dal fatto che l'*accipiens* sia l'inadempiente o il contraente fedele, e indipendentemente dal suo *status* di buona o mala fede. E l'irrilevanza dello *status* soggettivo deriva dalla circostanza che detto obbligo non deriva dalla violazione di un principio proprietario, bensì dall'alterazione

¹⁵⁷ Cass. 18518/2004 in *Massimario giurisprudenza italiana*, 2004.

¹⁵⁸ Tribunale di Milano, sez. IV civile, 6 ottobre 1998 in *Rivista di diritto civile* 2001, II, pp. 529 e ss. con nota di D'ADDA.

¹⁵⁹ LEONE *Impugnativa negoziali op. cit.*, pp. 1007-1008.

dell'equivalenza delle prestazioni fissate in contratto. In questo senso si orienta anche una parte della giurisprudenza (tra le tante Cass. 4465/1995), la quale afferma che la rigorosa applicazione del principio di retroattività del fatto risolutivo rende prive di giustificazione le prestazioni eseguite e i frutti incamerati con effetti recuperatori *ex tunc*, a prescindere dall'inadempienza delle parti.

Al contrario, una dottrina¹⁶⁰ sostiene che l'obbligo di restituire l'intera attribuzione patrimoniale, e quindi sia il valore capitale sia il valore d'uso del bene goduto ovvero i frutti e gli interessi frattanto maturati con decorrenza dal giorno del pagamento, potrebbe trovare spiegazione non nella circostanza che la prestazione di cui si è goduto fosse sin dall'inizio priva di causa, ma in ragioni diverse quali ad esempio l'esigenza di sanzionare adeguatamente la violazione della *lex contractus* da parte dell'inadempiente. La distinzione tra fase di costanza del rapporto contrattuale e fase successiva alla pronuncia di caducazione rileverebbe così solo sotto il profilo del risarcimento del danno conseguente al ritardo nella restituzione, e dunque solo da quel momento saranno dovuti gli interessi moratori sul ritardo, la rivalutazione, il versamento dei frutti percipiendi.¹⁶¹

In ogni caso, sposando una tale ricostruzione, si dà piena realizzazione all'efficacia retroattiva della risoluzione e gli effetti del contratto vengono completamente neutralizzati in maniera uniforme per entrambi i contraenti, rimettendoli nella situazione in cui si sarebbero trovati se il contratto non fosse stato concluso e dunque ristabilendo l'equilibrio economico anteriore al sinallagma.

Presupposto di questa impostazione è però, come visto che la disciplina in materia di indebito, la quale accorda invece rilevanza allo stato soggettivo dell'*accipiens*, sia "disapplicata" a favore della regola di retroattività di cui all'art. 1458 c.c., che in quanto norma speciale è destinata a prevalere¹⁶².

Tuttavia la dottrina della retroattività in senso forte sembra trascurare l'espresso rinvio alla disciplina dell'indebito contenuto nell'art. 1463 c.c., che

¹⁶⁰ BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento op. cit.* pp. 256 e ss. e pp. 264 e ss.

¹⁶¹ D'ADDA *op. cit.* p. 559

¹⁶² ROPPO *Trattato, op. cit.* p. 385

non consente di elidere la rilevanza dell'elemento psicologico dell'*accipiens*. Si dubita che l'art. 1458 c.c. applicato da solo quale norma speciale sia in grado di disciplinare l'intero campo dei problemi attinenti alla fase di costanza del rapporto successivamente risolto.

La dottrina della retroattività in senso forte, nell'imporre la restituzione di frutti e interessi sin dal giorno del pagamento, a prescindere dalla regole dell'indebito in materia di stati soggettivi, è condizionata dall'idea che operando diversamente si creerebbe un ingiustificabile impoverimento del contraente fedele, che ha comunque ricevuto una prestazione inesatta o parziale, a fronte di un arricchimento senza giusta causa dell'inadempiente. Ma nel presupporre ciò non tiene conto che all'attore in risoluzione spetta anche il risarcimento del danno per l'interesse positivo e ciò proprio perché, a fronte dell'inadempimento non si può supporre un'equivalenza del godimento delle prestazioni eseguite¹⁶³.

Abbinando al principio di retroattività in senso forte che prevede la restituzione di frutti e interessi fin dal giorno del pagamento, la pretesa al risarcimento del danno di cui all'art. 1453 c.c., con cui l'attore in risoluzione soddisfa per equivalente il diritto a conservare l'incremento patrimoniale acquisito con il contratto, si rischia però di disincentivare il creditore dall'attendere l'adempimento, spingendolo verso il meccanismo risolutorio, per lui più conveniente, e amplificando così i costi dell'inadempimento. In questo modo la risoluzione, da tecnica di tutela del contraente insoddisfatto diventa surrettizio strumento di rimeditazione sulla convenienza dell'affare concluso

Ciò non appare consentito dall'ordinamento dato che il legislatore in più occasioni ha previsto norme (artt. 1480, 1525, 1668 c.c.) che circondano di particolari cautele la risolubilità del contratto proprio per evitare un uso deviato del meccanismo risolutorio. Analoga funzione ha anche l'art. 1445 c.c. che individua quale presupposto della risoluzione l'importanza dell'inadempimento.

¹⁶³ BELFIORE *Risoluzione per inadempimento op. cit.* pp. 326 e ss.

Secondo una diversa teoria, cosiddetta “dottrina dell’irretroattività”,¹⁶⁴ i frutti e gli interessi devono essere corrisposti dal momento in cui si perfeziona la fattispecie risolutoria e dunque da quando viene emessa la sentenza costitutiva, perché fino a quel momento le parti esercitano i diritti che spettano loro per contratto.

In questo modo, il diritto del contraente fedele di conservare l’incremento patrimoniale ottenuto con il contratto risulta soddisfatto in parte in forma specifica, con l’assenza di restituzione a suo carico di frutti e interessi, e in parte per equivalente con la possibilità di richiedere il risarcimento del danno.

All’interno di questa dottrina si rinvengono due diverse linee di pensiero. Secondo la prima¹⁶⁵ poiché la sentenza di risoluzione ha natura costitutiva, essa non può che avere efficacia *ex nunc* e per questo motivo l’obbligo di restituire la prestazione, così come i frutti e gli interessi che sono obbligazione accessoria rispetto alla prestazione principale, decorre dalla stessa sentenza. Tuttavia a questa ricostruzione si può obiettare che la natura costitutiva di una sentenza non implica automaticamente la sua efficacia *ex nunc*: e del resto anche la sentenza di annullamento ha efficacia costitutiva *ex tunc*. Non c’è incompatibilità tra efficacia costitutiva e retroattività, poiché esse assolvono funzioni distinte: la prima fonda gli obblighi restitutori, e libera dalle prestazioni ancora non eseguite; la seconda toglie giustificazione alle prestazioni già effettuate¹⁶⁶.

Sembra avvicinarsi alla tesi dell’irretroattività anche quella dottrina¹⁶⁷ che sostiene come la restituzione di frutti e interessi con decorrenza dal giorno del pagamento sarebbe in contrasto con il diritto al risarcimento del danno per l’interesse positivo. Ad esempio in materia di vendita, gli interessi sul prezzo restituito all’acquirente, corrisponderebbero a una voce di danno contrattuale

¹⁶⁴ CARRESI *Il contratto in Trattato CICU – MESSINEO*, XXI, 2, Milano 1987, p. 911. Così anche in giurisprudenza Cass. 1745/1969 in *Giurisprudenza italiana*, 1970, I, 1, p. 302. Cass. 1986/1964; Cass. 3073/1980; Cass. 2962/1982. AULETTA *La risoluzione per inadempimento*, Milano 1942, pp. 140, 272, 292 e ss.; BIGIAMI *Irretroattività della risoluzione per inadempimento*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1934, I, pp. 701 e ss.

¹⁶⁵ Tra le tante Cass. 1964/1986 in *Giust. Civ.* 1965, I, 1, pp. 132 e ss.

¹⁶⁶ DI MAJO *Risoluzione del contratto ed effetti restitutori: debito di valore o di valuta?*, nota a Cass. 12942/1992 in *Il corriere giuridico* n.3/1993, p. 326.

¹⁶⁷ BIANCA *La vendita e la permuta in Trattato di diritto civile a cura di VASSALLI*, Torino 1972, pp. 518, 678 e ss., 870.

negativo, perché pari al danno che il compratore avrebbe evitato se non avesse stipulato il contratto. Esso non potrebbe essere cumulato con il danno contrattuale positivo, equivalente al guadagno che si sarebbe ottenuto con la vendita, e spettante ex art. 1453, I comma c.c. Ciò perché le due voci sono logicamente incompatibili tra loro: una tende a rimuovere gli effetti di un contratto che non ha soddisfatto pienamente le ragioni per le quali è sorto; l'altra tende a conseguire per equivalente i risultati che il contratto non ha raggiunto. Invece se gli interessi decorressero non dal giorno del pagamento, ma dal giorno della sentenza, essi avrebbero una mera funzione corrispettiva, e non risarcitoria, evitando che si determini l'incompatibilità di cui sopra.

Tuttavia una tale impostazione nel dare rilievo al dato normativo di cui all'art. 1453, I comma, c.c. sembra trascurare il dettato dell'art. 1458 c.c. circa l'efficacia retroattiva della risoluzione.

In effetti l'art. 1453 c.c. sembra indicare dell'interesse alla permanenza in vita del contratto quale fonte di uno scambio di valori (e dunque sembra sostenere la tesi dell'irretroattività), mentre l'art. 1458 c.c. sembra esprimere l'interesse ad eliminare il contratto sia dal punto di vista qualitativa sia dal punto di vista quantitativo. Ciò forse si spiega pensando che il legislatore ha voluto lasciare la parte che agisce in risoluzione arbitra di decidere sulla sorte del contratto in quanto fonte di una peculiare composizione quantitativa del patrimonio.

Bisogna dunque comprendere l'effettiva portata della prevista retroattività della risoluzione. Essa, infatti è deputata sì a privare *ab origine* di rilevanza il regolamento contrattuale, ma solo nella misura in cui ciò sia necessario per consentire al contraente fedele il recupero di quella diminuzione che il suo patrimonio ha subito. Il regolamento contrattuale infatti ha una triplice veste: è modello di organizzazione dell'attività e dunque fonte di una specifica conformazione qualitativa del patrimonio; è meccanismo che attua uno scambio di valori e dunque fonte di una conformazione quantitativa del patrimonio; è infine meccanismo che legittima la reintegrazione del valore dei predetti interessi per il caso in cui essi risultino insoddisfatti a causa dell'infedele comportamento della controparte. Verificatosi l'inadempimento, l'attore in risoluzione ha interesse a eliminare il contratto quale fonte di una

peculiare composizione qualitativa del patrimonio, ma non è detto che abbia interesse ad eliminare anche la specifica composizione quantitativa creata con il contratto impugnato. Anzi laddove intenda mantenere in vita il contratto da quest'ultimo punto di vista, poiché tale pretesa non può logicamente trovare attuazione in forma specifica (il contratto in quanto tale non può contemporaneamente essere eliminato eppure restare in vita), il contraente fedele accoppierà all'azione di risoluzione una domanda di risarcimento del danno. Quindi la risoluzione eliminerà l'assetto programmato in contratto e darà vita a un diritto di credito.

La parte che subisce la risoluzione in questo modo, da un lato vede mantenuto in vita il carattere svantaggioso dell'operazione economica progettata e dall'altro vede precluso il conseguimento dei risultati cui ambiva: ciò perché sono lasciati impregiudicati gli aspetti del contratto vantaggiosi per l'attore e sono soppressi quelli a lui svantaggiosi.¹⁶⁸

La dottrina dell'irretroattività trova appiglio in alcuni riferimenti normativi, alla luce dei quali il principio di retroattività dettato in materia di risoluzione sembrerebbe tollerare alcune eccezioni.

Infatti, ai sensi dell'art. 1483, II comma c.c. in materia di evizione, il venditore ha l'obbligo di corrispondere al compratore il valore dei frutti da quest'ultimo restituiti all'evincente. Ciò lascia presupporre che nei rapporti tra compratore e venditore, il primo può considerare definitivamente acquisiti al suo patrimonio i frutti percepiti in costanza di rapporto. Se si ritiene dunque che l'evizione rientri nel sistema generale della risoluzione per inadempimento, bisogna concludere che l'art. 1483, II comma c.c. segue una logica diversa da quella di cui all'art. 1458 c.c.. Ciò a maggior ragione se si pensa che l'art. 1483, II comma riproduce l'art. 1486, n. 2 del c.c. del 1865, disposizione che la dottrina dell'epoca interpretava proprio come una deroga al principio di retroattività.

Allo stesso modo una parte della dottrina¹⁶⁹, in merito all'art. 1493 c.c., che disciplina gli effetti della vendita di cosa affetta da vizi, osserva come in sede di progetto ministeriale (art. 332) la norma contenesse un inciso secondo cui "il

¹⁶⁸ BELFIORE *Risoluzione per inadempimento op. cit.* pp. 314 e ss.

¹⁶⁹ BIANCA, *op. cit.* p. 863 nota 1, p. 870, nota 1.

compratore deve restituire la cosa con gli utili ricavati nel frattempo e il venditore deve restituire il prezzo con gli interessi legali dal pagamento”. Il fatto che tale inciso non sia stato riprodotto nella formulazione definitiva della norma sembra un indice della volontà di escludere la retroattività della risoluzione per vizi. Tuttavia, non va trascurato che l’art. 1493 c.c. si inserisce in un sistema che riconosce pur sempre alla risoluzione in generale efficacia retroattiva, e che proprio per questo il legislatore potrebbe aver ritenuto superfluo ribadire tale principio nell’enunciato della norma. Tra l’altro l’art. 1493 c.c. riproduce il dettato degli artt. 1501-1503 del codice civile previgente, che pacificamente la dottrina dell’epoca riconduceva al principio di retroattività della condizione risolutiva sottintesa nei contratti bilaterali.

Il motivo per cui l’art. 332 del progetto ministeriale non è stato trasposto nell’art. 1493 c.c. del ’42 potrebbe dunque derivare da un’altra circostanza. L’obbligazione restitutoria a cui è tenuto il compratore che risolve la vendita per vizi può essere astrattamente quantificata rapportandola o al valore oggettivo della facoltà di godimento della *res* ricevuta, o all’effettiva messa a profitto del bene da parte del compratore. Nel secondo caso si trasferisce sul venditore-contraente infedele il costo dell’eventuale inattività del compratore nel mettere a frutto la *res*. Se però il compratore non è tenuto a giustificare i costi della sua inattività, risulta incoerente la previsione di cui all’art. 1492, III comma c.c. che gli addossa il rischio del perimento della *res* non imputabile ai vizi. Sembra allora preferibile la prima opzione, per cui l’obbligazione restitutoria è rapportata al valore oggettivo del godimento della *res*. Ciò però sarebbe stato in contrasto con la formulazione dell’art. 332 del progetto ministeriale, che fa riferimento agli utili ricavati dal compratore e che probabilmente per questo motivo non è stata riprodotta¹⁷⁰.

La dottrina dell’irretroattività, oltre a trascurare il dato testuale di cui all’art. 1458 c.c. in materia di risoluzione, diventa di problematica applicazione laddove si vogliano estendere i risultati a cui essa approda, anche alle altre fattispecie di caducazione contrattuale. Sembra infatti paradossale ritenere che

¹⁷⁰ BELFIORE *Risoluzione per inadempimento op. cit.* pp. 332 e ss.

i frutti e gli interessi dovuti in forza di un contratto nullo debbano decorrere dalla sentenza di nullità, che peraltro ha natura puramente dichiarativa, sebbene il contratto sia privo di effetti *ab origine*. Ma analoghe considerazioni valgono anche nel caso di contratto annullabile o rescindibile, sebbene la relativa pronuncia giudiziale abbia efficacia costitutiva. Non sarebbe equo per il contraente che ha subito il dolo, o la violenza o l'approfittamento della controparte, dover rinunciare agli interessi e ai frutti maturati prima della pronuncia giudiziale.

A sua volta la dottrina della retroattività in senso forte, pur scongiurando le contraddizioni di cui sopra, trascura l'esplicito rinvio legislativo alla disciplina dell'indebito, con il quale il legislatore ha sicuramente voluto riferirsi anche a un'articolazione degli obblighi restitutori basata sulla condizione psicologica dell'*accipiens*, seppure riempita di un significato compatibile con la disciplina contrattuale. Per queste ragioni, seppure con i limiti e i correttivi sopra evidenziati, sembra ragionevole sposare la cosiddetta tesi della retroattività in senso debole, che si sforza di conciliare la retroattività dell'impugnativa contrattuale con la disciplina dell'indebito. Le difficoltà di coordinamento tra le due discipline, non solo quelle già illustrate, ma anche quelle cui si farà riferimento nei prossimi paragrafi, possono appianarsi se si considera il rinvio contenuto negli artt. 1422 e 1463 c.c., alla stregua di un semplice modello di disciplina cui il legislatore ha voluto ispirarsi per disciplinare le restituzioni, senza per questo voler ritenere che il fondamento delle due azioni sia il medesimo. In altre parole, è probabile che il legislatore non abbia mai considerato le prestazioni eseguite in base a un contratto caducato come "indebite", essendo ben conscio invece che esse sono giustificate e anzi dovute in forza di un contratto efficace almeno temporaneamente (risoluzione, annullamento, rescissione) o anche solo apparentemente (nullità). Per di più le prestazioni contrattuali sono avvinte dal nesso sinallagmatico e dunque si atteggiavano l'una come causa e corrispettivo dell'altra. Al contrario la disciplina dell'indebito, come sostenuto da autorevole dottrina¹⁷¹, sembra pensata per prestazioni "isolate" e mancanti fin dall'origine di una causa. Il fondamento

¹⁷¹ STOLFI *Teoria del negozio giuridico*, Milano 1950, pp. 71 e ss.

della restituzione contrattuale, come vedremo più dettagliatamente nel III capitolo, non sembra quindi essere la mancanza di causa della prestazione, bensì il diritto di proprietà di cui il *solvens* è tornato ad essere (o non ha mai smesso di essere) titolare in forza della retroattività dell'impugnativa contrattuale. E tuttavia il legislatore, dovendo predisporre un modello normativo per le restituzioni contrattuali ha rinvio all'indebito, dando per implicita questa diversità di presupposti che di per sé giustifica i necessari adattamenti interpretativi e di coordinamento tra le due discipline. Anche per questo non sembra condivisibile quella giurisprudenza che estende *tout court* alla caducazione del contratto la disciplina dell'indebito, definendola come azione di nullità per mancanza di causa¹⁷². In questo modo tra l'altro, l'obbligazione restitutoria sembra trovare la sua fonte nello stesso contratto e ciò non sembra condivisibile se si osserva¹⁷³ come il *solvens* in realtà non chieda la restituzione della cosa in virtù ed in conformità del rapporto giuridico sottostante, ma anzi in opposizione ad esso.

5. Segue. Restituzione del valore di godimento.

Nello studio circa le componenti dell'obbligo restitutorio da caducazione contrattuale si è posta grande attenzione al problema della restituzione del valore di godimento di un bene di cui un contraente ha goduto, senza però trarne frutti, nel periodo intercorrente tra la consegna e la restituzione del bene stesso.

Un caso particolare è quello della locazione invalida e tuttavia eseguita. In quest'ipotesi, poiché il godimento si è già realizzato di fatto, non sarebbe equo consentire a entrambe le parti la ripetizione: infatti se il conduttore potesse ottenere la restituzione dei canoni versati pur avendo goduto della cosa si arricchirebbe senza causa a danno del locatore.

¹⁷² Tra le tante Cass. 1250 e 12547 del 1987; Cass. 4089/1968.

¹⁷³ SPADAFORA *op. cit.* pp. 100 e ss.

La giurisprudenza pertanto ¹⁷⁴ nega che chi ha usufruito del godimento della cosa possa pretendere la restituzione del corrispettivo versato: la ripetibilità della prestazione non opera quando non è possibile la retroattività della prestazione, così che rimane ferma anche la controprestazione a questa collegata.

Una tale affermazione sembra elevare a principio generale la regola di cui all'art. 2126 c.c. in materia di invalidità del contratto di lavoro che risulterebbe applicabile in astratto a tutte le ipotesi in cui una delle due prestazioni non sia materialmente ripetibile¹⁷⁵. Ciò tuttavia è criticato da quanti¹⁷⁶ negano che l'art. 2126 c.c. possa interpretarsi come regola generale di sanatoria di un contratto invalido.

Ad ogni modo, anche ritenendo che sia possibile procedere alle restituzioni nel caso della locazione, la non perfetta coincidenza tra l'attività del *solvens* locatore e quella dell'*accipiens* conduttore, rende difficile la determinazione del *quantum* della restituzione. Ancorarla infatti al corrispettivo pattuito rischierebbe di far rivivere il contratto invalido rendendo inoperante la relativa pronuncia giudiziale. Ciò a meno di non sostenere¹⁷⁷ che anche la restituzione di un ammontare pari al corrispettivo costituisca ripetizione dell'indebitto: in quest'ottica, la norma da applicare sarà sempre l'art. 2033 c.c. e saremo in presenza di una restituzione per equivalente, che non ha ad oggetto il valore pattuito dalle parti nel contratto viziato, ma l'oggettivo valore della prestazione di godimento. Il corrispettivo pattuito sarà un parametro per il calcolo della restituzione, fermo restando però che qualora l'incremento patrimoniale dell'*accipiens* sia di entità superiore, il *solvens* potrà ottenere l'intero arricchimento.

In alternativa si può configurare la domanda come ingiusto arricchimento e dunque il conduttore dovrà essere condannato a pagare il valore obiettivo del godimento fruito e l'attore a restituire i canoni percepiti. L'ammontare dovuto

¹⁷⁴ Cass. 4849/1991 con nota critica di CHIODI *Irripetibilità dei canoni versati in esecuzione di una locazione nulla: un caso di "estoppel" all'italiana*. in *Giurisprudenza italiana* 1991, I, 1313 e ss.

¹⁷⁵ MOSCATI *Del pagamento dell'indebitto op. cit.* pp. 174 e ss.

¹⁷⁶ ALBANESE *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova 2005, p. 484.

¹⁷⁷ SPADAFORA *op. cit.* .p. 121.

a titolo di ingiusto arricchimento potrà essere diverso da quello pattuito come corrispettivo della locazione. I crediti reciproci potrebbero essere oggetto di compensazione, se questa è eccepita dalle parti.

Analogamente, in materia di contratto preliminare di vendita di immobili con effetti anticipati, l'obbligo di restituzione del promissario acquirente viene nella prassi quantificato ancorandolo alla quotazione dell'immobile sul mercato locatizio, ovvero moltiplicando il canone medio per il numero delle mensilità durante le quali si è protratto il godimento.

Se la soluzione sembra appagante da un punto di vista empirico, dubbio ne è invece il fondamento giuridico. Secondo una parte della giurisprudenza¹⁷⁸ nell'ipotesi in cui il preliminare sia venuto meno per inadempimento dell'acquirente, questo valore di godimento così quantificato sarebbe in sostanza riconducibile al risarcimento del danno da lucro cessante subito dal promittente venditore e dunque ancora una volta colorerebbe la tutela restitutoria di sfumature risarcitorie. Inoltre il danno verrebbe liquidato senza che il *solvens* ne abbia fornito la prova, neanche per presunzioni, il che è incompatibile anche con la struttura della tutela risarcitoria.

A questa ricostruzione si oppone quella giurisprudenza che afferma come il valore di godimento sia oggetto di un obbligo restitutorio e non invece di una voce di danno¹⁷⁹.

Ancora diversamente si orienta quella giurisprudenza (Cass. 550/2002) che interpreta la nozione di frutti in senso ampio, ricomprendendo non solo quelli effettivamente percepiti dall'*accipiens*, ma anche quelli che il *solvens* avrebbe potuto percepire se non si fosse privato della detenzione del bene e che dunque fonda la restituzione del valore di godimento sulla disciplina dell'indebito, in analogia con la restituzione dei frutti. Questa ricostruzione ha il pregio di superare le obiezioni di cui sopra, ma rimanda alle problematiche relative alla compatibilità tra la disciplina dell'indebito e le restituzioni contrattuali di frutti e interessi che si sono analizzate nel precedente paragrafo.

¹⁷⁸ Cass. 1307/2003.

¹⁷⁹ Cass. 2802/1990 in *MGC*, 1990 fasc. 4.

Secondo un'ulteriore ricostruzione, anche qui, come già visto in materia di locazione nulla, la restituzione del valore di godimento del bene andrebbe regolata in base alla norme in tema di arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.). Ciò perché nel caso di specie ci si troverebbe in presenza non di frutti da restituire, ma di un arricchimento, corrispondente al godimento del bene di cui si è fruito senza un'idonea ragione giustificativa a fronte di un corrispondente impoverimento del *solvens*¹⁸⁰.

Qualunque sia la soluzione che si ritiene di preferire bisogna comunque chiedersi se nel quantificare il valore di godimento della prestazione occorra tener conto delle oscillazioni di valore dovute all'andamento del mercato. In proposito si può sostenere che qualora la diminuzione di valore della prestazione sia imputabile esclusivamente al mercato, pur trattandosi di un rischio che incide sullo scambio, è fatto che non attiene alla specifica sfera dell'*accipiens* e che questi non è in grado di controllare. Il suo esonero dalla sopportazione di detto rischio non sarebbe dunque irragionevole né costituirebbe un sacrificio intollerabile per l'avente diritto alla restituzione, se si considera tra l'altro che per via dell'instabilità del mercato, la diminuzione del valore di scambio non si configura come definitiva diminuzione del valore nel patrimonio. Coerentemente, all'opposto non sarà indennizzabile l'aumento di valore di mercato della *res restituenda*. Una pretesa in questo senso sarebbe intrinsecamente incompatibile con il diritto del contraente fedele di interrompere un rapporto obiettivamente insoddisfacente e di optare per il ripristino di un assetto patrimoniale qualitativamente identico a quello preesistente al contratto. E del resto l'obiettivo qui tende il rimedio restitutorio è proprio quello di ripristinare lo *status quo ante*, senza preoccuparsi di compensare eventuali svantaggi o arricchimenti frattanto verificatisi. Altrimenti argomentando, infatti si costringerebbe il contraente fedele a pagare un "prezzo" per l'eliminazione del contratto, con conseguente compressione del suo diritto di risoluzione. Corollario di ciò è però che, in un sistema come il nostro, in cui l'attore in risoluzione ha il potere di accoppiare all'azione di risoluzione il risarcimento del danno per l'interesse positivo, l'irrilevanza delle

¹⁸⁰ ROPPO *Trattato, op. cit.* p. 389.

oscillazioni di mercato e dunque l'irrilevanza del valore di scambio dei beni rispetto al contenuto dell'obbligazione restitutoria, avrà l'effetto di privilegiare la posizione del contraente fedele, attore in risoluzione, il che è giusto, ma reca con sé il rischio che la risoluzione diventi strumento di surrettizia rimeditazione sulla convenienza dell'affare¹⁸¹.

Un'ipotesi particolare, riconducibile alla problematica in oggetto, si verifica nell'ambito dei contratti professionali laddove insieme alla risoluzione del contratto si richieda al professionista inadempiente di restituire una somma di denaro pari al compenso inutilmente versatogli¹⁸². Il problema non si pone in caso di inadempimento assoluto: se infatti il professionista non ha del tutto eseguito la sua prestazione, il cliente potrà ottenere la restituzione del compenso anticipatamente versato; se anche il compenso fosse ancora da corrispondere, il cliente potrebbe sollevare eccezione di inadempimento. Se invece la prestazione è stata comunque eseguita dal professionista, seppure in modo inesatto o parziale, ma è insuscettibile di restituzione, la possibilità di trattenere il compenso ricevuto determinerebbe l'insorgere di un ingiusto arricchimento a beneficio dell'inadempiente.

È vero che estendendo il principio espresso dall'art. 1492, III comma c.c. (v. par. 9) alla risoluzione del contratto in generale, emergerebbe l'impossibilità di impugnare il contratto laddove sia divenuta impossibile per l'attore la restituzione della prestazione ricevuta. Allo stesso modo estendendo il principio espresso nell'art. 2126 c.c., la deduzione in contratto di prestazioni di *facere* dovrebbe sempre comportare la paralisi del meccanismo restitutorio.

Tuttavia in questo caso l'impossibilità di restituzione è *in re ipsa* nella natura stessa della prestazione professionale che consiste non nel trasferimento di una *res*, bensì in un *facere* per sua natura destinato ad esaurirsi con la sua esecuzione. Applicando così i principi espressi in materia di indebito, si può ipotizzare che chi ha ricevuto una prestazione professionale debba restituire il valore di essa se vuole ottenere la restituzione del corrispettivo pagato. Altrimenti, in via

¹⁸¹ BELFIORE *Risoluzione per inadempimento op. cit.* pp. 310 e ss.

¹⁸² V. Cass. 18853/2004 che cassa Tribunale di Roma 1 luglio 2004, con nota di BENEDETTI *Chi esegue male si tiene il compenso? La retroattività della risoluzione nei contratti professionali, in Danno e responsabilità* n. 5/2005, pp. 513 e ss.

residuale, potrà farsi ricorso all'azione di arricchimento, la quale è stata anzi tradizionalmente considerata l'unico rimedio esperibile per la restituzione delle prestazioni di *facere*, sebbene come visto nel capitolo I par. 12, ciò possa essere messo in discussione poiché determina una disparità nel regime restitutorio basata sull'oggetto della prestazione.

Ci si può chiedere se il valore della prestazione da restituire al professionista debba essere calibrato sulle tariffe di mercato o sul valore reale della prestazione di cui il cliente è stato destinatario. Sembra preferibile questa seconda opzione tenendo conto del fatto che la prestazione è stata eseguita male o addirittura arrecando un danno al cliente stesso. Dunque se il suo valore effettivo è nullo, nulla dovrà restituire il cliente al momento della risoluzione.

Non sembra poi che il cliente possa ottenere contemporaneamente la risoluzione del contratto, e dunque la restituzione del compenso pagato, e il servizio oggetto del contratto a spese dell'inadempiente. Infatti, ai sensi dell'art. 1453 c.c. l'attore deve scegliere tra l'adempimento e la risoluzione. Se si potessero cumulare i due rimedi il cliente godrebbe di un indebito arricchimento, ottenendo senza alcuna spesa la prestazione di cui aveva bisogno¹⁸³. Allo stesso modo un risarcimento del danno commisurato alla somma pagata a un secondo professionista per porre rimedio ai danni causati dal primo assumerebbe indebitamente natura assicurativa, spingendo il cliente a cercare sul mercato prestazioni offerte a un prezzo superiore a quello speso per la prima prestazione.

6. Restituzione delle prestazioni pecuniarie: debito di valore o debito di valuta?

La dottrina e la giurisprudenza si sono a lungo interrogate circa la natura del debito di restituzione avente ad oggetto somme di denaro. Ci si chiede infatti

¹⁸³ In questo senso Tribunale di Varese, 5 novembre 2001, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2002, pp. 1135 e ss.. In senso contrario Tribunale di Roma, 1 luglio 2004 con nota critica di TASSONE *Inadempimento del contratto, restituzione del compenso e risarcimento del danno: variazioni sul tema e note alla luce dell' "efficient breach"*, in *Danno e responsabilità* n. 5/2005, pp. 528 e ss.

se si tratta di un debito di valore, con conseguente obbligo di restituire le somme rivalutate fin dal momento del pagamento, ovvero di un debito di valuta, da corrispondersi solo al valore nominale.

Una risalente giurisprudenza¹⁸⁴, riteneva che l'obbligo di restituzione di somma di denaro a seguito di caducazione del contratto fosse da qualificarsi come debito di valore. Ciò perché esso doveva consistere non tanto nella somma a suo tempo pagata, quanto nell'arricchimento di colui che l'aveva ricevuta. Adeguando la restituzione del prezzo alla svalutazione, si aspirava a ristabilire un equilibrio tra le parti del contratto caducato. Infatti il venditore che avesse dovuto restituire una somma di denaro rivalutata e dunque maggiore di quella ricevuta, era compensato dalla circostanza che nel suo patrimonio rientrava la proprietà di un bene che a sua volta aveva incrementato il proprio valore di mercato.

Tale impostazione veniva smentita immediatamente dopo dalle Sezioni Unite¹⁸⁵ che con sentenza 2159/1950, affermavano essere debito di valuta l'obbligo che incombe sul venditore di restituire al compratore il prezzo pagato per una vendita nulla. E tuttavia la dottrina dell'epoca osservava¹⁸⁶ che la soluzione adottata dalla Suprema Corte peccava per semplicismo, poiché se poteva essere ragionevole per l'ipotesi di contratto nullo, non poteva allo stesso modo adattarsi al contratto annullabile, rescindibile o risolubile. In questi casi infatti il contratto è temporaneamente efficace e l'obbligo restitutorio scaturisce dalla sentenza costitutiva, la quale potrebbe essere pronunciata in un momento successivo a quello nel quale si è verificata la svalutazione. Dunque, si diceva, la questione circa l'applicabilità o meno del principio nominalistico poteva porsi con riguardo a un rapporto che sorto prima della svalutazione perdurasse senza soluzione di continuità anche dopo la svalutazione; non aveva invece senso se riferita a un rapporto (quello relativo agli obblighi restitutori a seguito di sentenza costituiva) che ha

¹⁸⁴ Cass. 1013/1949 con nota critica di MORI-CHECCUCCI in *Giurisprudenza italiana*, 1950, vol. CII, 92 e ss.

¹⁸⁵ Cass. SU, 2159/1950 con nota critica di ALLORIO in *Giurisprudenza Italiana* 1950, vol. CII, 791 e ss.

¹⁸⁶ ALLORIO, *op. cit.*

cominciato di fatto a esistere dopo la svalutazione. In realtà una tale distinzione appare artificiosa se si considera che in tutti questi casi, e non solo per l'ipotesi del contratto nullo, l'impugnativa ha un'efficacia retroattiva, che non è, come visto, incompatibile con il carattere costitutivo della sentenza.

In epoca successiva,¹⁸⁷ si propose una soluzione più articolata, basata ancora una volta sulla condizione psicologica dell'*accipiens*: ci si troverebbe in presenza di un debito di valore quando l'*accipiens* è inadempiente e di un debito di valuta quando invece l'*accipiens* è il contraente fedele. Questa impostazione tuttavia tendeva a confondere ancora una volta il profilo restitutorio con quello risarcitorio, caricando il primo di una valenza sanzionatoria che non gli è propria e comportando come conseguenza che l'imputabilità dell'inadempimento sia in grado di incidere sulla misura della restituzione.

Nell'ambito della risoluzione, poi, un soluzione di questo tipo, determina un cumulo in favore del risolvente tra danno contrattuale positivo e una componente di rilievo di danno contrattuale negativo. Infatti il contraente fedele oltre a conseguire a titolo risarcitorio un importo equivalente agli utili che avrebbe dovuto ritrarre dal rapporto sinallagmatico, potrebbe pretendere anche la restituzione delle somme versate, rivalutate sin dal momento del pagamento, traendo così un profitto complessivo addirittura superiore a quello che avrebbe ottenuto in caso di regolare esecuzione del contratto¹⁸⁸.

Secondo un più recente e ormai consolidato orientamento¹⁸⁹, avallato anche dalle Sezioni Unite della Suprema Corte¹⁹⁰, le restituzioni contrattuali aventi ad oggetto prestazioni pecuniarie hanno sempre natura di debito di valuta. In caso di prestazione pecuniaria, infatti, il denaro in quanto tale è fin dall'origine oggetto primario dell'obbligazione e la restituzione non può che avere ad oggetto lo stesso denaro nel suo valore nominale. Le azioni restitutorie che discendono dalla caducazione del contratto hanno infatti ad oggetto le

¹⁸⁷ *E multis* Cass. 5143/1987 in *Giustizia civile*, 1987, I 2222; ma anche Cass. 8834/1990.

¹⁸⁸ LUMINOSO *Obbligazione restitutorie e risarcimento del danno nella risoluzione per inadempimento* in *Giurisprudenza commerciale*, 1/1990, pp. 23-24. CARNELUTTI *Sul risarcimento del danno in caso di risoluzione del contratto bilaterale per inadempimento* in *Rivista di diritto Commerciale*, 1923, II, 330 e ss.. BIGIAMI, *Irretroattività della risoluzione per inadempimento* in *Rivista di diritto commerciale*, 1934, I, 702.

¹⁸⁹ SACCO – DE NOVA *Il contratto*, Torino 2004, p. 670.

¹⁹⁰ Cass. SU 12942/1992 in *Corriere Giuridico* 3/1993, pp. 322 con nota di DI MAJO.

medesime cose che le parti hanno ricevuto al momento della stipula. Il principio nominalistico trova infatti il suo presupposto anche nella circostanza che il creditore ha assunto il rischio del mutamento del potere di acquisto della moneta¹⁹¹. La retroattività della caducazione contrattuale non costituisce ragione per attribuire alla restituzione natura di debito di valore: anzi essa implica la necessità che le parti siano rimesse nella stessa situazione in cui si trovavano prima della conclusione del contratto, senza che si tenga conto di eventuali arricchimenti o impoverimenti frattanto maturati. Tra l'altro assegnare all'obbligo restitutorio natura di debito di valore determinerebbe ancora una volta un'arbitraria sovrapposizione tra profilo restitutorio e risarcitorio: le restituzioni dovranno avere ad oggetto le prestazioni così come effettuate dai contraenti; sarà invece con la domanda risarcitoria che dovranno farsi valere eventuali e ulteriori voci di danno, tra cui anche quelle derivanti dalla svalutazione monetaria.

La somma di denaro oggetto di restituzione, quindi, quale debito di valuta, può al massimo essere maggiorata degli interessi, che secondo le Sezioni Unite avrebbero natura compensativa¹⁹². In più il *solvens* potrà pretendere dall'*accipiens* il risarcimento del maggior danno (art. 1224, II comma c.c.) provando però specificamente che avrebbe investito il denaro in modo più produttivo, e che dunque il danno patito eccede la perdita di potere di acquisto della moneta già ricompreso nel tasso di interesse legale¹⁹³.

In questo modo viene reso omogeneo il regime delle obbligazioni restitutorie, indipendentemente dall'oggetto della prestazione e dal comportamento tenuto dai contraenti. Il nesso sinallagmatico da solo non può infatti trasformare un

¹⁹¹ ASCARELLI *In tema di clausole oro, debiti di valore e restituzione del prezzo in seguito a nullità di un trasferimento in Studi giuridici della moneta*, Milano 1952, pp. 142 e ss.

¹⁹² Cass. SU 12942/1992, sopra citata. In questo senso anche Cass. 5371/1987 in *GC*, 1988, I, 197. Al contrario Cass. 11969/1992 in *MGC* 1992, 11, assegna agli interessi natura corrispettiva.

¹⁹³ Infatti è generalmente ammesso dalla giurisprudenza (tra le tante v. anche Cass. 11177/1994, in *MGC* 1994, 12; Cass. 722/1995 in *MGC* 1995, 130) cumulare agli interessi legali il risarcimento del maggior danno conseguente alla svalutazione monetaria. Tuttavia altra parte della giurisprudenza (Cass. 1549/1994 in *MGC*, 1994, 171; Cass. 7769/1992 in *MGC* 6/1992) nega la possibilità di questo cumulo sulla considerazione che gli interessi hanno anch'essi natura risarcitoria.

debito di valuta in debito di valore, soprattutto in una fase in cui, per effetto della caducazione, il contratto stesso cessa di spiegare ogni effetto.¹⁹⁴

7. *Impossibilità della restituzione in natura.*

Sotto il vigore del codice civile del 1865 era consolidata l'idea che il principio di retroattività delle caducazioni contrattuali comportasse il trasferimento del rischio di perimento della *res* dall'*accipiens* al *solvens*, salvo eccezioni e temperamenti previsti dalla legge: ad esempio in materia di risoluzione per inadempimento, l'*accipiens* doveva corrispondere il valore della *res* perita per caso fortuito.

Anche nell'attuale sistema codicistico, in presenza di contratti nulli, annullati, risolti o rescissi, il *solvens* che rimane o torna ad essere proprietario in forza della retroattività della pronuncia, per il principio *res perit domino*, dovrebbe teoricamente sopportare il rischio di perimento della *res*.

Tuttavia una regola opposta sembra emergere dal I comma dell'art. 1465 c.c., che in materia di risoluzione per impossibilità sopravvenuta addossa all'acquirente il rischio del perimento della *res* per causa non imputabile all'alienante, accollando così all'*accipiens* il rischio del fortuito e i costi della sua negligenza. Regola in parte analoga è dettata dall'art. 1492, III comma per la trattazione del quale si rinvia al par. 9.

È invece esonerato dal rischio del fortuito, ai sensi del IV comma dello stesso art. 1465 c.c., l'acquirente sotto condizione sospensiva. Tale disposizione, nella Relazione al Re n. 621, è stata indicata come ipotesi di deroga al principio di retroattività e sembra riprodurre l'art. 1163, II comma del codice civile del 1865 il quale disponeva, sempre in materia di negozi sospensivamente condizionati che "se la cosa è interamente perita senza colpa del venditore, l'obbligazione si ha come non contratta".

Al di là di questi riferimenti, nelle altre ipotesi di caducazione contrattuale non è dettata una precisa regola circa l'incidenza del caso fortuito sulle obbligazioni restitutorie del contraente convenuto in giudizio. Ci si chiede dunque se sia

¹⁹⁴ LEVI *Il pagamento dell'indebito*, Milano 1989, pp. 165-166.

applicabile la disciplina di cui all'art. 2037 c.c., secondo la quale il rischio di perimento grava sull'*accipiens*, seppure in misura differente a seconda della sua condizione psicologica: infatti la buona fede limita la responsabilità dell'*accipiens* per il perimento o il deterioramento della cosa al suo arricchimento, mentre la mala fede comporta una sua responsabilità anche per caso fortuito.

La regola relativa all'*accipiens* di buona fede si spiega anche alla luce dell'art. 1256 c.c., trattandosi di una normale ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore. La buona fede vale quindi ad escludere qualsiasi antigiridicità nell'aver dato causa all'impossibilità della restituzione in natura. L'*accipiens* di buona fede è trattato, da questo punto di vista, come il nuovo proprietario della cosa, indipendentemente dal fatto che il pagamento dell'indebito abbia prodotto efficacia traslativa. La pretesa all'indennità che spetta comunque al *solvens* non è altro che applicazione del divieto di arricchirsi a danno altrui.

Lo stesso principio ovviamente non è invocabile se l'*accipiens* è in mala fede¹⁹⁵. Egli infatti deve corrispondere il valore della *res* anche se essa è perita per caso fortuito. Il motivo per cui l'*accipiens* di mala fede viene gravato sia dei costi del fatto proprio, sia dei rischi del caso fortuito si può cercare nella circostanza che un esonero da quest'ultima categoria di rischi comporterebbe un ingiustificato arricchimento proprio per il percipiente in mala fede¹⁹⁶.

Se invece la cosa da restituire sia soltanto deteriorata e dunque diminuita di valore l'*accipiens* in mala fede deve corrispondere l'equivalente oppure restituire la *res* e corrispondere un'indennità per la diminuzione di valore (art. 2037, II comma c.c.).

L'applicazione alla risoluzione del contratto dell'art. 2037 c.c. è possibile a patto di condividere la tesi che identifica l'*accipiens* di mala fede con il contraente infedele. Ciò però non appare, come visto, coerente con la nozione di buona fede che si è cercato di delineare in materia di indebitto, poiché determina una *contaminatio* tra buona fede in senso soggettivo che è un requisito di scienza, e in senso oggettivo come qualificazione della condotta.

¹⁹⁵ MOSCATI *Tutela della buona fede e mala fede*, op. cit., pp. 194-195.

¹⁹⁶ BELFIORE *Risoluzione per inadempimento*, op. cit. pp. 268 e ss.

Nei riguardi del contraente fedele, infatti, dovrebbe applicarsi la regola di cui all'art. 2037, III comma e dunque il rischio del fortuito verrebbe sostanzialmente addossato al *solvens* che riacquista la titolarità del bene. Tuttavia, nell'ambito delle restituzioni contrattuali, un tale alleggerimento della responsabilità del percipiente di buona fede non si presta a realizzare quella completa e incondizionata *in integrum restitutio* che dovrebbe conseguire alla caducazione e anzi comporta un ingiustificato trattamento di sfavore ai danni del *solvens*: questi infatti è tenuto a restituire l'intero prezzo ricevuto, mentre l'acquirente risponde al massimo nei limiti del suo arricchimento che potrebbe anche del tutto mancare.

Sul contraente inadempiente, invece, viene a gravare ingiustamente il rischio che il bene perisca anche per fatto imputabile alla controparte. La quale tra l'altro, rassicurata da questa circostanza e quindi di fatto deresponsabilizzata, potrebbe anche agire con una minore diligenza e un ridotto livello di attenzione.

Con riguardo poi all'indennità per la diminuzione di valore della res deteriorata, (art. 2037, II comma ultima parte), in materia di risoluzione per inadempimento, secondo la giurisprudenza, tale differenza di valore deve essere corrisposta solo nel caso in cui il *solvens* sia il contraente fedele. Infatti nel caso inverso il contraente inadempiente non potrà pretendere detta somma dato che lui stesso ha dato luogo alla risoluzione¹⁹⁷. Così ragionando, però, ancora una volta si tende a confondere la mala fede con l'imputabilità della risoluzione, assegnando alla restituzione una valenza sanzionatoria che non le è propria.

Una parte della dottrina¹⁹⁸ evidenzia come la restituzione per equivalente da parte dell'*accipiens* in mala fede, sia pensata per consentire all'attore in risoluzione l'integrale recupero della differenza di valore delle prestazioni

¹⁹⁷ Cass. 9579/1992 in *MGC*, 1992, fasc. 8-9.

¹⁹⁸ BELFIORE *Risoluzione per inadempimento op. cit.* pp. 268 e ss. AULETTA *La risoluzione per inadempimento, op. cit.* pp. 127 e ss. CARNELUTTI *Sul risarcimento del danno, op. cit.* pp. 328 e ss.

scambiate in contratto. Secondo un'altra dottrina¹⁹⁹, invece, l'art. 2037, II comma c.c. attribuirebbe al *solvens* la facoltà di rendere giuridicamente rilevante il suo disinteresse per il bene che si sia deteriorato e il potere di trasferire sull'*accipiens* di mala fede la proprietà di esso. Tale regola sarebbe espressione di un principio che si ritrova anche in materia di permuta, dove l'art. 1553 c.c. attribuisce al permutante evitto il diritto di convertire la pretesa alla restituzione della prestazione in natura in prestazione per equivalente. Ciò dimostrerebbe che il legislatore considera la risoluzione una tecnica insufficiente a coprire l'area degli interessi del creditore, visto che il contraente fedele ha il diritto di rifiutare l'attribuzione patrimoniale non conforme alla *lex contractus* sottraendosi al contempo ai costi del riacquisto della posizione giuridica a suo tempo trasferita all'inadempiente (costo della risoluzione). Un tale potere di conversione tuttavia va circoscritto evitando che si concretizzi in una mera rimediazione sulla convenienza dell'affare concluso. Ciò si realizza agganciando la conversione della pretesa all'inadempimento, che rende la prestazione priva di un apprezzabile interesse per il creditore²⁰⁰.

In definitiva, entrambe le previsioni dell'art. 2037 c.c. appaiono approssimate o per difetto o per eccesso alla situazione che si crea con la risoluzione: infatti non si capisce perché *l'accipiens ex contractu* in un caso non debba rispondere neanche per fatto proprio e nell'altro debba rispondere anche per il fortuito.

Ancora una volta l'applicazione delle norme in materia di indebito in materia contrattuale si dimostra problematica. Infatti si converte ingiustamente la valutazione dell'inadempimento dell'obbligazione nata dal contratto nella valutazione di un'obbligazione diversa quale è quella di restituzione.

Per questo motivo si è suggerito di trattare le obbligazioni restitutorie non isolatamente bensì come ancora avvinte da un nesso sinallagmatico: in questo modo se la restituzione di una delle prestazioni diviene impossibile si estingue negli stessi limiti anche l'altra. Su questo presupposto è stata formulata,

¹⁹⁹ BELFIORE *Inattuazione dello scambio per causa imputabile al debitore e tecniche di tutela del creditore: la conversione della prestazione in natura in prestazione per equivalente*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1987 p. 240.

²⁰⁰ La tecnica della conversione della prestazione in natura in prestazione per equivalente, tuttavia non può svolgere alcuna funzione rispetto ai tipi contrattuali nei quali una delle prestazioni fondamentali abbia natura pecuniaria.

nell'ambito della dottrina tedesca²⁰¹, la cosiddetta teoria del saldo, secondo la quale in seguito alla caducazione del contratto, ciascuno dei due contraenti non deve restituire la prestazione ricevuta, ma appunto il saldo tra l'arricchimento ottenuto grazie ad essa e l'impoverimento subito a causa della prestazione che ha a sua volta eseguito (gli effetti sono analoghi a quelli previsti dall'azione estimatoria di cui all'art. 1492 c.c., perché in effetti si determina la riduzione del corrispettivo dovuto).

Conseguentemente, se il perimento o il deterioramento sono imputabili al *solvens*, questi ne sopporta le conseguenze e deve restituire l'intero corrispettivo senza ricevere nulla o al più un bene deteriorato, dato che l'*accipiens* può restituire il bene nello stato in cui si trova²⁰².

Se invece questi fatti sono imputabili all'*accipiens*, egli dovrà restituire il valore che il bene aveva al momento della consegna e potrà ottenere la restituzione del corrispettivo pagato detratto il valore originario del bene.

Se ancora il perimento o il deterioramento sono dovuti a un terzo o al caso fortuito si possono fare due considerazioni. Da un lato infatti è vero che l'inadempiente, causando la risoluzione ha provocato la necessità di procedere alle restituzioni e dunque sarebbe giusto che sopportasse comunque il rischio dell'impossibilità della restituzione. Ma è anche vero che ai sensi dell'art. 1221 c.c., il debitore moroso può provare che l'oggetto della prestazione sarebbe ugualmente perito presso il creditore. Quindi nel nostro caso il contraente fedele sopporta il rischio del perimento fortuito o dovuto al terzo, se si dimostra che la cosa sarebbe ugualmente perita presso di lui, e non può ottenere la restituzione dell'intero corrispettivo pagato ma solo la differenza tra lo stesso e il valore del bene al momento della consegna.

Questa considerazione presuppone però che l'*acceptio indebiti* di mala fede configuri un'ipotesi di mora automatica ulteriore a quelle contemplate dall'art.

²⁰¹ WEINTRAUD, 1931; BEUTHIEN *Das ratsel saldotheorie*, in *Jura* 1979, 532 e ss.

La giurisprudenza tedesca però esclude l'applicabilità della teoria del saldo nel caso in cui l'invalidità del contratto dipenda dall'inganno doloso perpetuato da una parte a danno dell'altra, o nel caso in cui il peggioramento della cosa sia una conseguenza di vizi del bene di cui il venditore è tenuto a rispondere. Non si applica inoltre a danno degli incapaci che sono in ogni caso legittimati a ripetere la loro prestazione anche se non sono in grado di restituire quanto hanno ricevuto.

²⁰² ROPPO *Trattato, op. cit.* pp., 394 e ss.

1219 c.c., cosa che invece la dottrina²⁰³ tende ad escludere. Al massimo l'*acceptio indebiti* di mala fede si potrebbe ricondurre ad una delle ipotesi tipiche di cui al II comma dell'art. 1219 e in particolare al fatto illecito. E tuttavia ciò non è sempre vero, perché se l'*acceptio* in mala fede di un pagamento non dovuto sicuramente può rivestire i connotati dell'antigiuridicità, non necessariamente il *solvens* deve considerarsi danneggiato, perché ad esempio potrebbe non essere il proprietario della cosa consegnata²⁰⁴.

Affinché si configuri un illecito aquiliano deve poi sussistere l'elemento soggettivo, ovvero il dolo o la colpa del percipiente, che va accertata guardando all'influenza che l'attività complessiva dell'*accipiens* ha avuto in ordine al prodursi dell'evento dannoso. È vero infatti che il requisito del dolo può essere integrato anche dalla mera reticenza dell'*accipiens* circa il proprio difetto di legittimazione a ricevere la prestazione. Ma è anche vero che non sembrano equiparabili la posizione dell'*accipiens* che induce fraudolentemente il *solvens* all'esecuzione, e quella dell'*accipiens* che si limita a ricevere la prestazione indebita in mala fede. Nel secondo caso, infatti, può ritenersi sussistente un comportamento colposo del *solvens* che ha concorso a cagionare il danno, con conseguente applicazione dell'art. 1227 c.c., richiamato dall'art. 2056 c.c.²⁰⁵.

Quindi l'*accipiens indebiti* non può ritenersi sempre e comunque in mora automatica, ma solo se si configuri effettivamente un fatto illecito.²⁰⁶

Una parte della dottrina²⁰⁷ ha poi tentato di fare applicazione dell'art. 1221, II comma c.c., che prevede la responsabilità per il perimento nei limiti del valore e senza possibilità di prova liberatoria se la cosa è stata illecitamente sottratta. Ciò sulla scia di quanto accadeva nel diritto romano, dove l'*acceptio* di mala fede era equiparata al *furtum*. In realtà, però, in un sistema moderno in cui vi è una

²⁰³ ANDREOLI *La ripetizione dell'indebitito*, op. cit., p. 169

²⁰⁴ BRECCIA *La buona fede nel pagamento dell'indebitito*, in *Rivista di diritto civile*, 1974, I, p. 135

²⁰⁵ ALBANESE *Le obbligazioni*, op. cit. pp. 334- 335.

²⁰⁶ BRUNI *Contributo allo studio dei rapporti tra azione di caducazione contrattuale e ripetizione di indebitito*, op. cit., pp. 187 e ss.

La mancata previsione in materia di indebitito di una specifica norma sul risarcimento del danno non osta all'applicazione delle norme generali sulla responsabilità civile, e si spiega ponendo mente all'origine storica della *condictio* che nasce come rimedio essenzialmente restitutorio dove eventuali ulteriori voci di danno venivano coperte dalla restituzione dei frutti.

²⁰⁷ GIORGI *Teoria delle obbligazioni*, I, Firenze, 1895-1899 p. 189.

netta differenziazione tra giudizio civile e penale sembra difficile connotare l'*acceptio* di mala fede come furto civile. La norma di cui all'art. 1221, II comma c.c. è dunque da intendersi come eccezionale e pertanto non estensibile oltre i casi da essa considerati.

In ogni caso, al di là delle problematiche di dettaglio, si può affermare che la teoria del saldo concretizza un'allocatione del rischio di perimento diversa dal principio *res perit domino*: esso infatti non grava solo sull'effettivo proprietario, perché il contratto rimane, in una certa misura, eseguito²⁰⁸.

Alla teoria del saldo si è obiettato²⁰⁹ che essa non pare armonizzarsi con la disciplina della *condictio indebiti*, la quale resta indifferente al fatto che con la pretesa restitutoria si intrecci una contropretesa dell'*accipiens indebiti*. E del resto la valutazione unitaria delle obbligazioni restitutorie presuppone una concezione patrimoniale dell'arricchimento che come visto sopra, (capitolo I par. 12) nella nostra disciplina dell'indebito, è accolta solo in parte.²¹⁰ Invero, come già sopra accennato, la *condictio* è stata probabilmente pensata dal legislatore per reagire a uno spostamento patrimoniale isolato, a prescindere da un eventuale rapporto più complesso esistente tra *solvens* e *accipiens*.

Tuttavia la teoria del saldo potrebbe risultare di valida applicazione per le ipotesi in cui la *condictio indebiti* funge da modello di disciplina delle restituzioni contrattuali²¹¹. Valutando in maniera unitaria le obbligazioni restitutorie, si riconosce infatti tra esse un nesso di corrispettività, alla stregua di un sinallagma di fatto, o *ex lege* di tipo economico-funzionale. Sinallagma che dovrebbe operare in maniera "inversa" e rovesciata rispetto al contratto, perché non è l'esecuzione di una delle due prestazioni a trovare presupposto nell'esecuzione dell'altra, ma l'impossibilità di una a esonerare automaticamente dal compimento dell'altra: quindi non si potrebbe ottenere la restituzione della propria prestazione se non si è più in grado di restituire ciò

²⁰⁸ DI MAJO *Il regime delle restituzioni*, op. cit. p. 549.

²⁰⁹ BRECCIA *La ripetizione dell'indebito*, op. cit. p. 466.

²¹⁰ MOSCATI *Del pagamento dell'indebito*, op. cit. pp. 530 e ss.

²¹¹ Una tale ricostruzione appare tra l'altro ancora più agevole se si accede alla tesi della natura negoziale della *condictio indebiti* (BETTI *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano 1954, p. 115, RESCIGNO voce *Ripetizione dell'indebito*, in *Novissimo Digesto*, vol. XV, Torino 1968, p. 1235; BRECCIA *La ripetizione dell'indebito*, op. cit. p. 469.

che si è ricevuto²¹². Ciò sembra applicazione del principio di cui all'art. 1492, III comma, per il quale si rimanda al par. 9.

La teoria del saldo però non appare applicabile, secondo la dottrina tedesca, nel caso in cui sia stata eseguita una sola prestazione²¹³. Infatti, è vero che se un soggetto ha concluso un contratto a prestazioni corrispettive, vuol dire che ha deciso di sostituire al valore patrimoniale della prestazione che esegue la prestazione da effettuarsi nei suoi confronti e dunque le relative conseguenze devono essere sopportate da lui. Tuttavia appare iniquo che il soggetto più diligente debba subire un danno a fronte del profitto della controparte. Cosa che accadrebbe laddove, ad esempio, il venditore che ha eseguito la sua prestazione in un contratto poi caducato, non avendo ottenuto il pagamento del prezzo si veda gravato di tutto il rischio derivante dall'impossibilità di restituzione in natura della *res*. Per colmare questa lacuna, cui la teoria del saldo non riesce a sopperire, si è dunque elaborata la teoria del corrispettivo promesso. Si osserva cioè che la consegna della cosa è comunque avvenuta in funzione del pagamento del prezzo. Se questo fosse stato versato, il venditore avrebbe potuto trattenerlo. Dunque il percipiente di buona fede può dirsi arricchito in misura non inferiore all'ammontare del prezzo che non ha pagato e che deve quindi trasferire al venditore, non più come corrispettivo, ma come arricchimento. Il prezzo dunque non rappresenta una somma di denaro ma il valore della cosa espresso nella quantità di moneta che in quel momento poteva rappresentarlo²¹⁴. Tale soluzione assicura un equo contemperamento degli interessi delle parti senza porsi in contrasto con il dettato dell'art. 2037 c.c.²¹⁵. E' pure vero che essa deroga al principio *res perit domino* perché accolla all'acquirente utilizzatore anziché al venditore tornato proprietario il rischio del perimento della *res* anche in assenza di colpa. Tuttavia ciò si può giustificare considerando che, dopo la consegna, il bene esce dalla sfera di controllo e di

²¹² LEVI *Il pagamento dell'indebito*, Milano 1989, p. 160.

²¹³ FLUME *Der wegfall der bereicherung in der entwicklung vom romischen zum geltenden recht in festschrift fur niedermeyer*.

²¹⁴ MOSE' DARI *Nullità della vendita, restituzione del prezzo e suo adeguamento alla svalutazione monetaria*, nota a Cass. 1013/1949 in *Giurisprudenza italiana*, 1949, I, 1, p. 326.

²¹⁵ MOSCATI *Del pagamento dell'indebito op. cit.* pp. 537 e ss.

influenza del venditore per entrare in quella del compratore, al quale sembra quindi giusto accollare i relativi rischi²¹⁶.

Qualora non si ritenga di sposare la teoria del saldo, seppure con i correttivi sopra evidenziati occorre verificare se i limiti derivanti dall'applicazione dell'art. 2037 c.c. in materia contrattuale possano essere colmati ricorrendo al risarcimento del danno per inadempimento dell'obbligazione restitutoria. Infatti restituzioni e risarcimento sono fenomeni che pur aventi finalità diverse concorrono entrambi ad assicurare la reintegra di un diritto violato.

Se *l'accipiens indebiti* è gravato da un'obbligazione restitutoria e i fatti che ne impediscono l'adempimento come il perimento o il deterioramento della *res*, sono a lui imputabili, occorre chiedersi se la prestazione a cui è tenuto (pagamento dell'equivalente) sia comunque riconducibile alla tutela restitutoria o si sia in presenza di una responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. per inadempimento dell'obbligo restitutorio in natura.

In realtà il problema è proprio chiedersi se effettivamente il legislatore abbia concepito la responsabilità per il perimento della *res indebita* come fattispecie di responsabilità per inadempimento. Come si è già in parte evidenziato con riferimento alla possibilità di individuare un illecito aquiliano nell'*acceptio indebiti* di mala fede, l'art. 2037 c.c. prescinde da qualsiasi riferimento al risarcimento o all'esistenza in concreto di un danno e all'imputabilità o meno del perimento o del deterioramento al percipiente. Questo perché la finalità della *condictio indebiti* è quella di ripristinare la situazione economica preesistente alla *solutio*, quantomeno in via di equivalente pecuniario, il quale ha solo di riflesso una natura risarcitoria perché rappresenta il surrogato della cosa. L'obbligazione restitutoria ha un ambito di applicazione più ampio di quello della responsabilità contrattuale, poiché prescinde dall'imputabilità dell'impossibilità di restituzione.

Ciò emerge chiaramente soprattutto dalla disciplina delle restituzioni che gravano sull'*accipiens* di buona fede che prescinde da una valutazione in termini di responsabilità: infatti sebbene egli sia in colpa circa il perimento della *res*,

²¹⁶ GALLO *Obbligazioni restitutorie e teoria del saldo* in *Scritti in onore di PIETRO RESCIGNO*, III, Diritto privato, 2, Milano 1998, pp. 400 e ss. p. 412.

(la buona fede non è infatti incompatibile con una responsabilità colposa), risponderà solo nei limiti del suo arricchimento e dunque non in via risarcitoria.

Quindi l'ambito dell'obbligazione risarcitoria in concorso con la *condictio* sarebbe al più ristretto solo alle ipotesi di mala fede del percipiente e solo laddove si riscontri l'imputabilità all'*accipiens* del perimento²¹⁷.

Secondo altra dottrina²¹⁸, azione di restituzione e azione ex art. 1218 c.c. sarebbero invece sempre due rimedi concorrenti. Il debito restitutorio nasce automaticamente dal fatto della risoluzione e va tenuto distinto dall'obbligo risarcitorio che eventualmente si aggiunge al primo quale effetto sanzionatorio dell'inadempimento della restituzione.

Dalle ipotesi in cui l'impossibilità di restituzione deriva dal perimento o deterioramento della *res*, occorre poi distinguere i casi in cui essa consegue alla struttura stessa della prestazione e non è imputabile all'obbligato in restituzione. Ciò accade con riferimento alle prestazioni di fare (sulle quali v. capitolo I par. 12), ma anche con riguardo al pagamento di somma di denaro o di cose generiche cui segua la *commixtio* con altre del medesimo *genus* di proprietà dell'*accipiens*.

L'avvenuta *commixtio* implica che si sia verificato l'effetto traslativo a favore dell'*accipiens* e dunque la *condictio* si atteggia come proprietaria (v. capitolo III). Ciò accade normalmente con le prestazioni pecuniarie visto che la *datio pecuniae* assume sempre connotazione traslativa e la restituzione si atteggia come debito della somma e non dei singoli pezzi di moneta o banconota.

In caso contrario invece la *condictio* si atteggia come possessoria perché la circostanza che abbia ad oggetto una cosa generica non la rende diversa dalla restituzione di cosa determinata.

Se le cose generiche sono perite o sono state alienate, per il principio *genus numquam perit* la prestazione non risulterà mai impossibile: occorrerà sempre restituire il *tantundem* salva sempre la possibilità di chiedere il risarcimento dei danni ulteriori ove l'alienazione o il perimento siano imputabili a dolo o colpa

²¹⁷ BRUNI *op. cit.* pp. 193 e ss.

²¹⁸ ALBANESE *Le obbligazioni, op. cit.*, p. 331

dell'*accipiens* alienante. Nel caso in cui l'*accipiens* sia in buona fede e abbia provveduto alla trasformazione o alla consumazione delle cose fungibili indebitamente percepite, per evitare che egli subisca i danni derivanti da un eventuale aumento del prezzo di riacquisto delle stesse, potrà liberarsi dall'obbligo di restituire il *tantundem* rifondendo il valore che

le cose fungibili avevano prima di essere trasformate o consumate²¹⁹. Non si tratterebbe però di un'obbligazione alternativa bensì di una *facultas solutionis*.²²⁰

L'impossibilità della restituzione in natura, oltre che dal perimento o il deterioramento della *res*, può derivare anche da ragioni giuridiche. È il caso dell'art. 24 l. 1150/1942: la nullità del contratto con il quale il privato ha ceduto l'area al Comune a scomputo del contributo di miglioria ivi previsto, integra un'ipotesi di indebita ricezione di cosa determinata e dunque il Comune ha l'obbligo di restituire ai sensi dell'art. 2033 c.c. Se tale restituzione non è possibile perché tale area è stata definitivamente destinata alla realizzazione di un'opera pubblica si applica la disciplina di cui all'art. 2037 c.c. Al riguardo, la giurisprudenza ha talvolta affermato che in questi casi la nullità del contratto determina l'abusività dell'occupazione, gravando così il Comune non di un obbligo restitutorio bensì risarcitorio ex art. 2043 c.c.²²¹ Quest'ultima impostazione è stata bocciata dalle Sezioni Unite²²² che hanno avallato l'applicazione dell'art. 2037 c.c., stabilendo però che la p.a., in applicazione del principio *mala fides superveniens non nocet*, è tenuta alla restituzione solo nei limiti del proprio arricchimento²²³.

8. Alienazione o trasformazione del bene.

L'art. 2038 c.c. nel disciplinare le conseguenze dell'alienazione di cosa ricevuta indebitamente, distingue non solo tra acquisti a titolo gratuito e a titolo

²¹⁹ MOSCATI *Del pagamento dell'indebito*, op. cit., pp. 231 e ss. Si può trovare un appiglio normativo a tale soluzione in diverse norme codicistiche che disciplinano restituzioni di cose generiche quali gli artt. 1782 e 1818 c.c.

²²⁰ BRUNI op. cit. pp. 225 e ss.

²²¹ Cass. 445/1981 in *Foro italiano* 1982, I c. 1394.

²²² Cass. SU 3674/1982 in *Giustizia civile*, I, 1982, p. 2597.

²²³ ALBANESE *Ingiustizia del profitto*, op. cit., pp. 489 e ss.

oneroso, ma anche a seconda dello stato soggettivo dell'*accipiens* e della sua conoscenza o ignoranza dell'obbligo di restituzione al momento dell'alienazione.

Il regime di cui all'art. 2038 c.c. appare simmetrico a quello di cui all'art. 2037 c.c. previsto per il caso di perimento o deterioramento della *res*. Infatti l'*accipiens* di buona fede, o che aliena la cosa prima di conoscere l'obbligo di restituzione, è tenuto solo a restituire il corrispettivo conseguito. La restituzione del corrispettivo non può essere assimilata *tout court* ad una restituzione per equivalente, dato che esso non coincide con il valore della cosa, ma rappresenta semmai un arricchimento senza causa dell'*accipiens*.

L'*accipiens* di mala fede, o che aliena dopo aver conosciuto l'obbligo restitutorio, deve invece restituire la *res* in natura o corrisponderne il valore. La norma concede al *solvens* anche la possibilità di agire direttamente nei confronti del terzo acquirente pretendendo il corrispettivo ancora dovuto, se l'alienazione è avvenuta a titolo oneroso, o il suo arricchimento in caso di alienazione gratuita. Si configura quindi un'obbligazione alternativa con scelta rimessa al creditore: egli può decidere di chiedere il valore della cosa o il corrispettivo, subentrando eventualmente nei diritti dell'*accipiens* verso il terzo. Il *solvens* valuterà quale opzione sia economicamente più conveniente, a seconda che sia più alto il valore della *res* o il corrispettivo pattuito. In ogni caso, laddove agisca direttamente verso il terzo e non riesca ad ottenere da quest'ultimo il pagamento del corrispettivo non perde la sua pretesa verso l'*accipiens*.²²⁴ Del resto la natura personale della *condictio indebiti* e la circostanza che la legittimazione passiva deriva solo dall'aver ricevuto una prestazione non dovuta, consente al *solvens* di agire contro l'*accipiens* anche se il bene si trovi materialmente presso un terzo.

La possibilità concessa al *solvens* di agire anche nei confronti del terzo acquirente, nasce dalla sovrapposizione alla disciplina dell'indebito di altri meccanismi quali la surrogazione legale ex art. 1203 n. 5 c.c. del *solvens* nel diritto di credito dell'*accipiens indebiti* laddove l'alienazione è a titolo oneroso, e la rimozione dell'arricchimento ingiustificato del terzo nell'alienazione a titolo

²²⁴ ALBANESE *Ingiustizia del profitto*, op. cit., pp. 490 e ss.

gratuito. L'obbligazione restitutoria del terzo è dunque un'obbligazione sussidiaria, diversa dall'obbligazione principale dell'*accipiens*. Il terzo acquirente fa tendenzialmente salvo il suo acquisto a qualsiasi titolo conseguito e indipendentemente dal suo stato di buona o mala fede, salva solo la responsabilità nei limiti dell'arricchimento se ha acquistato a titolo gratuito. In questo senso l'art. 2038 c.c. sembra derogare all'art. 1153 c.c., perché il terzo acquirente a titolo gratuito in buona fede, in base alla regola possesso vale titolo fa integralmente salvo il suo acquisto, senza rispondere di alcun arricchimento.

In materia di impugnative contrattuali gli artt. 1452, 1458 e 1467 c.c. dettati rispettivamente per la rescissione, risoluzione per inadempimento e per eccessiva onerosità sopravvenuta, prevedono regole affini a quella di cui all'art. 2038 c.c. poiché fanno salvi i diritti dei terzi, fermi gli effetti della trascrizione della domanda di rescissione o di risoluzione. I terzi che acquistano prima della risoluzione acquistano *a domino* e dunque non hanno bisogno di dimostrare la ricorrenza dei requisiti di cui all'art. 1153 c.c. L'alienante può cautelarsi solo riservandosi la proprietà della cosa fino al pagamento del prezzo: in questa situazione il terzo acquisterebbe *a non domino* e non sarebbe tutelato dall'art. 1458, II comma c.c. ma solo dall'art. 1153 c.c. qualora ne ricorrano i presupposti. Per gli immobili e mobili registrati, invece più che un problema di anteriorità degli effetti sostanziali, si pone un problema di anteriorità della trascrizione.²²⁵

Se dunque il bene ormai appartiene al terzo che non può essere pregiudicato dalla caducazione del contratto del suo dante causa, laddove quest'ultimo abbia alienato in mala fede e dunque essendo già a conoscenza dell'obbligo di restituzione, non si potrà applicare integralmente la disciplina di cui all'art. 2038, II comma c.c.: non vi sarà dunque l'alternativa tra restituzione della cosa in natura o del suo valore, ma il *solvens* avrà solo la seconda opzione, fermo restando il diritto di esigere direttamente dal terzo il corrispettivo dell'alienazione, eventualmente ancora dovuto.

²²⁵ DALMARTELLO voce *Risoluzione del contratto*, *op. cit.*, pp. 146 e ss.

Se l'acquisto è avvenuto a titolo gratuito e l'*accipiens* è stato inutilmente escusso, il terzo sarà direttamente obbligato verso il *solvens* ai sensi dell'art. 2038, II comma c.c. nei limiti del suo arricchimento: rimangono salve le norme in materia di caducazione contrattuale, perché il terzo resta titolare del suo diritto e l'obbligo che ha nei confronti del *solvens* è solo segnale della precarietà che connota tutte le attribuzioni patrimoniali gratuite.²²⁶

Maggiori difficoltà di coordinamento si riscontrano se il contratto ha ad oggetto beni immobili o mobili registrati: in questo caso, se mancano i presupposti per l'operatività della trascrizione sanante, la caducazione diventa opponibile al terzo acquirente. Qui è evidente l'impossibilità di applicare *tout court* la norma di cui all'art. 2038 c.c. che, prevedendo la salvezza indiscriminata dell'acquisto del terzo vanificherebbe l'efficacia dell'impugnativa contrattuale.

Opposte e speculari considerazioni possono svolgersi in materia di contratto nullo per il quale vale la regola dell'opponibilità illimitata nei confronti dei terzi, salvi gli effetti della trascrizione sanante di cui all'art. 2652 n. 6²²⁷.

Dunque, se il contratto intervenuto tra *solvens* e *accipiens* è colpito da nullità, questa può essere fatta valere nei confronti di chiunque abbia stipulato con l'*accipiens*. La salvezza degli acquisti del terzo acquirente prevista dall'art. 2038 c.c. trova infatti giustificazione nella circostanza che l'*accipiens* si possa considerare effettivo titolare, cosa che non accade se il contratto è nullo e dunque non ha trasferito alcunché.

Anche in materia di annullamento, è dettata una regola parzialmente diversa da quella prevista dall'art. 2038 c.c.: infatti l'art. 1445 c.c. fa salvi gli acquisti dei terzi solo se avvenuti in buona fede e a titolo oneroso.

A fronte di questa divergenza di disciplina una parte della dottrina²²⁸ ritiene che non sia possibile il cumulo di rimedi giuridici e dunque un'applicazione della disciplina dell'indebito all'impugnativa contrattuale del *solvens*. Il terzo acquirente a titolo gratuito, quindi, non potrà invocare l'art. 2038 c.c. per paralizzare l'azione di annullamento, del *solvens* che ha ottenuto l'annullamento del preesistente negozio e ha diritto ad aver restituiti i beni consegnati

²²⁶ ROPPO *Trattato*, op. cit., pp. 405 e ss.

²²⁷ BRUNI *op cit.* pp. 198 e ss.

²²⁸ SPADAFORA *op. cit.* pp. 110 e ss.

all'*accipiens*, coi limiti di cui all'art. 1445 c.c. Allo stesso modo il *solvens* non potrà invocare il rigoroso regime della nullità per sottrarsi all'osservanza dell'art. 2038, I comma c.c. che prevede un trattamento di maggior favore per l'*accipiens* di buona fede²²⁹.

Una dottrina²³⁰ ha tentato di risolvere il contrasto tra la disciplina dell'indebito e le norme dettate per le impugnazioni contrattuali assegnando prevalenza di volta in volta alla previsione che tuteli maggiormente il subacquirente dall'*accipiens indebiti*. Infatti, secondo questa tesi la disciplina dell'indebito potrebbe avere valore di regola generale nelle restituzioni contrattuali solo riguardo al rapporto tra i contraenti, mentre nel conflitto tra una parte e i terzi ad essa potrebbe farsi riferimento solo a condizione che l'applicazione a questi ultimi dell'art. 2038 c.c. non comporti un trattamento deteriore. Quindi mentre con riguardo alla nullità o all'annullamento del contratto l'art. 2038 c.c. potrebbe trovare applicazione, poiché anzi tutelerebbe maggiormente il subacquirente, nel caso di risoluzione o rescissione, dove invece sono fatti salvi i diritti dei terzi, dovrebbe escludersi l'operatività dell'art. 2038 c.c. nella parte in cui consente al *solvens* di agire nei confronti del terzo acquirente a titolo gratuito nei limiti dell'arricchimento.

In realtà una tale soluzione pecca di superficialità, soprattutto con riguardo all'azione di annullamento, dove l'art. 1445 c.c. verrebbe sistematicamente disapplicato e dunque tacitamente abrogato a fronte della disciplina migliorativa di cui all'art. 2038 c.c.

La soluzione del problema non può prescindere da un'analisi degli assetti proprietari all'esito del pagamento indebito. In proposito una parte della dottrina²³¹ ha tentato di individuare nell'art. 2038 c.c. un'ipotesi particolare di acquisto *a non domino* modellata sullo schema di cui agli artt. 1153 e 2652 nn. 6 e 7 c.c.

²²⁹ Si è affermato (SCHLESINGER voce *Arricchimento, azione di*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. I, p. 1008) che il contrasto tra l'art. 2038 e l'art. 1445 c.c., si risolve nel senso che l'art. 2038 allude a un'azione di arricchimento del *solvens* nei confronti del terzo acquirente a titolo gratuito, azione sussidiaria prevista per il caso in cui è preclusa la possibilità di proporre un'azione diversa.

²³⁰ MOSCATI *Del pagamento dell'indebito, op. cit.*, pp. 152 e ss.; BRECCIA voce *Ripetizione dell'indebito* in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVI, Roma 1989, p. 3.

²³¹ MENGONI voce *Acquisto a non domino*, in *Novissimo digesto italiano*, I, Torino 1957, p. 246.

In realtà però queste ultime norme richiedono quali presupposti necessari per l'acquisto a titolo originario, la buona fede e un titolo idoneo, elementi che invece non compaiono nell'art. 2038 c.c.

Infatti una donazione di cosa altrui, quale quella posta in essere dall'*accipiens indebiti* nei confronti del terzo acquirente a titolo gratuito non può costituire "titolo idoneo" ai fini dell'acquisto *a non domino*²³². In verità una tale affermazione potrebbe essere rimessa in discussione a seguito di una recente pronuncia della Suprema Corte (Cass. 10356/2009), la quale pur affermando che la donazione di beni altrui è nulla ai sensi dell'art. 771 c.c., in quanto il bene altrui è da considerarsi soggettivamente futuro rispetto al disponente, ritiene che ai fini della soluzione, in favore del terzo di buona fede, del conflitto di interessi che lo oppone al proprietario, essa possa fungere da titolo idoneo e dunque da coelemento della fattispecie acquisitiva a titolo originario di cui all'art. 1159 c.c.

Ad ogni modo l'art. 2038 c.c. configurerebbe una singolare ipotesi di acquisto *a non domino* che prescinde dall'elemento soggettivo e anzi si configura persino in presenza della mala fede dell'*accipiens*.

Se dunque la disciplina di cui all'art. 2038 c.c. appare difficilmente giustificabile come fattispecie di *acquisto a non domino*, essa trova invece spiegazione ove si ritenga l'acquisto del terzo valido ed efficace per la titolarità in capo all'*accipiens* alienante del diritto trasferito. Una tale ricostruzione però presuppone che si assegni al pagamento dell'indebita efficacia traslativa, il che, come già visto nel Capitolo I, è possibile ma non sempre vero.

Tuttavia, può essere di aiuto il confronto con gli artt. 535, II comma e 1776 c.c., ipotesi nelle quali effettivamente la posizione di alienante prescinde dalla titolarità del *dominium* e dove comunque si hanno esiti simili a quelli dell'alienazione posta in essere dall'*accipiens indebiti*. Tali norme sono ispirate più a un principio di certezza dei traffici che di appartenenza dei beni. Infatti l'art. 535 c.c. va coordinato con l'art. 534 c.c. a norma del quale sono salvi i diritti acquistati per effetto di convenzioni a titolo oneroso con i terzi i quali provino di aver contrattato in buona fede con l'erede apparente.

²³² SPADAFORA *op. cit.*, p. 85.

Dunque, se anche non si può configurare l'art. 2038 c.c. come fattispecie di *acquisto a non domino*, e se pure non si assegna al pagamento dell'indebito efficacia necessariamente traslativa, sicuramente *l'accipiens indebiti* si trova in una situazione di titolarità apparente del diritto, che giustifica la salvezza degli acquisti compiuti dai terzi. *L'accipiens* viene dunque considerato formalmente il nuovo proprietario della cosa²³³ Diversamente, se la proprietà fosse rimasta in capo al *solvens*, non si spiegherebbe perché chi acquista dall'*accipiens indebiti* faccia salvo il suo acquisto, tanto da poter limitare la pretesa restitutoria del *solvens*. La mancanza di un'azione reale del *solvens* nei confronti del terzo induce a ritenere che quest'ultimo ha acquistato *a domino*. E' vero che questa affermazione non si concilia con il riconoscimento di un'azione verso il terzo subacquirente per il pagamento del corrispettivo dell'alienazione. Infatti se *l'accipiens indebiti* avesse alienato da proprietario, il *solvens* potrebbe al massimo agire nei suoi confronti per il risarcimento del danno, ma non avrebbe azione per surrogarsi nel diritto al corrispettivo verso il terzo.²³⁴ Tuttavia, come già sopra accennato, in questo caso si sovrappongono alla disciplina dell'indebito esigenze ulteriori, quali quella di evitare un indebito arricchimento del terzo a danno del *solvens*, che legittimano tale surrogazione.

L'art. 2038 c.c. avrebbe in questo senso una *ratio* antitetica rispetto alla pretesa restitutoria da contratto caducato, in cui l'acquirente perde retroattivamente la proprietà, che torna (o è sempre rimasta in capo) all'alienante, travolgendo, almeno in linea di principio, e salve le specifiche disposizione in materia, gli acquisti dei terzi.

Tuttavia il richiamo alla disciplina dell'indebito in materia contrattuale, può in parte giustificarsi se si pone mente alla circostanza che, nei confronti dei terzi subacquirenti, il contratto stipulato dal loro dante causa, crea una situazione di apparente legittimazione, analoga a quella in cui incorre *l'accipiens indebiti*, o l'erede apparente. E dunque anche qui per un'esigenza di certezza dei traffici occorre tutelare la posizione del terzo.

²³³ BARCELLONA *Note critiche, op. cit.*, p. 34.

²³⁴ MOSCATI *Sulla natura personale dell'azione di ripetizione*, nota a Cass. 2087/1978, in *Rivista di diritto commerciale*, 1981, pp. 213 e ss.

Laddove emergano delle differenze esplicite tra la disciplina dell'indebito e quella dettata in materia di contratti, si dovrà dare prevalenza a quest'ultima, perché speciale rispetto alla prima. Di conseguenza in materia di annullamento l'art. 1445 c.c. farà salvi senza limiti i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede, mentre le altre ipotesi saranno regolate dall'art. 2038 c.c. In materia di risoluzione e rescissione saranno salvi i diritti di tutti i terzi acquirenti, analogamente a quanto previsto dall'art. 2038 c.c. ma con i limiti in esso indicati. In materia di nullità, probabilmente, l'art. 2038 c.c. andrà disapplicato, poiché vanificherebbe il rigoroso regime dettato dagli artt. 1418 e ss c.c. per sanzionare i vizi contrattuali più gravi.

Ciò posto è interessante indagare un ulteriore profilo del problema.

La dottrina si è infatti chiesta se la salvezza dei diritti acquistati dai terzi, si riferisca solo ai diritti reali o anche ai diritti di credito. La ragione di una diversificazione si può ritrovare nella circostanza che l'acquisto di un diritto reale può rimanere fermo nonostante il dante causa, a sua volta acquirente in base a un contratto risolto, ne perda la titolarità, proprio in virtù del principio della retroattività *inter partes* e irretroattività nei confronti dei terzi del meccanismo risolutorio. Nei diritti reali infatti il trasferimento è doppio, dal dante causa all'avente causa e da questi al terzo acquirente quindi il venir meno del primo passaggio non fa venir meno la giustificazione causale del secondo. Invece per quanto riguarda i diritti di credito, se la pretesa creditoria sussistesse nonostante il venir meno del diritto che ne costituisce la fonte, risulterebbe violato il principio di causalità che presiede agli spostamenti patrimoniale. L'art. 1458, II comma c.c. può invece applicarsi ai diritti di credito quando alla cessione sia già seguito l'adempimento: in questo caso l'attribuzione patrimoniale può essere accostata all'acquisto di diritti reali.

Per questi motivi si ritiene che l'art. 1458, II comma non sia applicabile alla cessione del credito, e che dunque il debitore possa sempre far valere la risoluzione del contratto, anche nei confronti dei terzi. Una volta risolto il contratto, indipendentemente da chi abbia esperito l'impugnativa, il credito risulta comunque estinto.

Tuttavia se la legittimazione a impugnare il contratto spetta al cedente, controparte del debitore ceduto nel contratto da risolvere, il ceduto non potrà opporre al cessionario la mera risolubilità del contratto, la quale dipende dalla scelta che l'altra parte potrà compiere tra azione di risoluzione e di adempimento. Se la legittimazione spetta al debitore ceduto egli potrà eccepire al terzo cessionario l'inadempimento del cedente purché esso sia suffragato da una vittoriosa domanda di risoluzione.

L'opponibilità della risoluzione al cessionario del credito non è una vera e propria eccezione ma un semplice ridimensionamento della regola di irretroattività nei confronti dei terzi. Infatti la restituzione dal cessionario al cedente potrebbe essere comunque impedita laddove il primo eccepisce al secondo la garanzia ex art. 1266 c.c.

Se però affermiamo che il cessionario può vedersi opposta la risoluzione del contratto che implica l'estinzione del suo credito, significa che egli subisce direttamente l'inadempimento del debitore ceduto: bisogna dunque stabilire se titolare dell'azione di risoluzione in questo caso sia ancora il cedente o piuttosto il cessionario.

Si può ipotizzare che il diritto alla risoluzione si trasferisca insieme alla cessione del credito tranne che il cedente abbia interesse a conservarlo. In realtà però non rileva solo l'interesse del cedente, ma anche quello dell'altro contraente originario (debitore ceduto), visto che questi non potrebbe agire nei confronti del cessionario per la risoluzione, ma ne potrebbe subire l'azione.

Tra l'altro, se il creditore, in forza di contratto sinallagmatico è a sua volta debitore, così come rimane assoggettato alla risoluzione della controparte, cosa che non può essere cancellata dalla cessione del credito, allo stesso modo non può dirsi che si sia privato della legittimazione attiva alla risoluzione. In quest'ottica, dunque, il diritto di risoluzione non può essere considerato un accessorio del credito e rimane in capo al cedente.

L'acquisto del diritto alla risoluzione celerebbe una vera e propria cessione di contratto perché il cessionario del credito subentrerebbe integralmente nella posizione del cedente. Questo invece non accade visto che con la cessione del credito il cessionario subentra solo nel lato attivo del rapporto e dunque se il

contratto costituisce la causa del credito ceduto, in caso di risoluzione si estingue il diritto del cessionario²³⁵.

9. *La possibilità di restituire in natura come presupposto della risoluzione: l'art. 1492, III comma c.c.*

L'art. 1492 c.c. dettato in materia di garanzia per vizi nella vendita, assegna al compratore la possibilità di scegliere tra la risoluzione del contratto e la riduzione del prezzo. Tuttavia il III comma della norma in esame prevede che “se la cosa è perita per caso fortuito o per colpa del compratore, o se questi l'ha alienata o trasformata, egli non può domandare che la riduzione del prezzo”. In questi casi rimane dunque preclusa la possibilità di risolvere il contratto, e l'acquirente è tenuto anche a sopportare il rischio del fortuito. La risoluzione rimane invece possibile laddove la cosa sia perita in conseguenza dei vizi. Tale eccezione si può estendere a casi analoghi, come quello del compratore che distrugge la cosa per difendersi dai vizi di questa²³⁶.

Il precedente di tale norma nel diritto romano va cercato nell'*actio redibitoria*, per la quale se la cosa affetta da vizi periva senza colpa del compratore, il venditore doveva restituire la prestazione ricevuta senza ricevere alcunché, mentre se la cosa viziata periva per colpa del compratore, il venditore aveva l'obbligo di restituire ugualmente la prestazione ricevuta ma poteva pretendere il risarcimento del danno²³⁷.

Analoga norma è dettata dall'art. 82 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale delle cose mobili ratificata in Italia con l. 765/1985. Detta norma però, pur prevedendo come regola generale che il compratore perda il diritto alla risoluzione se gli è impossibile restituire i beni in uno stato uguale a quello in cui li aveva ricevuti, prevede anche una serie di eccezioni, tra le quali la circostanza che l'impossibilità di restituzione non sia dovuta a un fatto del compratore o che i beni siano stati venduti nel normale svolgimento

²³⁵ CASTRONOVO *op. cit.*, pp. 827 e ss..

²³⁶ MARESCA *Impossibilità della restituzione in integrum e risolubilità, rescindibilità, annullabilità del contratto* in *Rivista di diritto civile*, II, 1977, p. 82.

²³⁷ D. XXI, I 31, par. 6, 11-15 e 38 par. 3.

dell'attività commerciale o che siano stati trasformati o consumati secondo l'uso normale o prima di avere scoperto il difetto di conformità.

La dottrina si è chiesta se l'enunciato dell'art. 1492, III comma, che assume la possibilità di restituire in natura la *res* quale presupposto necessario della risoluzione accollando all'acquirente anche il rischio del fortuito, sia espressione di un principio di carattere generale applicabile al di là dell'ipotesi della garanzia per vizi.

E in effetti, come già accennato nei paragrafi precedenti, una regola analoga si ritrova nell'art. 1465, I comma c.c. che in materia di risoluzione per impossibilità sopravvenuta addossa il rischio del perimento della *res* per causa non imputabile all'alienante in capo all'acquirente. Detta norma prevede la mancata liberazione dell'acquirente dall'obbligo di pagare il prezzo nel caso in cui la cosa venduta e consegnata sia andata distrutta per caso fortuito. Infatti se l'alienazione ha immediato effetto reale, il rischio passa all'acquirente divenuto proprietario indipendentemente dalla consegna. Se l'acquirente non può restituire la cosa a lui consegnata perché distrutta per caso fortuito non può chiedere la risoluzione del contratto. Il caso fortuito dunque non costituirebbe eccezione al principio generale per cui non si può chiedere indietro la propria prestazione se prima non si restituisca l'altrui.²³⁸

Tuttavia vi sono anche norme che sembrano espressione di un principio opposto, come l'art. 1479, II comma c.c., che di fatto esonera l'acquirente di cosa altrui dai rischi del caso fortuito.

Né ci vengono in aiuto gli artt. 2037 e 2038 c.c.: essi infatti presuppongono l'obbligazione restitutoria e dunque danno già per assunta la risoluzione che eventualmente vi sta a monte, disciplinando l'impossibilità di restituzione per perimento o alienazione della *res* (con gli adattamenti previsti dalla teoria del saldo per i contratti a prestazioni corrispettive).

Le due ipotesi dunque si collocano su piani diversi: il principio espresso dall'art. 1492, III comma c.c. opera a monte, precludendo la possibilità di agire per la rimozione del contratto, la quale a sua volta determina il sorgere degli

²³⁸ MARESCA *op. cit.* pp. 80 e ss.

obblighi restitutori. Dopo che tali obblighi sono sorti l'impossibilità di restituzione trova disciplina negli artt. 2037-2038 c.c..

Il nostro problema è dunque stabilire se, al di là della specifica ipotesi della garanzia per vizi nella vendita, si possa chiedere la risoluzione laddove il legittimato sappia già di non essere in grado di assolvere il suo obbligo restitutorio.

In proposito occorre ricordare che l'art. 371 del progetto (1936) del IV libro del codice civile, innovando rispetto all'art. 1504 del c.c. del 1865 e all'art. 1647 del *Code Civil* francese, stabiliva che la perdita o il deterioramento della *res*, anche se dovuta a caso fortuito, non impediva al compratore di esercitare l'azione redibitoria in alternativa a quella estimatoria. Nella versione definitiva del codice civile invece non si è tenuto conto di questa disposizione e l'attuale art. 1492 c.c., segna invece, il ritorno alla norma del c.c. del 1865 al quale è aggiunta la precisazione per cui la redibitoria è esclusa anche nel caso in cui il perimento della *res* sia dovuto a colpa del compratore. Probabilmente la scelta del nostro legislatore è stata influenzata dai par. 351 e ss. del BGB: essi però, nell'ordinamento tedesco rappresentano delle eccezioni alla regola opposta, fissata nel par. 350 il quale consente la risoluzione quando la cosa sia perita per caso fortuito, escludendola solo laddove sia la parte che intende procedervi a provocare la perdita. Nel nostro caso, invece, l'accollo del rischio al compratore in caso di colpa di quest'ultimo, rappresenta la regola generale²³⁹.

La Commissione per la riforma del diritto delle obbligazioni in Germania ha in realtà proposto di introdurre una norma che consenta la risoluzione a prescindere dalla possibilità di restituzione, e dunque anche quando l'impossibilità sia dovuta a colui che domanda la risoluzione. In ciò ha preso spunto probabilmente dai Principi di Diritto Europeo dei contratti, nei quali l'impossibilità di restituzione è neutrale ai fini della risoluzione, nonché dalla legge interna di recepimento della direttiva sul recesso nei contratti stipulati fuori dai locali commerciali (Dir. 577/1985 attuata con HausturWG 16/01/1986). Il legislatore italiano invece nell'attuare la medesima direttiva, con D.lgs 50/1992, oggi trasfuso negli artt. 45 e ss. del codice del consumo

²³⁹ CASTRONOVO, *op. cit.* nota 47 p. 823

(D.lgs 206/2005), ha previsto all'art. 67 che per il recesso del consumatore, qualora vi sia stata consegna dei beni, sia necessaria la sostanziale integrità della merce da restituire, o almeno un normale stato di conservazione laddove il venditore abbia omesso di fornire al consumatore l'informativa sul diritto di recesso. Non è chiaro se il legislatore italiano abbia ritenuto di operare così per coerenza con il disposto dell'art. 1492, III comma, ma in ogni caso, anche qui i limiti posti dalla norma tendono ad accollare al compratore il rischio del perimento della *res*. Ciò tuttavia pare in contraddizione con la stesse finalità del recesso che mira a compensare la situazione di sorpresa in cui viene a trovarsi il consumatore e comunque la sua asimmetria informativa rispetto al venditore. Infatti l'art. 66 c.d.c. disponendo che con l'esercizio del recesso le parti siano sciolte dalle rispettive obbligazioni, sembra strutturare il recesso come condizione risolutiva potestativa con efficacia retroattiva (art. 1360 c.c.), all'esito della quale il rischio del perimento del bene dovrebbe coerentemente gravare sul venditore. In ogni caso la scelta italiana nell'attuazione della direttiva comunitaria, essendo ancora una volta circoscritta al contratto di vendita, non sembra fornire argomenti per un'applicazione generalizzata di tale principio alla risoluzione del contratto.

Una parte della dottrina²⁴⁰, considera l'art. 1492, III comma c.c. come una norma eccezionale. Si osserva infatti che esonerare dal rischio del fortuito chi ha trasferito una cosa viziata significa privilegiare la posizione del contraente inadempiente e addossare al contraente fedele il rischio di ambedue le prestazioni dedotte in contratto. Ciò è giustificabile in materia di garanzia per vizi perché lì il fatto che dà ingresso alla risoluzione, ossia il vizio della cosa, è una circostanza che pur dislocandosi nella sfera dell'inadempiente non si origina da una condotta riprovevole (e infatti l'art. 1494 c.c. esclude il risarcimento del danno per l'interesse positivo in caso di ignoranza dei vizi non imputabile a colpa). La garanzia è qualcosa di diverso dalla responsabilità per inadempimento e dunque la soluzione adottata in relazione alla prima

²⁴⁰ AULETTA *La risoluzione per inadempimento, op. cit.*, p. 474; CASTRONOVO *op. cit.* pp. 822 e ss.

appare in contrasto con le regole generali che presidono alla risoluzione²⁴¹. Secondo questa impostazione quindi, al di fuori della circoscritta ipotesi della garanzia per vizi, il contratto potrà essere risolto anche quando l'avente diritto alla risoluzione non sia in grado di restituire. Si avrà un trasferimento del rischio sull'inadempiente e il contraente fedele, non sarà tenuto neanche alla restituzione per equivalente. Le restituzioni sono infatti un effetto e non un presupposto della risoluzione²⁴².

Tra coloro che invece propugnano l'idea di una generale applicabilità del principio espresso nell'art. 1492, III comma c.c. si osserva in primo luogo che il compimento di atti di alienazione o di trasformazione del bene potrebbe astrattamente assumere la valenza di rinuncia implicita alla domanda di risoluzione sempre che, nel momento in cui dette attività sono poste in essere, il soggetto legittimato sia consapevole della risolubilità del contratto. All'alienazione può essere equiparata l'utilizzazione della cosa consegnata nella misura in cui se ne possa dedurre che l'acquirente abbia inteso mediante l'uso dare il suo benessere alle condizioni della cosa²⁴³. Tali attività, infatti, precludono l'azione di risoluzione non per la sola materiale impossibilità di ripristinare la situazione precedente, ma per l'implicazione che essa comporta di accettazione della cosa nonostante i difetti.

A ciò però si obietta²⁴⁴ che non può considerarsi rinuncia all'azione redibitoria l'alienazione effettuata dal compratore che conosca il vizio della cosa, poiché in realtà egli lungi dal voler accettare il vizio, tenta attraverso la vendita di liberarsi di una cosa inidonea all'uso a cui è destinata, pur sapendo che così facendo si espone nei confronti del suo acquirente a quella stessa garanzia in cui incorre il suo venditore verso di lui. E d'altra parte il compratore ha sempre la possibilità di riacquistare la cosa e restituirla al suo venditore²⁴⁵.

²⁴¹ BELFIORE *Risoluzione per inadempimento*, op. cit. pp. 348 e ss.

²⁴² Cass. 1243/1965; SACCO – DE NOVA *Il contratto* op. cit. , p. 670.

²⁴³ MARESCA op. cit. p. 83

²⁴⁴ COVIELLO jr. *Risoluzione per inadempimento: retroattività e risarcimento del danno* in *Rivista di diritto civile* 1935, pp. 1 e ss.

²⁴⁵ E del resto anche il par. 353 del BGB esclude la risoluzione nel caso in cui il compratore abbia alienato il bene, solo se il terzo acquirente ha danneggiato, distrutto o trasformato la cosa ricevuta ed è impossibile restituirla all'originario venditore.

A ben vedere, l'art. 1492, III comma c.c. sembra esprimere l'esigenza di conservare il vincolo negoziale che abbia raggiunto un risultato finale di utilità per il contraente, come accade quando egli abbia definitivamente utilizzato la prestazione ricevuta. E ciò senza che occorra indagare se in tal modo il soggetto abbia voluto esprimere una volontà di rinuncia alla risoluzione, perché la preclusione sarebbe connessa al fatto obiettivo della trasformazione o dell'alienazione. Con la risoluzione, infatti, il compratore verrebbe a recuperare la sua prestazione, caricando al venditore il danno della sopravvenuta perdita di una cosa che era definitivamente uscita dalla sfera di controllo di questi.

Detta preclusione appare invece incongrua quando l'alienazione sia stata fatta per evitare l'aggravarsi dei vizi o l'aggravarsi delle spese di conservazione e custodia. Deve escludersi poi che l'alienazione abbia efficacia preclusiva quando venga risolta da parte del subacquirente proprio per i difetti originari della cosa²⁴⁶.

La sopportazione del caso fortuito da parte dell'acquirente appare coerente con la logica del *res perit domino*. E non è strano che invece l'art. 1479, II comma c.c. detti una regola diversa, esonerando l'acquirente di cosa altrui dal rischio del fortuito, perché in quel caso l'acquirente è titolare di una mera posizione creditoria e dunque non può per definizione sopportare il rischio del fortuito secondo la regola *res perit domino*. Gli spetta invece il diritto al risarcimento del danno per l'interesse positivo: quindi non gli è precluso il conseguimento, sia pure per equivalente, dei vantaggi originariamente assicurati dal contratto risolto.

Se fosse per regola generale consentita la risolubilità del contratto con esonero dell'attore dal rischio di perimento per il caso fortuito, si trasformerebbe la risoluzione in uno strumento per trarre vantaggio dall'altrui inadempimento, addossando all'inadempiente il rischio di un danno non connesso all'inadempimento stesso. Si spingerebbe così l'attore a chiedere sempre la risoluzione la quale quindi, come già detto, con un'eterogenesi dei fini, da

²⁴⁶ BIANCA *La vendita e la permuta, op. cit.*, pp. 856 e ss.

strumento di tutela diventerebbe tecnica di rimeditazione sulla convenienza dell'affare concluso.²⁴⁷

L'art. 1492, III comma c.c. è dunque coerente con il principio *res perit domino* perché se il contraente fedele non risolve il contratto, e dunque ha definitivamente acquisito il valore della posizione giuridica negoziata, dovrà anche accollarsi il rischio del perimento del bene e degli svantaggio che vi ineriscono. Se invece risolve e dunque si vede preclusi i vantaggi che discendono dal contratto, alla stessa maniera sarà esonerato dai rischi.²⁴⁸

Il principio espresso dalla norma in esame appare in linea anche con l'art. 1221 c.c. che disciplina gli effetti della mora del debitore sul rischio. Infatti nel caso in cui la cosa sia perita a causa dei vizi, l'art. 1492, III comma, prima parte, prevedendo il diritto del compratore alla risoluzione del contratto addossa il rischio al venditore, analogamente a quanto previsto per il debitore in mora. Se invece la cosa perisce per un fortuito da cui sarebbe stata colpita anche presso l'acquirente, l'art. 1492, III comma, ultima parte addossa il rischio all'acquirente, analogamente a quanto previsto dall'art. 1221, I comma ultima parte per il debitore in mora.

Se dunque l'art. 1492, III comma c.c. è espressione di un principio applicabile anche alla risoluzione in generale, non è altrettanto sicuro che esso sia coerente con le altre ipotesi di caducazione contrattuale. Le esigenze, anche di ordine pubblico, sottese alla declaratoria di nullità o alla pronuncia di annullamento o rescissione di un contratto, non sembra possano essere condizionate dal presupposto della restituibilità in natura delle prestazioni già eseguite.

Tuttavia un principio analogo a quello espresso dall'art. 1492, III comma c.c. si ritrova nell'art. 768 c.c. che preclude l'azione di annullamento della divisione per dolo o violenza quando il coerede ha alienato la sua porzione e l'alienazione è avvenuta dopo la scoperta del dolo o la cessazione della violenza. L'alienazione della porzione ereditaria viene qui considerata dal legislatore come esecuzione volontaria con effetto di convalida ex art. 1444 c.c.

²⁴⁷ BELFIORE *Risoluzione per inadempimento*, op. cit., pp. 270 e ss. e 360 e ss.

²⁴⁸ BELFIORE *Risoluzione per inadempimento*, op. cit., pp. 357-358.

Di contro però, l'alienazione di beni ereditari non preclude la rescissione della divisione, e ciò dimostra come la norma dettata in materia di annullamento della divisione sia da considerarsi eccezionale. E del resto a differenza del contratto annullabile, il contratto rescindibile non può essere convalidato e l'equilibrio tra i coeredi, a norma dell'art. 767 c.c. può essere garantito anche con supplemento in denaro o in natura. Se tale supplemento basta a correggere l'eventuale disuguaglianza delle quote, non si vede perché sia necessario per la proponibilità dell'azione di rescissione la restituzione dei beni ereditari, che ha lo scopo di ricostituire la massa originaria e procedere a una nuova divisione. A ciò si aggiunga che la ricostituzione della massa può avvenire anche in maniera fittizia, ponendo in luogo dei beni in natura il loro valore venale, come del resto previsto anche dall'art. 746 c.c. in materia di collazione per imputazione. In più, se così non fosse non si spiegherebbe la disciplina di cui all'art. 2652, n. 1 c.c. ai sensi del quale la sentenza di accoglimento della domanda di rescissione non pregiudica i diritti acquistati dai terzi che hanno acquistato con atto trascritto prima della trascrizione della domanda. Tale norma non avrebbe significato alcuno se l'alienazione della porzione assegnata al dividendo paralizzasse la proposizione della domanda di rescissione.

La differenza di trattamento tra l'azione di annullamento e l'azione di rescissione in materia di divisione si spiega perché l'una è volta ad eliminare un contratto viziato, l'altra, invece ad evitare un danno al dividendo leso. Anzi la rescissione del contratto di divisione, rispetto alla generale azione di rescissione per lesione, prescinde dall'elemento soggettivo e si fonda unicamente sull'elemento oggettivo dell'esistenza della lesione cui si vuole rimediare. Il supplemento diventerà così l'unico strumento possibile, se non si vuole addivenire a una nuova divisione. Nell'azione generale di rescissione, invece, laddove non si dia un supplemento tale da ricondurre a equità il contratto, esso si scioglie.

Ci si può chiedere se la regola espressa nell'art. 1492, III comma c.c., possa subire dei temperamenti: in particolare se l'impossibilità di adempiere l'obbligazione restitutoria comporti un'assoluta irresolubilità del contratto o lasci spazio per una conversione della restituzione in natura in restituzione per

equivalente. Contro questa possibilità si osserva che se l'acquirente non è in grado di offrire la restituzione della cosa nella sua integrità non avrebbe senso sostituire a questa prestazione il versamento di un equivalente in denaro che di fatto corrisponde a quello stesso prezzo che il venditore deve a sua volta restituire. In senso contrario però si replica che non si tratta di un doppio passaggio dello stesso prezzo, perché il compratore restituisce il valore della cosa viziata. Si tratta esclusivamente di trasformare il diritto alle restituzioni in forma specifica in restituzioni per equivalente, la quale sembra accettabile in tutti quei casi i cui non consentire la risoluzione e imporre la prosecuzione del rapporto risulterebbe comunque insoddisfacente per le parti²⁴⁹. In questo modo però l'alienante si troverebbe in una posizione peggiore, sebbene solo dal punto di vista qualitativo e non quantitativo. E sebbene egli sia il contraente infedele, poiché l'impossibilità di restituzione non è a lui imputabile, ma deriva da caso fortuito o da colpa del compratore, non appare del tutto coerente con l'idea del mero ripristino dello *status quo ante*, consentire comunque la risoluzione assegnandogli l'equivalente monetario della *res* a cui avrebbe diritto.

10. Restituzioni nello scioglimento dei contratti di durata.

Già sotto il vigore del codice civile del 1865 era sancita l'irretroattività della risoluzione dei contratti di durata. Sul fondamento di una tale regola, la dottrina dell'epoca²⁵⁰ si era data motivazioni diverse: talvolta si è fatto riferimento all'impossibilità di porre nel nulla ciò che già è stato eseguito, altre volte alla presumibile intenzione delle parti o alle esigenze del commercio. Si è osservato in particolare che pur restando unica la causa contrattuale, nel congegno causale si inserisce comunque la periodicità, che determina l'indipendenza delle singole prestazioni, ciascuna delle quali ha una propria ragion d'essere e un valore in sé. Tuttavia se così fosse, la risoluzione dovrebbe essere limitata alla singola coppia di prestazioni cui si riferisce

²⁴⁹ BELFIORE *Risoluzione per inadempimento*, op. cit., pp. 272 e ss.

²⁵⁰ AULETTA *La risoluzione per inadempimento*, op. cit., pp. 283 e ss.

l'inadempimento, senza effetto non solo sulle prestazioni già eseguite, ma anche sulle prestazioni future, privando così l'adempiente del maggior vantaggio della risoluzione. Per evitare questa paradossale conseguenza si distingue tra violazione di una singola prestazione e violazione del contratto nel suo complesso: quest'ultima si verifica quando è l'intero contratto che subisce la ripercussione dell'inadempimento della singola prestazione periodica e dunque non si ha più interesse alla sua continuazione.

Si può dire che l'assunzione di un vincolo contrattuale duraturo presuppone non solo la sicurezza che gli obblighi contrattuali siano rispettati oggi, ma anche che lo saranno in seguito. Quindi ogni volta in cui si metta in pericolo con un fatto attuale un adempimento futuro si avrà un giusto motivo di scioglimento.

Le prestazioni già eseguite, sempre se eseguite esattamente, hanno interamente soddisfatto le reciproche ragioni creditorie in attuazione del nesso sinallagmatico e dunque rispetto ad esse il rapporto deve intendersi esaurito senza alcun effetto restitutorio, dato il già intervenuto riequilibrio delle situazioni delle parti²⁵¹. Invece lo scioglimento rispetto alle prestazioni future è necessario perché solo riavendo la disponibilità di queste ultime si può tornare liberi sul mercato e concludere un nuovo rapporto di durata, o comunque ci si libera dalla necessità dell'attività preparatoria di prestazioni future relative a un rapporto che probabilmente rimarrà inadempito.

L'irretroattività della risoluzione dei contratti di durata è previsione che ha trovato riconoscimento anche nel codice civile del 1942 all'art. 1458. Ciò però non esclude del tutto l'eventualità che possano sorgere obbligazioni restitutorie, perché gli effetti della risoluzione retroagiscono comunque fino al momento dell'inadempimento. Saranno dunque oggetto di restituzione le prestazioni eseguite da quel momento in poi, nonché le prestazioni eseguite anticipatamente quale corrispettivo di una prestazione inadempita e le prestazioni propedeutiche all'attuazione del rapporto contrattuale. Nel caso di controprestazione anticipata la risoluzione avrà comunque effetto retroattivo perché altrimenti si favorirebbe ingiustamente l'inadempiente consentendogli

²⁵¹ Cass. 7169/1995 in *MGC* 1995, fasc. 6.

di conservare la prestazione acquisita. Nel caso di controprestazione posticipata al contrario non si può ritenere efficace la risoluzione su tutte le prestazioni non ancora eseguite perché una tale soluzione favorirebbe oltremodo il contraente adempiente che avesse ricevuto fino a quel momento la prestazione continuata: egli potrebbe infatti trattenere quanto ricevuto senza dover prestare nulla. Per questi contratti dunque, che sono solo unilateralmente a esecuzione continuata o periodica, è necessario applicare la regola della retroattività. Restano fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 1458 c.c. quei contratti nei quali la prestazione di durata è a carico di una sola delle parti, mentre quella dovuta dall'altra è ad esecuzione istantanea.

Nei contratti a esecuzione continuata, tra i quali rientra in particolare il contratto di lavoro subordinato, ma anche il contratto di società, non è dato ravvisare una pluralità di prestazioni ripetute nel tempo, come avviene in quelli a esecuzione periodica. L'espressione usata nell'art. 1458 c.c., che fa riferimento alle "prestazioni già eseguite" sembra pensata in effetti solo in relazione a questi ultimi. Tuttavia si osserva²⁵² che l'unitarietà della prestazione dedotta a oggetto dei contratti a esecuzione continuata non è incompatibile con la possibilità che questa prestazione protratta nel tempo, cessi o divenga difettosa solo a partire da un certo momento e che la restituzione retroagisca fino a quel momento. E anzi in relazione a questi contratti sarebbe congruo ritenere retroattivamente operante, anche il recesso giustificato dall'inadempimento, il cui campo di applicazione sembra coincidere con la risoluzione stragiudiziale. Ciò sebbene si tenda generalmente ad attribuire al recesso efficacia *ex nunc*. Del resto non mancano i casi, ad esempio in materia di caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.), in cui il legislatore ha adoperato il termine recesso anche per designare atti che comportano uno scioglimento retroattivo del vincolo contrattuale.

Dunque, ai sensi dell'art. 1458 c.c., gli effetti del contratto restano salvi per il periodo in cui il rapporto ha avuto regolare esecuzione mentre vengono cancellati per il periodo relativo all'inadempimento. Tuttavia, secondo una

²⁵² GABRIELLI *Recesso e risoluzione per inadempimento*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 3/1974 pp. 738 e ss..

differente ricostruzione²⁵³ l'attore potrebbe disporre degli effetti della risoluzione chiedendo l'adempimento per le prestazioni ineseguite fino al momento della domanda, e la risoluzione da quel momento in poi. In alcuni casi poi, come per l'art. 1591 c.c. in materia di locazione, si verifica un'ultrattività degli effetti del contratto oltre la risoluzione: il conduttore in mora nel restituire la cosa è infatti tenuto comunque a pagare al locatore il corrispettivo convenuto fino alla riconsegna. Non è mancato poi chi, volendo spezzare la rigida alternativa tra retroattività e irretroattività ha proposto di valutare di volta in volta fra le prestazioni eseguite quelle per cui sussiste il rapporto di reciprocità che rimarrebbero intangibili, e quelle per cui non sussiste e che verrebbero travolte²⁵⁴.

Un'ipotesi particolare è quella relativa al contratto di leasing²⁵⁵. Al leasing di godimento si ritiene infatti applicabile la disciplina prevista per i contratti di durata di cui all'art. 1458 c.c., mentre al leasing traslativo la disciplina in materia di risoluzione della vendita con riserva della proprietà (art. 1526, comma I c.c.).

Nel primo caso gli effetti sono più gravosi per l'utilizzatore che non ha la possibilità di recuperare i canoni già pagati, e molto più favorevoli per il concedente. Questo perché si ritiene che nel leasing di godimento i canoni siano volti a remunerare la fruizione del bene e non il trasferimento della proprietà che si verifica solo in via eventuale tramite l'esercizio del diritto di opzione. Fino al momento dell'inadempimento dunque l'interesse di entrambi i contraenti risulta pienamente soddisfatto.

Nel leasing traslativo, invece, i canoni pagati dall'utilizzatore non sono solo volti a remunerare il godimento del bene ma costituiscono anche corrispettivo anticipato del trasferimento della proprietà. Questo si verifica al termine del rapporto ma per un corrispettivo inferiore al valore del bene visto che esso è stato già in parte remunerato nel corso del rapporto. In questa fattispecie dunque, se la risoluzione del contratto non avesse effetti retroattivi l'utilizzatore sarebbe eccessivamente penalizzato perché perderebbe il maggior

²⁵³ SACCO – DE NOVA *Il contratto*, op. cit. p. 668.

²⁵⁴ DALMARTELLO voce *Risoluzione del contratto*, op. cit. , pp. 148 e ss.

²⁵⁵ ROPPO *Trattato*, op. cit., pp. 377 e ss.

valore che ha pagato nel canone per remunerare anche l'acquisto della proprietà. Per questo risulta più equa la disciplina di cui all'art. 1526 c.c., che prevede l'obbligo del concedente di restituire le rate rimosse, salvo un equo compenso per l'uso della cosa, parametrato al suo valore di godimento, oltre al risarcimento del danno.

L'art. 1526, I comma, tuttavia non prevede che a fronte dell'obbligo dell'inadempiente di versare un equo compenso corrisponda un obbligo del venditore di corrispondere gli interessi sulle rate rimosse. Questo trattamento di particolare favore per il contraente fedele si può giustificare configurando l'art.1526 c.c. come deroga al sistema generale della risoluzione. Infatti, mentre alla risoluzione spetta il compito di eliminare il contratto nella sua particolare composizione qualitativa del patrimonio e di tenerlo invece in vita come scambio di valori, nella particolare categoria dei contratti di vendita con riserva di proprietà l'equo compenso ha il compito di reintegrare il valore capitale della *res* ricevuta. Dunque il venditore non può essere tenuto alla corresponsione degli interessi sulle somme rimosse perché questo avrebbe l'effetto paradossale di riconoscere proprio all'inadempiente il diritto alla remunerazione del capitale incorporato nella *res*.²⁵⁶

Le considerazioni sopra svolte circa l'irretroattività dello scioglimento dei contratti di durata hanno tutte come riferimento il meccanismo risolutorio. Una regola analoga a quella dettata dall'art. 1458 c.c. circa l'irretroattività della risoluzione nei contratti di durata, non si rinviene invece nella disciplina dell'invalidità del contratto. Ci si chiede però se non sia rinvenibile nel nostro ordinamento un principio generale di irretroattività dello scioglimento nei rapporti (contrattuali e non) di durata. Di esso può ravvisarsi traccia in alcune norme come gli artt. 2126, 2332 e 128 c.c. dettati rispettivamente in materia di contratto di lavoro, di società e di matrimonio putativo. Si tratta in effetti di settori particolari, nei quali agli interessi individuali si accompagna la necessità di salvaguardare esigenze collettive di stabilità. Diventa quindi maggiormente

²⁵⁶ BELFIORE *Risoluzione per inadempimento*, op. cit., pp. 340 e ss.

utile in questi casi che il diritto si adegui al fatto piuttosto che il contrario²⁵⁷. L'art. 2126 c.c. dispone che “la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa”. L'art. 2332 in materia di società per azioni, prevede che la nullità della società, una volta avvenuta la sua iscrizione nel registro delle imprese, può essere dichiarata solo in casi determinati, e che comunque “non pregiudica l'efficacia degli atti compiuti in nome della società dopo l'iscrizione nel registro delle imprese”. Infine l'art. 129 c.c., fa salvi ad alcuni fini e in presenza di determinate condizioni gli effetti di un matrimonio dichiarato nullo.

In tutti questi casi, l'azione di nullità si converte in mera impugnativa con effetti *ex nunc*: ciò non sembra in contrasto con il giudizio di disvalore che accompagna la nullità, il quale non preclude una parziale efficacia del contratto sia pure nel periodo anteriore al suo accertamento: viene così temperata l'assolutezza della regola della totale inefficacia del contratto nullo, regola che peraltro non risulta da alcuna disposizione di legge, ma viene ricavata in via interpretativa e sistematica. Una tale soluzione varrà *a fortiori* per il caso di annullabilità.

Tuttavia è discutibile che tali regole possano considerarsi espressione di un principio generale latente nel sistema. Ciò soprattutto perché sono dettate in settori particolari, per rispondere a esigenze ben precise e dunque di fatto eccezionali. Del resto in materia di invalidità, così come anche con riferimento alla rescissione, dato il carattere originario del vizio che affligge il contratto, non è detto che le prestazioni già eseguite abbiano soddisfatto gli interessi delle parti e dunque siano da considerarsi intangibili. Anzi può apparire opportuna una loro rimozione al fine di ristabilire l'equilibrio economico tra i contraenti. L'effetto “sanante” previsto dagli artt. 2126 e 2332 c.c., applicato automaticamente ad altri contratti, potrebbe di fatto disattendere a questa esigenza.

²⁵⁷ STELLA RICHTER *Contributi allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1977, p. 173

CAPITOLO III

1. *Condictio indebiti proprietaria e condictio indebiti possessoria.*

Alla luce di quanto analizzato nel capitolo II, emerge come nel nostro sistema, ai fini della pretesa restitutoria, le fattispecie di caducazione del contratto possano essere tutte poste sullo stesso piano, indipendentemente dal fatto che derivino da vizi genetici o sopravvenuti del vincolo negoziale: venendo meno retroattivamente il contratto, le due ipotesi sono in effetti assimilabili, e ciò spiega perché la *condictio indebiti* sia richiamata sia nell'art. 1422 c.c. in materia di nullità, sia nell'art. 1463 c.c. in materia di risoluzione.

Occorre a questo punto verificare quale sia la posizione del *solvens* che agisce per la restituzione di quanto prestato in forza di un contratto caducato. Se infatti si parte dall'assunto che il contratto viene meno con efficacia *ex tunc*, si deve conseguentemente affermare che egli agisce per la restituzione in qualità di proprietario della *res*. Nonostante ciò il legislatore individua quale azione volta al recupero di quanto è oggetto del contratto, non l'azione di rivendica, bensì la *condictio indebiti*. Prima di analizzare le ragioni di una tale opzione legislativa e di verificare in che modo interagiscano l'azione petitoria reale e l'azione personale *ex indebito*, occorre riprendere le fila del discorso iniziato nel capitolo I (in particolare v. par. 11) circa l'efficacia traslativa del pagamento dell'indebito per verificare, se gli artt. 2033 e ss. c.c. disciplinino un'unica azione, ovvero se sia possibile individuare una *condictio* proprietaria e una *condictio* possessoria.

Una parte della dottrina²⁵⁸ infatti, ritiene che gli artt. 2037 e 2038 c.c. presuppongano sempre l'acquisto della proprietà da parte dell'*accipiens indebiti*. Ciò anche se in realtà il fondamento dell'indebito è da ricercare esclusivamente nel pagamento non dovuto, fatto che non determina necessariamente il trasferimento della proprietà, anche perché a eseguire il pagamento può anche

²⁵⁸ ARGIROFFI *Ripetizione di cosa determinata e acquisto a domino della proprietà*, Milano 1980, p. 149.

essere un *non dominus*. Invero, il regime previsto per il caso di perimento di cosa determinata nelle mani del percipiente di buona fede (art. 2037, III comma c.c.) potrebbe astrattamente conciliarsi tanto con l'ipotesi in cui l'*accipiens* sia divenuto proprietario, quanto con l'ipotesi in cui sia semplice possessore, visto che in questo caso il *quantum* della restituzione si risolve nell'arricchimento. Invece la disciplina prevista per il percipiente di mala fede (art. 2037, II comma c.c.) così come la disciplina di cui all'art. 2038 c.c. in materia di alienazione della *res indebita*, sembra più orientata verso una struttura proprietaria della *condictio indebiti*, sebbene, come visto, la salvezza degli acquisti dei terzi possa giustificarsi anche in base a un principio di apparenza e di mera titolarità formale dell'*accipiens*.²⁵⁹

Tuttavia se si parte dal presupposto che l'*accipiens indebiti* acquista la proprietà della *res*, la disciplina dell'indebito diventa difficilmente coordinabile con le regole in materia di impugnative contrattuali. Tanto che una parte della dottrina²⁶⁰ osserva come una *condictio indebiti* (di natura proprietaria) può essere strumento idoneo per il recupero della *res* solo negli ordinamenti fondati sul sistema binario contratto-negozio di trasferimento, come ad esempio l'antico diritto romano e l'odierno diritto tedesco. In questi sistemi, infatti, la caducazione del contratto non produce alcun effetto sul negozio esecutivo di trasferimento, che viene rimosso proprio tramite la *condictio*. Invece, in un sistema come il nostro, che sposa il principio consensualistico le azioni di caducazione sortiscono un vero e proprio effetto reale, facendo venire meno retroattivamente il negozio. In questo modo dunque la titolarità della *res* torna in capo al *solvens* e questi, già proprietario, dovrà agire soltanto per il recupero del possesso²⁶¹. Essendo dunque il percipiente gravato solo di un'obbligazione correlata alla reintegrazione del possesso, laddove la restituzione non possa essere soddisfatta in natura, lo sarà per equivalente in misura pari al valore di

²⁵⁹ BRUNI *Contributo allo studio dei rapporti tra azione di caducazione contrattuale e ripetizione di indebito*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, pp. 205 e ss.

²⁶⁰ BARCELLONA *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1965, I.

²⁶¹ BARCELLONA *op. cit.*, p. 29

godimento della cosa o all'arricchimento che da detto godimento abbia conseguito l'*accipiens*.

Per questa ragione, le contraddizioni emerse nell'applicazione della normativa in materia di indebito alla caducazione del contratto in relazione soprattutto a quanto previsto dagli artt. 2037 e 2038 c.c., hanno spinto gli interpreti a verificare se sia possibile individuare una *condictio* fondata su presupposti diversi da quelli proprietari, mutuati dalla normativa possessoria e dunque conciliabili con la disciplina contrattuale.

E in effetti la disciplina in materia di indebito sembra sotto molti aspetti modellata su quella possessoria, sebbene con alcune significative divergenze. Infatti l'art. 2033 c.c. nel disciplinare la restituzione di frutti e interessi richiama l'art. 1148 c.c., anche se manca un rinvio alla responsabilità del possessore di mala fede per i frutti *percipiendi*²⁶². Così anche l'art. 2040 c.c., che regola il quantum dell'indennizzo dovuto dal *solvens* all'*accipiens* per le spese sulla *res indebita*, rinvia espressamente ad alcune norme in materia di possesso. Da questo punto di vista non è un caso che all'epoca del codice del 1865 si parlasse di *condictio possessionis* per sottolineare che la ripetizione dell'indebito era un mezzo di reazione ai fatti lesivi del possesso.

Ci si chiede dunque se nel Titolo VII siano ravvisabili due diverse discipline: gli artt. 2037-2038 c.c. che disciplinano una *condictio indebiti* proprietaria e gli artt. 2033-2040 c.c. che disciplinano invece una *condictio* possessoria, la quale quindi risulterebbe più facilmente applicabile alle ipotesi di caducazione di contratti traslativi (sempre che in questo caso l'acquisto della proprietà non si sia realizzato in capo al percipiente in modo diverso dal contratto rimosso²⁶³).

²⁶² Tuttavia si ritiene che stante la natura complessa della prestazione, se l'inerzia nel rendere fruttifera la cosa ricevuta sia imputabile al percipiente questi sarà tenuto a restituire anche tali frutti. (v. Cass. 2941/1952, in *Repertorio Foro Italiano*, 1952, voce *Indebito*. Secondo altra dottrina (BENATTI *Possesso di b.f. e acquisto dei frutti*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1958, II, p.331) l'obbligo di restituire i frutti *percipiendi* si fonderebbe invece sulla violazione della regola di buona fede e correttezza di cui all'art. 1175 c.c. L'*accipiens* di buona fede viene così tutelato dall'ordinamento perché deve restituire tutti i valori di cui si sia effettivamente arricchito nei limiti del depauperamento del *solvens* ma non può essere obbligato a restituire utilità che non ha mai tratto. O al limite si potrebbe imporre all'*accipiens* l'obbligo di riversare la minor somma tra frutti percepiti e *percipiendi* con la normale diligenza.

²⁶³ BRUNI *op. cit.*, pp. 215 e ss.

Il tratto differenziale della *condictio possessoria* rispetto alla *condictio proprietaria* starebbe proprio nella disciplina dei casi di perimento o alienazione della *res indebita*: alla *condictio possessoria* non sarebbero infatti applicabili gli artt. 2037 e 2038 c.c., bensì l'art.1218 c.c. in quanto si tratterebbe di inadempimento dell'obbligazione di restituzione. Il *solvens* potrà dunque chiedere la restituzione all'*accipiens* che dovrà recuperare la cosa presso il terzo o in mancanza rispondere a titolo contrattuale per il risarcimento del danno. In questo modo si potrà ottenere la condanna al risarcimento dei danni anche dell'*accipiens* che fosse in buona fede colpevole al momento della *solutio*, come avviene nella maggior parte dei casi in cui la prestazione è effettuata in esecuzione di un contratto invalido. Nel caso invece in cui l'*accipiens* abbia ricevuto la cosa in uno stato di buona fede incolpevole varranno le regole sull'arricchimento ingiustificato²⁶⁴.

Se dunque nel momento in cui il negozio è caducato il percipiente ha già alienato la *res indebita* a terzi, il *solvens* potrà sempre agire contro l'*accipiens* con la *condictio* per recuperare il possesso della cosa, ferma restando la possibilità di agire anche in rivendica nei confronti del terzo acquirente. La legittimazione passiva dell'*accipiens* deriva infatti dalla circostanza che la *condictio indebiti* è un'azione personale, rivolta nei confronti di chi ha ricevuto una prestazione indebita, indipendentemente dal fatto che costui si trovi ancora nel possesso della cosa. Egli infatti potrà sempre procedere al suo materiale recupero. Se però il terzo ha acquistato in maniera non più attaccabile, si avrà una lesione del diritto di credito del *solvens* fonte di responsabilità per l'*accipiens*, ai sensi dell'art. 1218 c.c.²⁶⁵

Se l'*accipiens* acquista la proprietà, invece, gli atti da lui compiuti sulla *res indebita* non potranno mai concretizzarsi in un danno risarcibile perché sono atti compiuti dal titolare sulla cosa propria: la sua ingerenza sul bene *medio tempore* sarà dunque perfettamente lecita. Se invece egli acquista solo il possesso, sarà tenuto a un generico dovere di astensione, come qualsiasi terzo: ogni sua ingerenza *medio tempore* avrà carattere illecito e occorrerà distinguere a seconda

²⁶⁴ BRUNI *op. cit.*, pp. 235-236

²⁶⁵ BRUNI *op. cit.*, pp. 223-224.

che l'impossibilità della restituzione in natura sia o meno a lui imputabile, per il modo in cui ha provveduto alla custodia. Laddove manchi un nesso causale tra comportamento positivo del ricevente e perimento della cosa, nessuna pretesa potrà derivare al proprietario, salva l'eventuale applicazione dell'azione generale di arricchimento, perché il comportamento omissivo non costituisce mai lesione della proprietà.

L'idea di individuare nel Titolo VII, dedicato all'indebitto una doppia disciplina, proprietaria e possessoria, se sul piano pratico consente di appianare le difficoltà di coordinamento con le regole in materia di impugnative contrattuali, non appare giustificabile sul piano sistematico. È infatti artificioso volere individuare rispettivamente negli artt. 2037-2038 c.c. e negli artt. 2033 e 2040 c.c. due fattispecie autonome. Una tale soluzione costringe a individuare al di fuori dello stesso titolo VII, e dunque nelle norme in materia di responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.), il completamento della disciplina della *condictio* possessoria per i casi di perimento o alienazione della *res* che rendono impossibile la restituzione in natura a favore del *solvens*; e nello stesso tempo impone di individuare un fondamento "proprietario" agli artt. 2037-2038, quando invece, come sopra visto, ciò non è strettamente indispensabile né è in alcun modo effetto naturale del pagamento indebito.

In realtà il fondamento della *condictio* è unitario e consiste nella mancanza di causa dell'attribuzione, non nel possesso *sine titulo* della cosa, sebbene i due presupposti vengano a coincidere quando il pagamento indebito non ha trasferito la proprietà.

2. *Causa del negozio e causa dell'attribuzione.*

Occorre a questo punto riflettere sulla nozione di mancanza di *causa solvendi* applicata all'ambito dell'impugnativa contrattuale.

Secondo una parte della dottrina²⁶⁶, nel nostro ordinamento vi sarebbe una sovrapposizione tra la giusta causa del trasferimento e la causa del negozio: conseguenza di questa impostazione è un assorbimento nell'area dell'invalidità

²⁶⁶ TRABUCCHI voce *Arricchimento*, in *Enciclopedia del diritto*, III, Milano 1958, pp. 64-65.

dei rimedi contro la mancanza di causa della prestazione. L'assimilazione del difetto di giusta causa di cui all'art. 2041 c.c. con la mancanza di un valido negozio svuota infatti completamente la funzione giuridica dell'arricchimento. Venendo meno il negozio che costituisce nello stesso tempo fonte e giustificazione dello spostamento patrimoniale non dovrebbe neanche prospettarsi un autonomo problema di reazione all'arricchimento.

Se però si ritiene che la giusta causa dell'attribuzione coincida con il negozio sottostante, qualsiasi vizio di quest'ultimo determinerà la mancanza della prima²⁶⁷. Inoltre la nozione di causa assumerà una connotazione ambivalente: la causa in senso stretto intesa come requisito essenziale del contratto ex art. 1325 c.c.; la giusta causa dell'attribuzione che coincide col negozio nel suo insieme. Non è detto che la causa in senso stretto giustifichi contemporaneamente il negozio e l'attribuzione. Infatti, il contratto può anche non determinare immediatamente il trasferimento del bene è ciò nonostante essere dotato del proprio requisito causale. D'altra parte se riteniamo che il negozio sia in quanto tale causa dell'attribuzione, ogni negozio sarà idoneo ad assolvere questo compito e dunque non sarà possibile distinguere tra trasferimenti astratti e causali.

Per queste ragioni, secondo un opposto orientamento²⁶⁸, la giusta causa dell'attribuzione va tenuta distinta dalla giusta causa del negozio. Se la causa serve a dimostrare la serietà dell'intento di obbligarsi, allo stesso requisito non può attribuirsi il compito di giustificare il trasferimento.

Se dunque il negozio viene meno, perché caducato con un'azione di impugnativa contrattuale, non per questo può dirsi che sia automaticamente venuta meno la giusta causa dell'attribuzione patrimoniale frattanto realizzatasi. Nel momento in cui si è prodotto lo spostamento patrimoniale, infatti, vi era una causa giustificativa dello stesso. Anche nell'ipotesi in cui il negozio fosse nullo, infatti, per quanto improduttivo di effetti *ab origine*, esso non è inesistente: è comunque, come già visto, un "simulacro di contratto" in

²⁶⁷ NICOLO' *L'adempimento dell'obbligo altrui*, in *Raccolta di scritti*, II, Milano 1980.

²⁶⁸ BARCELLONA *op. cit.*, pp. 11 e ss.

grado di produrre uno spostamento patrimoniale, seppure precario, o meglio in attesa di essere consolidato.

Il fatto stesso che lo spostamento patrimoniale sia avvenuto in forza di un negozio, indipendentemente dalla successive vicende di quest'ultimo, lo rende causalmente giustificato. La distinzione, apparentemente sottile, tra causa del contratto e causa dello spostamento patrimoniale, porta a confutare l'idea consolidata²⁶⁹ secondo cui la disciplina dell'indebito avrebbe una connotazione neutra, non influenzata dalla fonte dell'obbligazione restitutoria. Secondo questa ricostruzione, infatti, gli artt. 2033 e ss. assorbirebbero gli spazi della *condictio ob causam finitam*²⁷⁰ indipendentemente dal fatto che la mancanza sopravvenuta della *causa solvendi* sia imputabile all'*accipiens*. Sarebbe per questo motivo che il legislatore non ha avvertito l'esigenza di puntualizzare che essa è esperibile anche laddove la mancanza di una causa giustificativa dell'attribuzione sia sopravvenuta..

In realtà, così ragionando si confonde il fondamento giustificativo dello spostamento patrimoniale con il fondamento causale del contratto. Quest'ultimo può essere travolto da vizi originari o sopravvenuti. Ma lo spostamento patrimoniale, nel momento in cui è avvenuto era giustificato dalla presenza del negozio. E la circostanza che esso venga meno con efficacia retroattiva non può rendere, come visto, retroattivamente non dovuto ciò che nel momento della sua esecuzione era invece dovuto. Per questo motivo appare più coerente il ragionamento svolto da quella dottrina²⁷¹, che osserva come la disciplina dell'indebito sembri pensata per prestazioni "isolate" e mancanti fin dall'origine di una causa. Le prestazioni contrattuali sono invece giustificate dalla presenza del negozio e per di più avvinte dal nesso sinallagmatico, costituendo l'una la causa e il corrispettivo dell'altra.

Per questa ragione il fondamento della *condictio indebiti* nell'ambito delle restituzioni da caducazione contrattuale non può trovare fondamento nella

²⁶⁹ BRECCIA voce *Ripetizione dell'indebito*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVI, Roma 1989, p. 8.

²⁷⁰ Sebbene DI MAJO, (*La tutela civile dei diritti*, Milano 2003, p. 331) auspichi un recupero dell'autonomia della *condictio ob causam finitam* attraverso una distinzione tra le restituzioni da caducazione del contratto e restituzioni derivanti da fatti extracontrattuali.

²⁷¹ STOLFI *Teoria del negozio giuridico*, Milano 1950, pp. 71 e ss.

mancanza, originaria o sopravvenuta di *causa solvendi*, quanto piuttosto nella circostanza che il *solvens*, tornato o rimasto proprietario della *res* oggetto del contratto caducato intenda rientrarne in possesso.

3. *Condictio indebiti e azione di rivendica.*

Occorre a questo punto chiarire i rapporti tra *condictio indebiti* e rivendica nell'ambito delle restituzioni contrattuali. Per far ciò pare opportuna una premessa di carattere storico.

Sotto il vigore del *Code Napoleon*, la dottrina francese dell'epoca (soprattutto Laurent) interpretava gli artt. 549-550 nel senso che il proprietario poteva agire in rivendicazione quando il titolo in base al quale il possessore aveva acquistato il possesso proveniva da un terzo; se invece il titolo era stato posto in essere dal *dominus* ed era viziato, questi non poteva proporre l'azione di rivendica bensì far dichiarare la nullità del contratto ed esercitare l'azione personale di ripetizione. A questa interpretazione si era obiettato (Baudry-Lacantinerie) che l'art. 549 *code napoleon* pur trovando sua naturale applicazione alle alienazioni *a non domino* estendeva la sua portata anche agli acquisti *a domino*: l'esercizio dell'azione personale di nullità portava con sé come complemento implicito un'azione di rivendica. A ciò si rispondeva osservando però che l'obbligo di restituzione collegato alla dichiarazione di nullità del contratto, prescindeva dalla titolarità della proprietà nell'alienante ed era la conseguenza del difetto di titolo nell'acquirente possessore²⁷².

Anche la dottrina italiana, sotto il vigore del codice civile del 1865 approfondendo il problema delle tutele restitutorie da caducazione del contratto si interrogava circa il rapporto tra azioni personali e reali, prendendo spunto in particolare dall'istituto della condizione risolutiva tacita. Tale fattispecie trovava fondamento in una presunta intenzione dei contraenti, così come reinterpretata dal legislatore²⁷³. Si riteneva cioè che nei contratti

²⁷² BENATTI *Possesso di buona fede e acquisto dei frutti*, nota a Cass. 1197/1957, in *Rivista di diritto commerciale*, II, 1958, pp. 323 e ss.

²⁷³ GALLAVRESI *La condizione risolutiva sottintesa nei contratti bilaterali*, Milano, 1877, pp. 33 e ss.

sinallagmatici fosse sempre implicitamente sottintesa una condizione risolutiva per il caso di inadempimento da parte di uno dei due contraenti. Essa non andava a incidere sul piano causale giacché la causa risiede per ciascuna delle parti nell'obbligo che l'altra parte si assume, non già nell'adempimento dell'obbligo medesimo. Poiché sussiste sempre nel contraente che non adempie il contratto l'obbligo di eseguirlo, la causa del contratto non viene a mancare in seguito all'inadempimento di una delle parti, e tuttavia il contratto si risolve.

La dottrina²⁷⁴ che si era occupata della condizione risolutiva tacita si era chiesta se essa fosse dotata di retroattività reale o di retroattività meramente obbligatoria, intendendo per quest'ultima una forma di retroattività che rispetta la situazione giuridica venutasi a creare, ma dà vita a un rapporto obbligatorio tendente a eliminarne il significato economico.

Invero tornando la proprietà al *solvens* automaticamente e dunque senza nessun obbligo di ritrasferimento da parte del compratore, sembrerebbe di trovarsi di fronte a un'ipotesi di retroattività reale. Tuttavia un'attenta dottrina²⁷⁵ osservava come una tale ricostruzione confondesse tra retroattività reale e revoca reale. Bisognava invece distinguere tra revoca reale e obbligatoria e revoca con efficacia *ex nunc o ex tunc*, perché tali classificazioni si trovano su piani diversi e possono tra loro variamente combinarsi. La condizione risolutiva tacita, secondo questa ricostruzione, rappresentava un caso di revoca reale con retroattività obbligatoria, a differenza della condizione risolutiva espressa. Addirittura una parte della dottrina²⁷⁶ sosteneva che il problema della retroattività reale non si potesse nemmeno presentare nel campo della risoluzione per inadempimento: la retroattività reale è infatti sinonimo di opponibilità ai terzi, mentre la risoluzione è inopponibile ai terzi acquirenti nel tempo intermedio. L'affermazione di un'efficacia retroattiva obbligatoria della condizione, non creava comunque problemi circa l'obbligo di restituire i frutti maturati nel tempo intermedio. Al contrario si riteneva che affermando la

²⁷⁴ BIGIAMI *Irretroattività della risoluzione per inadempimento* in *Rivista di diritto commerciale* 1934, I, pp. 695 e ss. FERRINI *Manuale di pandette*, Milano 1917, pp. 139-140.

²⁷⁵ BONFANTE *Corso di diritto romano*, vol. II, *La proprietà*, sez. II, Roma, 1928, p. 277.

²⁷⁶ BIGIAMI *op. cit.*, p. 704

retroattività reale sarebbe sorta la difficoltà di spiegare la necessaria persistenza degli effetti prodotti in costanza di contratto.

Questa dottrina, tuttavia, anche sotto il vigore del c.c. del 1865 è rimasta isolata, trovando invece maggiore spazio la tesi che assegnava valore retroattivo reale alla risoluzione. Secondo questa impostazione, dunque, con l'azione di risoluzione la *res* oggetto del contratto ritorna in proprietà dell'attore. L'azione di risoluzione è comunque personale perché nasce da un rapporto obbligatorio, ed è proponibile soltanto contro una persona legata da un vincolo contrattuale. Risolto questo la cosa che ne forma oggetto cessa di appartenere a chi l'aveva ricevuta in forza di contratto. Ma l'azione resta personale perché non è di per sé rivolta al recupero della *res*, che frattanto può essere anche passata a terzi. Il suo recupero infatti non si ottiene per mezzo dell'azione di risoluzione ma per mezzo di una distinta azione reale di rivendica che nasce solo quando il contratto è già risolto. Sotto il vigore del codice abrogato si era affermata anche una corrente di pensiero che separava la *condictio indebiti* dalle pretese restitutorie dipendenti dall'invalidità o inefficacia del negozio, attribuendo natura reale anche alle azioni di annullamento, rescissione, risoluzione²⁷⁷.

Un'opposta tesi²⁷⁸ sosteneva invece la natura personale dell'azione di restituzione contrattuale, osservando che essa non si fonda sul rapporto contrattuale, ma sul fatto che terminato il rapporto il possesso si trova senza causa. Esso sarebbe dunque ripetibile con la *condictio indebiti* e precisamente con la *condictio ob causam finitam*. Negare un tale rimedio significherebbe infatti privare di tutela l'attore, costringendolo a fornire la *probatio diabolica* del suo diritto dominicale, al fine di esperire la rivendica²⁷⁹. A ciò tuttavia si rispondeva osservando che all'azione (personale) di risoluzione si poteva accompagnare solo un'azione di condanna (reale) volta alla restituzione della cosa²⁸⁰: questo

²⁷⁷ NICOLO' *L'adempimento dell'obbligo altrui*, op. cit. p. 1177. ANDREOLI *La ripetizione dell'indebitito*, Padova 1940, pp. 49 e ss.. CHIOVENDA *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1928, p. 39.

²⁷⁸ BUTERA *La rivendicazione nel diritto civile, commerciale e processuale*, Milano 1911, pp. 108 e ss., p. 561.

²⁷⁹ BIGIAMI, op. cit., pp. 706 e ss.

²⁸⁰ CHIOVENDA op. cit., p. 39

perché una volta tolto di mezzo il contratto, sarebbe eliminata la base per un'azione personale, residuando spazio solo per la rivendica. Quindi la restituzione non si chiederebbe in virtù e in conformità del rapporto giuridico ma anzi in opposizione al medesimo, essendo conseguenza dell'avvenuto ritorno della proprietà in capo all'attore. Laddove il terzo abbia acquistato dall'acquirente del contratto risolto prima della risoluzione, venendo meno retroattivamente il contratto del suo dante causa, egli sarà legittimato passivo della rivendica del venditore tornato proprietario; ciò a meno che non ricorrano gli estremi di un acquisto *a non domino* e prima di tutto, se si tratta di beni mobili, la buona fede.

Invero già allora si osservava come apparisse strano considerare il terzo come un acquirente *a non domino* dato che al momento dell'acquisto il contratto stipulato dal suo dante causa era perfettamente valido ed efficace. Ma si riteneva di poter applicare anche in questi casi la regola della retroattività, per cui se il dante causa risulta avere perso *ex tunc* la proprietà, il terzo risulterà avere acquistato *a non domino*. Tuttavia il diritto del terzo subacquirente è inattaccabile perché il contratto, nonostante l'inadempimento è valido e produce l'acquisto del diritto da parte dell'inadempiente; il ritorno del bene in titolarità dell'adempiente in forza della risoluzione è una sanzione inflitta al dante causa e di cui il terzo non può risentire. E ciò senza che sia determinante l'elemento della trascrizione. Essa infatti serve a risolvere conflitti tra acquirenti dello stesso dante causa, mentre l'attore in risoluzione, come visto nel capitolo I, non è avente causa dal convenuto, perché riprende la cosa in forza del suo titolo originario²⁸¹. Ragionando diversamente si dovrebbe ritenere²⁸² che il venditore riacquista il suo diritto dal compratore e dunque è in conflitto con il terzo acquirente. In quest'ottica sarebbe necessaria la trascrizione (o la trasmissione del possesso, o l'applicazione delle regole in materia di diritto di godimento sui beni, a seconda dei casi) per far salvo l'acquisto del terzo, trattandosi di un caso di conflitto tra due aventi causa da

²⁸¹ AULETTA *La risoluzione per inadempimento*, Milano 1942, pp. 273 e ss.

²⁸² FOSCHINI *La trascrizione della domanda di risoluzione e i diritti dei terzi*, in *Rivista di diritto privato*, 1933, II, pp. 172-173.

uno stesso soggetto. Invece, ciò che impedisce al venditore di essere avente causa dal compratore è proprio il principio di retroattività della risoluzione.

Gli effetti della retroattività della condizione risolutiva tacita però, secondo la dottrina dell'epoca, non colpivano allo stesso modo frutti e atti di amministrazione. Se infatti il contratto a effetti reali veniva eliminato retroattivamente, era come se l'alienante non avesse mai cessato di essere proprietario. Pertanto, poiché i frutti naturali e civili, ai sensi dell'art. 444 c.c. del 1865 appartengono al proprietario della cosa che li produce, essi dovevano essere restituiti dall'*accipiens* all'alienante. Non sembra che a una tale argomentazione possa sfuggirsi invocando l'eventuale buona fede del debitore, dato che questi non ignorava né la condizione risolutiva apposta seppure tacitamente al suo contratto, né le conseguenze del suo verificarsi. Né si può obiettare che la retroattività opera *in iure* ma non *in facto*, cioè che non si può sopprimere il fatto che il debitore ha avuto nelle sue mani la *res* in pendenza della condizione e che quindi le conseguenze naturali di questo fatto, tra cui la percezione dei frutti non si possono sopprimere. Infatti il piano fattuale non può confondersi col piano giuridico. Se dunque il fatto compiuto non si può cancellare, è anche vero che la risoluzione segna comunque il ritorno allo stato di diritto anteriore al contratto, mentre il ritorno allo stato materiale antecedente ne sarà la conseguenza solo in quanto possibile. A sostegno di questa opinione si può invocare il diritto romano, secondo il quale, risolto il contratto in forza del patto commissorio il compratore doveva restituire i frutti.

A una diversa conclusione doveva invece pervenirsi circa gli atti di amministrazione. Ritenerli infatti come non avvenuti sarebbe stato contrario non solo all'interesse del privato contraente, ma anche all'interesse pubblico dato che ogni seria e regolare amministrazione sarebbe divenuta impossibile. È come se una delle parti avesse conferito all'altra un tacito mandato ad amministrare la cosa e in base a ciò il creditore dovesse rispettare gli atti di amministrazione compiuti in buona fede dall'obbligato alla restituzione.

Sebbene dunque il ritorno della *res* al creditore condizionale, in forza del principio *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*, dovesse astrattamente porre

nel nulla gli atti impositivi di pesi nonché gli atti di alienazione totale o parziale posti in essere dal debitore, a questa regola si derogava in diverse norme del c.c. del 1865 (v. artt. 1511, 1553, 1787), oltre che nella disciplina in materia di trascrizione. Tali regole trovavano spiegazione tanto nella tutela dell'interesse generale, quanto in quella dei terzi di buona fede²⁸³.

Sempre sotto il vigore del codice civile del 1865 una parte della dottrina²⁸⁴ si interrogava circa un possibile concorso dell'azione revocatoria ordinaria con le tutele restitutorie. In particolare, con riferimento alla risoluzione per inadempimento si osservava che per considerare in mala fede il terzo subacquirente, non bastava provare che egli sapesse che il suo dante causa non aveva soddisfatto la sua obbligazione verso l'originario venditore. L'affermazione di un tale principio, infatti, avrebbe limitato impropriamente la circolazione dei beni. Era invece da considerarsi in mala fede il subacquirente che oltre a sapere che la cosa alienata non era stata pagata, sapeva anche che il suo dante causa non era e non sarebbe stato in condizione di pagarla. In questo caso il terzo acquirente poteva essere considerato in frode nei suoi confronti, e in presenza dell'*eventus damni*, si realizzavano i presupposti per l'esperimento dell'azione revocatoria. Tuttavia, una tale ipotesi ricostruttiva poco o nulla influiva sulla problematica in oggetto dato che la rivendica non poteva comunque considerarsi assorbita nella revocatoria. Si tratta infatti di due azioni completamente diverse: mentre la revocatoria consente l'esecuzione sul bene, rendendo relativamente inefficaci gli atti dispositivi compiuti dal debitore, la rivendica è azione reale volta alla restituzione del bene.

Un'attenta dottrina²⁸⁵ osservava invece che accanto alla rivendica e alle azioni possessorie era individuabile una categoria di azioni di natura personale, aventi ad oggetto il possesso, che si distinguevano in recuperatorie o restitutorie a seconda che fossero rivolte a far conseguire per la prima volta il possesso mai avuto ovvero a far ottenere la restituzione della cosa di cui si fosse perduto il possesso. Tali azioni si fondavano su un obbligo del possessore di consegnare

²⁸³ GALLAVRESI *op. cit.*, pp. 143 e ss.

²⁸⁴ BIGIAMI *op. cit.*, pp. 709 e ss.

²⁸⁵ PUGLIATTI *Rivendica, reintegra e azione per restituzione*, nota a sentenza della Corte d'Appello di Messina, 20 Luglio 1933 in *Foro italiano*, anno LVIII, I, 1532 e ss.

o restituire la cosa ad un altro soggetto, obbligo che poteva avere fonte legale o negoziale. Nel primo caso²⁸⁶ una volta eliminato il rapporto contrattuale, la cosa si trovava senza causa nella mani del percipiente il quale poteva essere costretto a restituirla mediante un'azione personale *ex lege*. Nel secondo caso l'obbligo di consegnare o restituire nasceva dalla volontà dei contraenti. Si osservava ad esempio che nell'ipotesi in cui stipulato un contratto di vendita il compratore agisse per ottenere la consegna della *res* di cui fosse divenuto proprietario in virtù del semplice consenso, egli avrebbe potuto esercitare in concorso tra loro due azioni: la rivendica e l'azione personale che gli spettava per l'esecuzione del contratto. Nel primo caso avrebbe dovuto fornire la prova del diritto di proprietà; nel secondo quella dell'esistenza del contratto di vendita. È chiaro che la prima via si presentava più lunga e complessa, ma il compratore poteva avere interesse a fare accertare il suo diritto di proprietà nei confronti del venditore. Con riguardo alle azioni restitutorie da caducazione di contratto la stessa dottrina osservava che venendo a mancare il contratto, il *solvens*, tornato proprietario, provando che il rapporto negoziale si fosse estinto, poteva sempre esercitare contro l'*accipiens* l'azione restitutoria. Tali azioni restitutorie avevano natura personale e possessoria in quanto implicanti il solo accertamento della carenza di *causa possidendi* nell'attuale possessore.

Nell'attuale ordinamento, l'idea di un'azione personale di ripetizione da contratto nascente *ex lege* non ha più fondamento dato il rinvio espresso che l'art. 1422 c.c. fa alla disciplina dell'indebito. Ciò sebbene non manchi chi sostiene²⁸⁷ che l'obbligo di restituire ciò che si è ricevuto sulla base di un contratto caducato, non si fonda sull'art. 2033 che invece riguarda la ripetizione di quanto indebitamente pagato da una persona a un'altra che non furono mai in rapporto tra loro, ma è un effetto automatico logicamente imposto dalla necessità di sopprimere ogni effetto provocato dal negozio e di ristabilire tra le parti lo *status quo ante*. In realtà il dato legislativo è nel senso che le restituzioni *ex negotio* sono tutelate con le azioni specifiche di impugnativa

²⁸⁶ AULETTA *Risoluzione per inadempimento*, Milano 1942, pp. 466 e ss.

²⁸⁷ STOLFI *Il negozio giuridico*, Padova 1947, p. 69.

negoziale e con le azioni restitutorie²⁸⁸. Occorre però distinguere tra la caducazione del contratto che determina l'applicazione alla restituzione della disciplina dell'indebito, e lo scioglimento voluto dalle parti (ad esempio per mutuo dissenso). In questi casi, la restituzione costituisce adempimento perché attua il precetto dispositivo negoziale. La sua disciplina quindi non sarà quella dell'indebito ma andrà ricondotta al regime della *mora debendi* ex art. 1219 c.c. con conseguente *perpetuatio obligationis* ex art. 1221 c.c..

Poiché non ha cittadinanza nel nostro ordinamento un atto traslativo astratto, il contraente che ha eseguito la prestazione con cose proprie, un volta caducato il contratto potrebbe teoricamente avvalersi dell'azione di rivendica per il recupero delle *res*.

Pertanto secondo una parte della dottrina la pretesa restitutoria conseguente alla caducazione del contratto non sarebbe altro che un'azione di rivendicazione esercitata dal contraente proprietario. Infatti, se la *datio* esecutiva del negozio non è in grado di trasferire astrattamente la proprietà, più che di ripetizione dell'indebito si deve parlare di restituzione o di rivendicazione dell'indebito²⁸⁹.

Questa in quanto azione reale, è esperibile anche nei confronti dei terzi acquirenti, i cui diritti sono invece sostanzialmente fatti salvi da un'azione personale come la *condictio indebiti*.

In quest'ottica si spiegherebbe la regola di diritto contrattuale relativa alla salvezza dei diritti dei terzi subacquirenti: avendo l'azione di rivendica natura reale, senza questa previsione essa sarebbe esercitabile senza limiti nei confronti dei terzi. Al contrario, nell'ambito della ripetizione dell'indebito, che è azione personale, con effetti già di per sé limitati nei confronti dei terzi, una previsione del genere sarebbe superflua.

Il ruolo della *condictio indebiti* nel sistema delle azioni recuperatorie, secondo questa ricostruzione sarebbe dunque delimitato a una funzione ora alternativa, ora succedanea rispetto all'azione di rivendicazione. Una funzione alternativa,

²⁸⁸LEONE *Delle restituzioni ex negotio e delle restituzioni ex indebito*, nota a Cass. 327/1953, in *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione*, 1953, IV, pp. 214 e ss.

²⁸⁹FERRARA *Sul concetto dei negozi astratti e sul loro giuridico riconoscimento*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1904, II, p. 286.

laddove il *solvens* abbia un diritto di scelta tra l'azione personale e quella di natura reale; una funzione succedanea, quando l'azione reale gli è preclusa perché egli ha eseguito la prestazione con cose di cui non poteva disporre (art. 1192 c.c.) ovvero ha perduto la proprietà delle cose per lo specifico regime di circolazione del bene.

Naturalmente ciò determina una sovrapposizione di rimedi giuridici. Problemi di raccordo non si pongono laddove sia prescritta l'azione di ripetizione o al contrario sia la rivendica a non essere più esperibile perché l'acquirente ha usucapito il bene. Il problema si pone invece quando il *solvens* abbia un diritto di scelta tra l'azione personale e quella reale.

Una parte della giurisprudenza²⁹⁰ esclude la possibilità di agire in rivendica in mancanza della prova dello spoglio contro o senza la volontà del proprietario: l'azione dovrebbe essere preclusa ogni volta che il bene sia stato consegnato volontariamente nell'ambito di una *solutio*. Tuttavia non è chiaro da dove venga tratto un tale requisito che sembra piuttosto mutuato dalla disciplina delle tutele possessorie. Forse la spiegazione di un tale orientamento sta nell'evitare un concorso tra azioni: se infatti si dispone di un rimedio recuperatorio di natura personale, l'applicazione rigorosa del principio di specialità dovrebbe escludere il ricorso alla rivendica. Un più recente orientamento sembra però avere sgombrato il campo da questo equivoco, ribadendo che l'unico presupposto per agire in rivendica sarebbe la prova della titolarità del bene²⁹¹. Sembra quindi possibile esperire l'azione di rivendica in alternativa con quella contrattuale²⁹². Invero secondo una giurisprudenza²⁹³ un tale concorso è possibile soltanto se il presupposto è la nullità del contratto, dato che l'esperimento dell'azione di rivendica richiede che l'attore possa considerarsi attualmente proprietario della cosa rivendicata e che dunque abbia lo *ius possidendi* e *detinendi*. La stessa azione non può invece essere esercitata quando

²⁹⁰ Cass. 1917/1962, Cass. 590/1962.

²⁹¹ Cass. 439/1985.

²⁹² Anche la dottrina sotto il vigore del c.c. del 1865 sosteneva la possibilità di un concorso alternativo tra le due azioni (ANDREOLI *La ripetizione dell'indebito*, Padova 1940, pp. 61-62.)

²⁹³ Cass. 556/1975 in *Foro Italiano*, 1975, I, 2560 con nota di PROTO PISANI *In tema di rivendica*.

sussiste un titolo opponibile all'attore idoneo ad attribuire al convenuto la qualità di legittimo detentore della cosa.

Una tale conclusione tuttavia appare irragionevole alla luce delle considerazioni svolte nel presente lavoro. Non vi è infatti alcuna differenza, da questo punto di vista, tra un contratto nullo e un contratto annullato, rescisso o risolto. In tutti questi casi, infatti, il *solvens* è o torna ad essere proprietario e dunque si realizzano i presupposti della rivendica.

Tanto è vero che nella stessa pronuncia si afferma anche che nell'ipotesi in cui la cosa sia stata volontariamente consegnata ad altri con la convinzione che questi ne sia il proprietario, si può esperire o l'azione di restituzione ex art. 2037 c.c. dimostrando che la cosa non è di proprietà del convenuto, o l'azione di rivendica provando di essere proprietario della cosa.

Ciò è esattamente quanto accade con l'esecuzione di un contratto ad effetti reali: il trasferimento della proprietà è avvenuto in virtù del semplice consenso e la consegna avviene consapevolmente a favore di un soggetto divenuto proprietario. Le azioni di caducazione del contratto ad efficacia retroattiva, determinando un effetto uguale e contrario a quello del contratto fanno riacquistare all'alienante la proprietà, mentre l'*accipiens* cessa di essere proprietario, e dunque realizzano i presupposti per la rivendica, in alternativa alla *condictio indebiti*.

Una parte della dottrina²⁹⁴, tuttavia si oppone all'astratta alternatività tra le due azioni restitutorie, sostenendo che l'azione di ripetizione è l'esatto contrario dell'azione di rivendica dato che la prima presuppone la proprietà del convenuto, la seconda la proprietà dell'attore.

Tale dottrina osserva che gli artt. 2037-2038 c.c. valutano l'inadempimento all'obbligo restitutorio da parte dell'*accipiens indebiti* in modo opposto all'inadempimento dell'obbligo gravante sul convenuto in rivendica, che viene valutato secondo le regole della responsabilità contrattuale (artt. 1218-1223-1256 c.c.). In quest'ultimo caso, infatti, la non imputabilità dell'inadempimento esclude ogni responsabilità del percipiente. Al contrario per l'art. 2037 c.c.

²⁹⁴ ARGIROFFI *Sul concorso delle azioni di rivendicazione e di ripetizione*, in *Rivista di diritto civile*, 1976, II, pp. 608 e ss.

l'accipiens in mala fede anche se riesce a provare la sua estraneità all'evento o che esso deriva da caso fortuito, non sarà liberato dal vincolo restitutorio che si trasformerà nella corresponsione del valore della cosa. Inoltre, mentre il perimento derivante da causa imputabile al debitore ex art. 1218 c.c. fa sorgere l'obbligazione di risarcimento del danno, *l'accipiens* in buona fede non risponde del perimento ancorché dipendente da fatto proprio. Infatti l'obbligazione sussidiaria che l'art. 2037 c.c. addossa all'*accipiens* ex art. 2037 c.c. è qualitativamente e quantitativamente diversa da quella sussidiaria di risarcimento del danno, perché commisurata all'arricchimento.

Quindi ai sensi dell'art. 2037 c.c. il rischio economico del perimento della cosa è accollato in ogni caso all'*accipiens indebiti*, sia esso in buona o mala fede. Al contrario ai sensi dell'art. 948 c.c. l'attore in rivendica non può proseguire l'azione quando la cosa sia perita per caso fortuito. Pertanto, mentre l'attore in rivendica vede paralizzato il proseguimento della sua azione reale e il sussidiario risarcimento del danno se la cosa è andata distrutta posteriormente alla domanda per causa non imputabile al possessore, l'attore in ripetizione ha diritto di pretendere dal convenuto il valore della *res indebita*. Ciò significa che, in applicazione del principio *res perit domino*, il rischio grava nel primo caso sull'attore e nel secondo caso sul convenuto. Per questo la pretesa del *solvens indebiti* è completamente diversa dalla pretesa che si ha nell'ipotesi di rivendica o di caducazione del contratto: mentre nel secondo caso si fa valere il proprio diritto di proprietà ed eventualmente il risarcimento del danno, nel primo la pretesa restitutoria deve necessariamente avere dei limiti equitativi perché si agisce contro un convenuto che è proprietario.

Contro ogni analogia tra la posizione del proprietario rivendicante e quella del *solvens indebiti* si osserva inoltre²⁹⁵ che la lesione subita dal primo è sempre ingiusta ai sensi dell'art. 2043 c.c. Nel secondo caso ciò non è sempre vero: ad esempio il pagamento potrebbe essere avvenuto con cosa che non appartiene al *solvens*. Nessun dubbio che in questo caso egli possa comunque agire per la ripetizione dell'indebiti; non è sicuro però che gli debbano essere rifusi anche i danni subiti per non avere goduto di cosa che non gli appartiene. Tra l'altro

²⁹⁵ SACCO *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Camerino 1978, pp. 94 e ss.

in questo caso l'artt. 2037, III comma c.c. non può essere considerato una diretta applicazione dell'art. 2041 c.c., perché non vi è una diminuzione patrimoniale in colui che ha pagato, diminuzione che invece potrebbe essersi verificata nella diversa sfera del proprietario.

Dato che, secondo questa ricostruzione, la rivendica presuppone la persistenza del diritto di proprietà in capo al *solvens*, mentre la *condictio* sottintende l'acquisto della proprietà da parte dell'*accipiens*, le due azioni avrebbero diverso fondamento, e sarebbe quindi impossibile attribuire contemporaneamente una pretesa personale e una pretesa reale fondate sullo stesso titolo e tendenti allo stesso risultato. L'azione di ripetizione, secondo questa ricostruzione è un rimedio restitutorio che reagisce ad un effetto instabile perché sprovvisto di un valido sostegno giuridico che valga a rendere inamovibile l'attribuzione patrimoniale.²⁹⁶ È la mancanza di causa del trasferimento che fonda la pretesa di restituzione, senza che sia necessaria alcuna prova della precedente titolarità per ottenere la restituzione del bene prestato.²⁹⁷ Il profilo della non doverosità del trasferimento rimane distinto da quello dell'invalidità del negozio, e all'obbligazione restitutoria si applica la disciplina dell'indebito.

La ricostruzione di cui sopra tuttavia parte dal presupposto che il pagamento dell'indebito abbia sempre efficacia traslativa e che dunque l'*accipiens* diventi proprietario²⁹⁸, presupposto che invece non si ritiene di poter accogliere perché, come visto nel capitolo I, al fenomeno dell'indebito non si ricollegano effetti costanti e omogenei, potendo lo stesso applicarsi sia ad ipotesi di pagamento non dovute eseguite *a domino* sia a pagamenti *a non domino*. L'unico dato sicuro è la modificazione apportata alla sfera patrimoniale dell'*accipiens*, che va rimossa in base alla *ratio* unitaria del divieto di arricchimento ingiustificato²⁹⁹. Argomentando diversamente dovrebbe escludersi a priori

²⁹⁶ SPADAFORA *Profili del'atto solutorio non dovuto*, Milano 1996, p. 113.

²⁹⁷ BARCELLONA *op. cit.*, p. 48.

²⁹⁸ Un riscontro di ciò si avrebbe, secondo tale dottrina, anche dal fatto che in materia di pubblicità immobiliare non è prevista la trascrizione della domanda di ripetizione. Ciò non è una dimenticanza del legislatore in quanto la salvaguardia delle ragioni dei terzi acquirenti dall'*accipiens* sono già offerte sul piano sostanziale dalla circostanza che essi acquistano *a domino*.

²⁹⁹ In proposito si è osservato (SCADUTO-ORLANDO CASCIO voce *Gestione di affari altrui* in *Nuovo Digesto Italiano*, VI, Torino 1938, pp. 235 e ss.) che vi è una contraddizione in termini nell'espressione arricchimento ingiustificato, perché l'arricchimento esiste solo se è riconosciuto

l'applicazione della disciplina dell'indebito in tutte le ipotesi in cui il *tradens* sia rimasto proprietario.

Se si abbandona dunque definitivamente l'idea della necessaria efficacia traslativa del pagamento indebito, e si riconosce che il *solvens* possa anche essere proprietario e purtuttavia avere interesse ad agire con la *condictio indebiti*, non si avrà difficoltà ad ammettere la possibilità di esperire tale azione anche nell'ambito delle azioni restitutorie da caducazione contrattuale.

Tuttavia se si ammette che l'attore agisce come proprietario, tanto che la rivendica potrebbe astrattamente presentarsi come l'azione idonea per recuperare quanto trasferito con il contratto caducato, bisogna indagare le ragioni per le quali il legislatore ha invece effettuato una precisa scelta di campo rinviando espressamente, in materia contrattuale, alla disciplina dell'indebito.

Sembra che la scelta sia dettata prima di tutto da ragioni di opportunità, inerenti in particolare all'onere della prova. Infatti, al fine dell'esercizio della *condictio indebiti* è sufficiente dimostrare la mancanza di causa del pagamento effettuato, che per le restituzioni conseguenti alla caducazione del contratto si traduce nella prova del vittorioso esperimento della relativa impugnativa. Al fine dell'esercizio della rivendica, invece, occorre fornire le ben più impegnativa prova della titolarità del diritto di proprietà in capo al *solvens*. Tale prova è definita, com'è noto, *probatio diabolica* poiché l'attore per dimostrare il proprio diritto di proprietà deve necessariamente dimostrare anche la validità dell'acquisto di ogni dante causa che lo ha preceduto nella catena dei trasferimenti. Diversamente la prova non può dirsi raggiunta perché *nemo plus iuris ad alios transferre potest quam ipse habet* e dunque, venuto meno l'acquisto del dante causa anche il successivo acquirente dovrebbe considerarsi decaduto dal suo diritto (*resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*). Sebbene la difficoltà sia in parte temperata dalla possibilità di dimostrare l'intervenuto acquisto a titolo originario, avvalendosi anche degli istituti dell'accessione e della successione nel possesso (art. 1146 c.c.), appare chiaro che se il *solvens* deve fornire una tale

dal diritto positivo. In caso contrario il legislatore procede a rimuoverlo attraverso azioni reali o personali.

prova per recuperare quanto prestato in forza del contratto caducato, si troverà addirittura in una situazione peggiore rispetto a quella di partenza. Infatti per recuperare un bene che ha alienato come proprietario e di cui è rimasto o è tornato retroattivamente ad essere proprietario dovrà giustificare il proprio diritto. In questo modo il *solvens* si troverebbe di fatto in una posizione deteriore rispetto a quella del contraente inadempiente che si è rifiutato di consegnare la *res* oggetto del contratto, restandone così possessore.

Vi è inoltre da dire che la *condictio indebiti*, a differenza della rivendica, incontra il limite della prescrizione decennale e dell'art. 2038 c.c., che consente di tutelare la posizione dei terzi acquirenti dall'*accipiens*. In questo modo si garantisce una definizione certa, anche sul piano temporale, della vicenda circolatoria, che invece con l'esercizio dell'azione di rivendica, imprescrittibile, resterebbe aperta indefinitamente, in contrasto con le ragioni della sicurezza dei traffici che sono proprie anche della disciplina delle impugnative contrattuali.

La *condictio indebiti* si presenta dunque nel nostro sistema come lo strumento deputato al recupero di quanto prestato in esecuzione di un contratto caducato. E tuttavia essa, applicata alle restituzioni contrattuali ha come presupposto non la mancanza di causa della prestazione eseguita, come visto nel paragrafo precedente, bensì la titolarità del diritto di proprietà da parte del *solvens*, circostanza questa che, come visto, non è incompatibile con la disciplina dell'indebito, salvo voler assegnare ad esso necessaria efficacia traslativa. Si può dunque immaginare che il rinvio agli artt. 2033 e ss. c.c., sia rivolto soltanto alla disciplina "processuale" dell'azione, nella consapevolezza, da parte del legislatore della diversità dei presupposti sostanziali tra le due vicende.

Tuttavia se è vero che il presupposto dell'azione *ex indebito* è la titolarità del diritto di proprietà da parte del *solvens*, rimane da capire se effettivamente il legislatore abbia inteso escludere la possibilità di agire con lo strumento della rivendica, o se invece una tale azione rimanga esercitabile in via alternativa o sussidiaria rispetto alla *condictio indebiti*.

In astratto, data l'identità di presupposti non si potrebbe negare la possibilità di esperire l'azione di rivendica, e ciò in linea con la soluzione adottata dalla giurisprudenza cui sopra si faceva riferimento.

Tuttavia, ammettere il concorso tra le due azioni significherebbe anche privare di rilievo la disposizione contenuta nell'art. 1422 c.c. Infatti l'azione di nullità è esercitabile senza limiti di tempo, mentre l'azione di restituzione comunque è paralizzata per il decorso della prescrizione decennale e sono salvi gli effetti dell'usucapione. Ammettere il concorso tra rivendica e *condictio indebiti* significa affermare che in ogni caso, prescritte le azioni di ripetizione spetti l'esercizio della rivendica che è azione imprescrittibile³⁰⁰. Il che però non è ammissibile perché equivale ad affermare che l'articolo in esame, ferma restando l'imprescrittibilità dell'azione di nullità, salvaguardi solo gli effetti dell'usucapione, senza che abbia autonomo rilievo la previsione secondo cui sono fatti salvi gli effetti della prescrizione delle azioni di ripetizione. Invece è chiaro che le due fattispecie non sono sovrapponibili perché in un caso il decorso del tempo determina l'acquisto della proprietà, nell'altro solo l'inattaccabilità del diritto già acquisito nel momento in cui il *solvens* ha pagato l'indebitto. Quindi sostenere che una volta prescritta l'azione di ripetizione spetti al *solvens* la rivendica, preclusa solo dall'usucapione, significa riconoscere che la seconda sfera di salvezza prevista dall'art. 1422 c.c. non possa mai avere applicazione.

Invece l'espressa volontà legislativa di fare salvi gli effetti della prescrizione nasce dall'esigenza di garantire la sicurezza dei traffici, e dunque di tutelare i terzi acquirenti, esigenza che non sarebbe garantita se fosse possibile procedere al recupero della *res* in ogni tempo e nei confronti di chiunque. In questo senso è ancora più criticabile la giurisprudenza sopra commentata³⁰¹ nella misura in cui ammette il concorso della *condictio indebiti* e della rivendica solo quando il presupposto è la nullità del contratto: come detto sopra, è anzi proprio in questo caso che il legislatore dà un riferimento testuale di segno opposto, facendo salva la prescrizione dell'azione di ripetizione.

³⁰⁰ SANGIORGI voce *Giusta causa* in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970, pp. 537 e ss.

³⁰¹ Cass. 556/1975.

La singolarità di un'azione restitutoria così strutturata, ovvero modellata sulla disciplina dell'indebito ma il cui presupposto è il diritto di proprietà, sta nella circostanza che essa si trova a metà strada tra la tutela reale e la tutela personale. O meglio è un'azione, che resta personale per ciò che concerne la sua disciplina, poiché esercitabile dal *solvens* nei confronti della sua controparte, una volta che sia vittoriosamente esperita l'impugnativa contrattuale, salvi i diritti dei terzi, ma il cui fondamento è il recupero del possesso da parte del proprietario. Il pagamento non è quindi in questo caso indebito per mancanza di causa: la giusta causa dell'attribuzione, cioè il negozio, era infatti sussistente nel momento in cui il trasferimento è avvenuto. Ciò che manca è al più una causa che giustifichi il mantenimento del possesso in capo all'*accipiens* non proprietario, ovvero se vogliamo la *causa naturalis* (v. cap. I par.11). In definitiva, pur essendo giustificato il trasferimento non è giustificata la *retentio*, e ciò perché il *solvens* vanta un diritto di proprietà.

4. Profili processuali.

L'azione di caducazione del contratto in quanto tale non ha una funzione restitutoria, ma ne costituisce l'antecedente logico-giuridico. L'obbligazione restitutoria non ha mai natura contrattuale e non vi sono ragioni per un recupero dell'obbligazione restitutoria all'interno del contratto. Per questo motivo non sembra concepibile l'idea che le singole azioni di impugnativa contrattuale regolino le pretese restitutorie, in deroga alla disciplina unitaria dell'indebito³⁰². Se infatti la *condictio* mira a recuperare la prestazione materialmente eseguita e costituisce un rimedio che attiene al momento esecutivo del negozio, le azioni contrattuali vengono in rilievo in una fase antecedente e attengono all'esistenza del rapporto contrattuale; pertanto non consentono di pervenire a quell'esito restitutorio che esse in sé non comprendono ma che solo l'azione di ripetizione è in grado di assicurare, a

³⁰² STOLFI *Teoria del negozio giuridico, op. cit.*, p. 71.

conferma dell'autonomia della ripetizione dell'indebito rispetto al diritto dei contratti.³⁰³

La distinzione funzionale tra mezzi di impugnazione del contratto e mezzi per il recupero di ciò che si è prestato in esecuzione del contratto nullo o caducato costituisce, come vedremo nel par. 6, una specificità del diritto italiano.

La nullità o la caducazione del contratto incidono sulle vicende del rapporto giuridico, mentre l'obbligazione restitutoria attiene alla situazione di fatto che si è venuta a creare in conseguenza dell'esecuzione del contratto nullo o caducato. La domanda restitutoria dunque non può ritenersi implicita nella domanda di caducazione. Trattandosi di azioni distinte e autonome, se è stata domandata la risoluzione il giudice che condanna alle restituzioni incorre nel vizio di ultrapetizione (art. 112 c.p.c.). Inoltre la restituzione non può essere chiesta per la prima volta in appello (art. 345 c.p.c.). L'obbligo di restituzione sorge immediatamente una volta verificatasi la risoluzione. Quindi se questa è determinata da una pronuncia giudiziale il giudice non può fissare un diverso termine per l'esecuzione di tale obbligo, perché altrimenti provocherebbe un inaccettabile differimento dell'esecutività della sentenza fuori dei casi previsti dalla legge (artt. 282-283, 337 c.p.c.).

La restituzione della prestazione principale è soggetta alla prescrizione decennale ai sensi dell'art. 2946 c.c.. La restituzione di interessi e frutti civili percepiti si prescrive invece in cinque anni (art. 2948 nn. 3 e 4), o in dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna alla risoluzione (art. 2953 c.c.). La prescrizione decorre dal perfezionamento della fattispecie caducatoria e dunque in caso di risoluzione giudiziale dal passaggio in giudicato della sentenza; in caso di risoluzione di diritto dalla scadenza del termine della diffida, dalla dichiarazione di avvalersi della clausola risolutiva espressa, dal decorso dei tre giorni successivi alla scadenza del termine essenziale.

5. Restituzioni e risarcimento: il danno da risoluzione.

³⁰³ D'ADDA *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, II, p. 535.

La disciplina della risoluzione per inadempimento e per impossibilità sopravvenuta è modellata su quella relativa alla patologia dell'obbligazione, nella quale l'inadempimento genera responsabilità, tramutando l'obbligazione originaria in obbligazione risarcitoria (art. 1218 c.c.) e l'impossibilità sopravvenuta non imputabile estingue l'obbligazione (art.1256). Tra le due discipline tuttavia non vi è perfetta sovrapposizione. Innanzitutto nella disciplina delle obbligazioni non trova spazio la figura dell'eccessiva onerosità sopravvenuta che invece rientra tra le cause di risoluzione del contratto. Inoltre non si ritrova una norma analoga all'art. 1455 c.c. che impedisce la risoluzione nel caso di inadempimento di scarsa importanza: ciò dimostra come l'inadempimento pur generando sempre responsabilità, non sempre sia causa di risoluzione.

Nell'ambito della domanda di risoluzione, la parte fedele potrà limitarsi a chiedere puramente e semplicemente lo scioglimento del contratto e il ripristino dell'assetto patrimoniale preesistente attraverso il meccanismo restitutorio, il quale assume una diversa consistenza a seconda della portata che si tende ad assegnare in via interpretativa all'efficacia retroattiva (v. cap. II par. 4).

Tuttavia, ai sensi dell'art. 1453 c.c., la parte che ottiene la risoluzione del contratto, ha diritto oltre che alle restituzioni anche al risarcimento del danno³⁰⁴. È evidente che la pretesa risarcitoria può essere avanzata solo nell'ambito della risoluzione per inadempimento, e non invece nei confronti della parte che per causa sopravvenuta non imputabile sia impossibilitata alla prestazione.

Occorre quindi chiarire quale sia la natura e l'entità del risarcimento che può essere chiesto insieme alla domanda di risoluzione.

Secondo una prima ricostruzione potrebbe ritenersi che si tratti di un danno derivante dall'affidamento che il contraente in buona fede ha riposto in un contratto, che invece, per via della retroattività della pronuncia di risoluzione, è come se non fosse mai stato efficace. L'interesse tutelato sarebbe quindi quello

³⁰⁴ Anche i Principi *Unidroit* sui contratti commerciali internazionali prevedono all'art. 7.3.5 che la risoluzione non preclude la pretesa al risarcimento del danno per inadempimento.

negativo alla non conclusione del contratto e detti danni saranno chiesti alla parte che con il suo comportamento colpevole ha dato causa alla risoluzione, la quale dovrà reintegrare il patrimonio dell'attore dei vantaggi che questi avrebbe avuto se non avesse perduto la disponibilità del bene consegnato³⁰⁵. Questa misura sarà attivata quando la risoluzione abbia cagionato solo un danno negativo (spese, perdute occasioni di guadagno ecc.) o comunque un danno negativo superiore a quello positivo.

Il vizio logico di questa impostazione però sta nel fatto che il contratto risolto non è un contratto invalido, e dunque il danno risarcibile deve coprire in tal caso anche l'interesse positivo che avrebbe avuto il contraente all'esecuzione del contratto. Infatti, la domanda di risoluzione non vale ad eliminare il fatto dell'inadempimento, e dunque il danno deve coprire la mancata soddisfazione dell'interesse perseguito con il contratto: l'inadempimento che dà adito alla risoluzione delude l'interesse alla prestazione e va oltre l'interesse negativo. Inoltre si rischierebbe di mettere sullo stesso piano l'inefficacia successiva di un contratto valido, cosa che accade con la risoluzione, con la sua invalidità originaria imputabile a condotta contraria a buona fede di uno dei contraenti.

Una dottrina³⁰⁶ sostiene poi che neanche dalla *culpa in contrabendo* nasce sempre il risarcimento dell'interesse negativo, perché a volte la responsabilità precontrattuale mira ad assicurare alla parte lesa vantaggi equivalenti a quelli ricavabili dal diverso e più favorevole contratto che avrebbe stipulato (è il caso dell'art. 1440 c.c.). E d'altra parte vi sono casi in cui è la responsabilità contrattuale che impone di riportare la parte nella stessa situazione in cui si sarebbe trovata se il contratto non fosse stato concluso (è il caso del mandatario senza rappresentanza che stipula un contratto svantaggioso per conto del mandante). Dunque l'oggetto del risarcimento del danno non dipende dalla fase del ciclo contrattuale (trattative o esecuzione) in cui si verifica l'illecito, ma dalla condotta e dagli interessi lesi. E in questo senso, quando la parte inadempiente causa la risoluzione, da un lato rende inutili le

³⁰⁵ LUMINOSO *Della risoluzione per inadempimento in Commentario del codice civile SCIALOJA – BRANCA*, artt. 1453-1454, tomo I, 1, pp. 424 e ss.

³⁰⁶ LUMINOSO *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile in Contratto e Impresa*, 1988 p.802.

spese sostenute in vista del contratto, dall'altro realizza anche un inadempimento fonte di danno risarcibile.

Si osserva poi che qualora il contraente fedele agisca per il danno nei limiti dell'interesse negativo e quindi per recuperare la diminuzione patrimoniale subita in conseguenza della stipula, il risolvente oltre ad essere risarcito di detto pregiudizio continuerebbe a godere di frutti e interessi della prestazione ricevuta. Il che non è ammissibile perché la volontà di eliminare il negozio, recuperando gli esborsi dovuti alla stipula è incompatibile con la volontà di lucrare vantaggi deducibili solo dalla regolare esecuzione del contratto. I valori di cui il risolvente riacquista la disponibilità a seguito dell'esercizio dell'azione di ripetizione dovrebbero quindi essere determinanti per il calcolo del danno risarcibile pur restando estranei al fenomeno risarcitorio³⁰⁷.

Secondo un'opposta tesi, invece, la parte fedele potrà chiedere la risoluzione e insieme il risarcimento del danno positivo: ciò avverrà soprattutto laddove essa si attendeva dall'esecuzione del contratto profitti superiori rispetto alla posizione economica che recupera per effetto della risoluzione. Tuttavia, come è stato osservato³⁰⁸, non può accreditarsi all'attore in risoluzione lo stesso tipo di interesse che è proprio dell'attore che agisce con la cosiddetta azione di adempimento.

Con la domanda di risoluzione si enuncia infatti l'indisponibilità ad adempiere l'obbligazione di cui si è debitori, la quale a sua volta, in forza del sinallagma, è causa dell'obbligazione inadempita della quale si rinuncia a chiedere l'adempimento e di cui il risarcimento è l'equivalente.

Se dunque si ritiene che il principio di corrispettività che caratterizza il contratto nella sua fase fisiologica, governi anche gli effetti della risoluzione, la perdita della prestazione non può entrare nel *quantum debeatur*, perché annullata dalla liberazione dall'obbligo di eseguire la propria. Sembra dunque contraddittorio ammettere l'effetto retroattivo della risoluzione e poi

³⁰⁷ D'ADDA *op. cit.*, p. 551.

³⁰⁸ CASTRONOVO *La risoluzione del contratto nella prospettiva del diritto italiano*, in *Europa e diritto privato*, 1999, pp.833 e ss.

concedere all'attore in risoluzione il risarcimento per l'interesse positivo³⁰⁹. Questo è infatti il danno che deriva dal fatto che lo stipulato contratto non è stato portato a compimento, e non può coincidere *tout court* con il danno da inadempimento perché si tratterebbe di inadempimento di un'obbligazione estinta retroattivamente. L'effetto retroattivo della risoluzione determina l'impossibilità di pensare a un risarcimento da inadempimento che in quanto altro modo di essere dell'obbligazione inadempita presuppone il persistere della controprestazione che invece si è estinta con la risoluzione.

Che d'altra parte vi sia un'intima contraddizione tra risoluzione e risarcimento del danno emerge anche nel diritto tedesco: il par. 325 del BGB, impone l'alternativa tra risoluzione e risarcimento, visto che la prima estingue l'obbligazione, e la seconda poggia invece sulla *perpetuatio obligationis*. Il legislatore tedesco mostra di identificare il risarcimento da risoluzione con quello che consegue all'inadempimento dell'obbligazione, sostitutivo dell'obbligo originario e quindi parametrato al valore della prestazione dovuta. Ed è chiaro che con questo tipo di risarcimento si persegue l'interesse alla costanza del rapporto, cioè un interesse opposto alla risoluzione. Da qui la necessaria alternatività delle due pretese.³¹⁰

Ma allora, l'interesse positivo, depurato del valore della prestazione che non può più essere pretesa, e dunque del danno emergente, si limiterebbe al solo lucro cessante, e dunque a una sola componente di esso, consistente nel maggior guadagno che il contraente non inadempiente avrebbe ottenuto se il contratto fosse stato regolarmente eseguito.

Sembrerebbe esserci dunque nel sistema un'antinomia tra la retroattività della risoluzione e il diritto al risarcimento dell'interesse positivo.

Altra parte della dottrina³¹¹sostiene invece che il creditore potrebbe farsi risarcire a sua scelta l'interesse positivo o l'interesse negativo, comprensivo non solo delle spese ma anche delle mancate occasioni di guadagno. Tuttavia

³⁰⁹ In senso contrario BELFIORE *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di G. AULETTA*, Milano 1988, p. 319, il quale ritiene coerente riconoscere al contraente fedele il potere da un lato di eliminare il contratto, e dall'altro di tenerlo in vita chiedendo il risarcimento dell'interesse positivo.

³¹⁰ CASTRONOVO *op. cit.*, pp. 836 e ss.

³¹¹ LUMINOSO *Della risoluzione, op. cit.*, p.400.

in questo modo il creditore potrebbe sommare i vantaggi derivanti dalla conclusione e dalla mancata conclusione del contratto. Infatti, il creditore sceglierà l'interesse positivo se il valore di mercato della cosa è o è diventato nel frattempo superiore al valore contrattuale. Se questo valore si è ribassato, invece, egli opterà per l'interesse negativo. Quindi in questo modo si pone il creditore al riparo dal rischio di ribasso del valore che avrebbe comunque dovuto sopportare in caso di adempimento, e gli si consente di avvantaggiarsi dell'incremento dei prezzi se questo risultasse più conveniente. Il ricorso al criterio dell'interesse negativo appare razionale invece nel caso in cui non sia possibile provare l'interesse positivo o nei casi in cui la prestazione mirava a soddisfare interessi non patrimoniali: in questo caso però il risarcimento coprirà non tutte le spese, ma solo quelle ragionevolmente affrontate in vista del contratto.

Entrambe le tesi, quella che individua il contenuto del danno da risoluzione, nell'interesse positivo e quella che lo riconduce all'interesse negativo, sembrano offrire una soluzione inadeguata, peccando o per eccesso o per difetto. Da qui l'imbarazzo della dottrina che non riuscendo a inquadrare questo danno nelle categorie tradizionali, parla talvolta di uno specifico "danno da risoluzione"³¹². Invero l'interesse del risolvente non è né negativo né positivo, bensì un interesse all'integrità del patrimonio.

Ai fini della sua quantificazione però, secondo una parte della dottrina³¹³ si dovrebbe tenere conto di ciò che il creditore lucra per non dover adempiere la propria prestazione. Non si tratta però di una vera e propria *compensatio lucri cum damno*, perché in realtà le due poste, attiva e passiva, con la risoluzione vengono meno e residuano solo gli svantaggi cui la parte fedele è andata incontro a causa dell'inadempimento.

Dal risarcimento del danno da risoluzione va invece tenuto distinto il risarcimento da ritardo della restituzione conseguente alla caducazione del contratto. Per determinare quest'ultimo occorre stabilire il momento a partire

³¹² LUMINOSO *Della risoluzione op. cit.*, p.230 nt.7.

³¹³ GAZZONI *Manuale di diritto privato*, Napoli 2004, p.950.

dal quale è esigibile l'obbligo restitutorio, conciliando il carattere costitutivo della sentenza con la retroattività della vicenda risolutoria.

Si potrebbe astrattamente sostenere che il contraente che ha dato causa alla risoluzione sia in mora nella restituzione sin dal momento della consegna e che dunque da questa data sia tenuto al risarcimento dei danni da ritardo³¹⁴. Tuttavia in questo modo il contraente fedele cumulerebbe il valore di godimento della controprestazione (danno positivo), i frutti della prestazione da lui eseguita e il danno sofferto per il ritardo. Come visto nel capitolo precedente, ogni qualvolta si sostiene che la restituzione di denaro che grava sull'inadempiente è un debito di valore o che solo la parte infedele del contratto avrebbe l'obbligo di restituire i frutti e gli interessi dal momento della consegna o che il contraente inadempiente è in mora fin dal ricevimento della prestazione e deve dunque risarcire il danno da ritardo, si attribuisce al meccanismo restitutorio una impropria valenza risarcitoria commisurata all'interesse negativo, che si cumula al risarcimento dell'interesse positivo chiesto a norma dell'art. 1453 c.c.

In realtà invece le restituzioni sono un congegno neutro, insensibile alla condizione delle parti, perché gli obblighi restitutori assolvono i medesimi compiti indipendentemente dalla circostanza che si tratti del contraente adempiente o inadempiente. Solo la logica della pena, che è estranea ai meccanismi che stiamo analizzando, può giustificare un sistema che consenta al contraente fedele di appropriarsi dei frutti di ambedue le prestazioni dedotte in contratto e di trasferire sulla controparte i rischi inerenti alla posizione giuridica acquisita.³¹⁵

Conseguentemente, se la parte fedele domanda il danno da risoluzione per l'interesse contrattuale positivo non potrà cumulare anche il danno da ritardo della restituzione fin dalla data della consegna. Se invece opta per il risarcimento del danno negativo una componente di questo danno sarà costituita dalle perdite sofferte per la mancata disponibilità dal giorno della consegna, e non si potrà chiedere il danno positivo.

³¹⁴ MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito* in *Commentario al codice civile* SCIALOJA - BRANCA, artt.2028-2042, Bologna – Roma 1981, p. 117 nota 43, p.256 nota 15.

³¹⁵ LUMINOSO *Della risoluzione, op. cit.*, pp. 422 e ss.

6. Profili comparatistici.

Alla luce di quanto esposto nel corso del presente lavoro, emerge come nella nostra dottrina vi sia un annoso dibattito tra chi vede nella disciplina dell'indebito l'unico modello di obbligazione restitutoria, applicabile sia nell'ipotesi in cui la causa sia mancante fin dall'origine, sia quando essa venga successivamente meno, e chi invece sostiene il sistema del doppio binario, nel quale la ripetizione dell'indebito ha presupposti e funzioni diverse rispetto alle azioni restitutorie da contratto e va ricondotta a fatti extracontrattuali. Un tale dibattito trae alimento anche dal confronto con le esperienze maturate in altri sistemi giuridici, alcuni dei quali hanno, più o meno indirettamente, influenzato il sistema italiano.

La configurazione di mezzi specifici per l'impugnazione dei contratti, distinti da quelli volti al recupero di quanto prestato in esecuzione di essi, si è manifestata solo di recente nel corso dell'evoluzione giuridica. Il diritto romano non solo non conosceva la distinzione tra impugnative contrattuali e azioni restitutorie, ma non conosceva neanche la distinzione tra i vari mezzi di impugnazione (nullità, annullabilità, risoluzione). Tuttavia esisteva lo strumento della rivendica nonché della *condictio indebiti*, quest'ultima utilizzabile per l'ipotesi in cui l'effetto traslativo si fosse comunque prodotto a favore dell'*accipiens* nonostante il vizio del titolo, cosa perfettamente possibile vista l'astrattezza dei modi di trasferimento della proprietà tipici del diritto romano.

Il modello cosiddetto unitario è tipico degli ordinamenti di derivazione francese mentre il sistema a doppio binario caratterizza l'ordinamento tedesco e i sistemi di *common law*. Tuttavia una tale classificazione non può ritenersi esaustiva, poiché lo stesso sistema tedesco presenta delle specificità assai marcate rispetto ai modelli di *common law*, e per molti aspetti si avvicina a quello franco-italiano. A sua volta, il modello unitario è il frutto di stratificazioni concettuali non sempre perfettamente coerenti tra loro, che ne hanno progressivamente eroso la compattezza.

Il modello (unitario) francese e il modello (del doppio binario) tedesco, apparentemente agli antipodi, hanno entrambi alla base la regola della retroattività della caducazione contrattuale a differenza invece dei sistemi di *common law* che hanno accolto il principio inverso della irretroattività. I sistemi di *common law* sono infatti tendenzialmente restii a concepire forme di scioglimento del contratto che cancellino lo stesso quale fatto giuridicamente significativo, e dunque tendono a ravvisare nella *restitution for breach* un rimedio contrattuale alternativo all'adempimento coattivo.

Invece il concetto di scioglimento retroattivo, tipico del modello francese, risente dell'istituto della condizione risolutiva implicitamente apposta nei contratti bilaterali (art. 1184 *code civil*, art 1165 c.c. italiano del 1865), concetto che è approdato anche nella codificazione germanica nell'istituto del recesso retroattivo (par. 346 BGB).

Di qui, la configurabilità di un duplice modello di obbligazione restitutoria da caducazione contrattuale, il modello cosiddetto "retrospettivo" tipico dei sistemi di *civil law* e quello "prospettico" che caratterizza i Paesi di *common law*. Diversa è anche la funzione dell'obbligazione restitutoria nei due modelli. In quelli retrospettivi l'obbligazione restitutoria ha la funzione di riduzione in pristino attraverso la restituzione delle prestazioni già eseguite: essa è proiettata alla cancellazione del contratto anche per il passato, come se esso non fosse mai stato posto in essere. Nei modelli prospettici il rimedio restitutorio ha tutt'altra funzione. Infatti, nei sistemi di *common law* l'espressione *restitution* designa non solo un rimedio contro una violazione sostanziale del contratto (*breach of contract*) ma anche un rimedio generale contro ogni forma di attribuzione che si riveli priva di giustificazione (*consideration*). Nel primo caso il rimedio avrà carattere contrattuale, nel secondo quasi-contrattuale. Nell'ambito della categoria del quasi-contratto o contratto implicito, la *restitution* perde il suo carattere di rimedio avente ad oggetto la prestazione specifica di una cosa o di un pagamento per assumere la connotazione di rimedio avente ad oggetto un valore patrimoniale commisurato al vantaggio ricevuto. I *common lawyers* infatti, parlano di *restitution* in senso proprio solo quando vi è stato trasferimento della proprietà, perché diversamente nessuno

può chiedere la restituzione di qualche cosa che non è mai uscito dal proprio patrimonio.

In questi casi non occorre agire prima in giudizio per far dichiarare nullo il contratto, anche perché nel *common law* di fatto non esiste una pronuncia dichiarativa di nullità, in quanto i contratti nulli possono essere semplicemente disattesi. Il problema si pone se il contratto nullo è stato eseguito. In casi del genere operano i *quasi contracts*. I presupposti della restituzione del denaro in presenza di vizi del contratto sta nella *total failure of consideration*, e cioè nella circostanza che non si è ricevuto nulla in cambio di quella prestazione. Per i beni diversi dal denaro occorre l'*acceptio*, ovvero che il bene sia stato consegnato in esecuzione di un barlume di contratto, ancorché nullo.

Sul terreno dei contratti, con riferimento a fenomeni di annullamento o rescissione *ab initio*, la *restitution* esprime l'esigenza della reintegrazione dello *status quo ante*.

Nel caso ad esempio di *misrepresentation*, il contratto nasce efficace ma la parte ingannata ha la facoltà di porvi fine (*rescission*). La *rescission* del contratto si produce automaticamente, in virtù della sola manifestazione unilaterale di volontà della parte lesa, e ha efficacia retroattiva comportando un annullamento *ab initio* del contratto. Se però questo era già stato eseguito è possibile giungere alla *rescission*, a condizione che sia ancora possibile ottenere la *restitutio in integrum*. La possibilità di *restitutio in integrum* è interpretata dalle corti di *common law* in modo molto rigoroso, per cui la *rescission* del contratto non può avere luogo se il bene è stato in qualche modo alterato o modificato. Le giurisdizioni di *equity* hanno inteso invece questo presupposto in modo più elastico, ritenendo essenziale che il bene, ancorché modificato o danneggiato possa essere restituito in natura.

Invece, in presenza di un inadempimento contrattuale la preoccupazione dell'ordinamento è quella di porre fine alla vicenda contrattuale, ferme restando le prestazioni già eseguite (*termination*). In questo caso, poiché la caducazione derivante da vizi sopravvenuti del contratto è imputabile a uno dei contraenti, si conservano gli effetti già prodotti e quindi i rimedi non sono volti a ridurre in pristino le prestazioni già eseguite, quanto a evitare

l'arricchimento di un contraente a danno dell'altro, liberando nel contempo dall'obbligo delle prestazioni non ancora eseguite. In questi casi, la tutela del contraente non inadempiente è affidata al risarcimento del danno, considerato concettualmente incompatibile con la retroattività della caducazione.

Nei sistemi di *common law*, dunque, il regime delle restituzioni presenta molteplici valenze. Tra queste quella che più si avvicina ai modelli continentali si ha nell'ambito dei contratti annullati o rescissi. Tuttavia manca un rimedio generale per la restituzione dei trasferimenti ingiustificati di ricchezza, così come mancano rimedi specifici per l'impugnazione dei contratti³¹⁶.

Non esiste ad esempio una categoria simile all'annullabilità di diritto italiano, anche perché per ogni tipo di vizio del consenso esiste uno specifico rimedio che non può applicarsi negli altri casi. Le ragioni di un tale fenomeno devono probabilmente ricercarsi nella scarsa elaborazione dottrinale della materia che, diversamente da quanto accaduto nei paesi di *civil law* non ha ancora condotto alla riunificazione delle varie azioni, molto spesso diverse solo nel nome, ed alla elaborazione di una figura unitaria di contratto annullabile. Negli ordinamenti di *common law*, inoltre, non esiste un rimedio specifico per impugnare i contratti nulli, i quali sono considerati semplicemente inesistenti e quindi possono essere non adempiuti. Nel caso in cui il contratto nullo sia stato comunque eseguito soccorrono i rimedi quasi-contrattuali della *law of restitution*, che consente il recupero non solo del denaro (*money had and received*) e dei beni (*quantum valebat*) ma anche delle attività lavorative (*quantum meruit*)³¹⁷.

In base ai principi di diritto inglese in materia di circolazione mobiliare, la proprietà può passare tra le parti fin dal momento della conclusione del contratto ma per realizzare pienamente l'effetto traslativo, occorre un atto di trasferimento. Tale atto esecutivo assume connotazione diversa a seconda del tipo di bene. La consegna (*delivery*) è sufficiente per il passaggio di proprietà del

³¹⁶ DI MAJO *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Rivista critica del diritto privato* n.3/1994, pp. 314 e ss.

³¹⁷ I presupposti della restituzione del denaro in presenza di vizi del contratto sta nella *total failure of consideration*, e cioè nella circostanza che non si è ricevuto nulla in cambio di quella prestazione. Per i beni diversi dal denaro occorre l'*acceptio*, ovvero che il bene sia stato consegnato in esecuzione di un barlume di contratto, ancorché nullo.

denaro e anche dei titoli di credito. La proprietà del denaro può passare anche in virtù del *mixing*, ovvero della confusione con i soldi di un'altra persona³¹⁸.

Invece in materia di trasferimento immobiliare sono necessari due atti: il *contract*, cioè l'accordo sul bene e sul prezzo da trasferire, e la *conveyance*, cioè le formalità previste dall'ordinamento per il trasferimento della proprietà immobiliare. La *conveyance* è un atto astratto utilizzato per trasferire la proprietà anche in mancanza di *consideration*.

Se il contratto è nullo, dunque, la proprietà non può passare in base ad esso, ma occorre chiedersi se possa passare in virtù del solo atto di trasferimento, con regola analoga al nostro "possesso vale titolo" (art. 1153 c.c. italiano). In realtà, nel diritto inglese il principio consensualistico si è parzialmente sovrapposto alla regola per cui ai fini del trasferimento occorre il *delivery*. Per questo si afferma che la proprietà può passare anche nel caso di nullità dell'accordo, a meno che la causa che la determina non sia talmente grave da viziare anche l'atto esecutivo del contratto. Se l'errore, ancorché fondamentale viene successivamente meno, esso continuerà a rendere nullo il contratto, ma il *delivery* effettuato con la consapevolezza del vizio che inficia il contratto sarà in ogni caso idoneo a trasferire la proprietà del bene in questione.

Il sistema prospettico, tipico degli ordinamenti di *common law* è stato adottato anche nei Principi di diritto europeo dei contratti. Essi non offrono una disciplina generale delle restituzioni, ma presentano degli sporadici riferimenti normativi, soprattutto in materia di restituzioni da risoluzione del contratto e di restituzioni da contratto contrario a principi inderogabili e a norme imperative.

Quanto al primo caso, l'art. 9:309 PDEC dispone che la parte che ha eseguito una prestazione che non può essere restituita e per la quale non ha ricevuto corrispettivo o altra controprestazione può domandare una somma congrua in relazione al valore che la prestazione ha per l'altra parte. La norma non separa

³¹⁸ In realtà in un primo momento in Inghilterra si distingueva tra monete e banconote, ritenendo che queste ultime, essendo caratterizzate da segni distintivi, quali ad esempio la numerazione progressiva, non potessero confondersi col denaro di proprietà del percipiente e dunque dovessero essere assoggettate al regime di circolazione proprio dei beni mobili.

la tutela restitutoria dalla dimensione contrattuale, ma sembra anche tener conto dei principi in materia di arricchimento senza giusta causa.

L'art. 15:104 PDEC disciplina poi le restituzioni delle prestazioni eseguite in base a un contratto invalido per contrarietà a principi inderogabili o a norme imperative. Esse sono ripetibili salvo che la parte che la domandi conoscesse o dovesse conoscere la causa di invalidità. Questa regola supera il principio di irripetibilità delle prestazioni *contra bonos mores*, e presenta un ambito di applicazione più ampio dell'art. 2035 c.c. Quest'ultimo sembra invece più vicino alla regola di cui all'art. 160, comma 9 Codice Europeo dei Contratti, ai sensi del quale "non hanno diritto di ottenere le restituzioni di cui al presente articolo i soggetti che hanno effettuato delle prestazioni in esecuzione di contratti che costituiscono dei reati penalmente perseguibili o che sono in contrasto con i buoni costumi o con l'ordine pubblico e inoltre la parte che ha effettuato una prestazione per uno scopo che, anche solo da parte sua, presenta i caratteri predetti". Il comma 3 dello stesso articolo disciplina poi la restituzione per equivalente prevedendo che "la restituzione deve essere effettuata mediante il versamento alla controparte di una somma di denaro ragionevolmente equivalente, la quale in mancanza di accordo fra le parti è determinata nel suo ammontare dal giudice quale debito di valore, salva la possibilità di procedere a un equo calcolo compensativo delle restituzioni reciprocamente dovute alle parti". Anche qui si opta per una disciplina delle restituzioni contrattuali indipendente da quella dell'indebito³¹⁹.

Nei PDEC la caducazione del contratto non ha efficacia retroattiva e dunque non nasce alcuna pretesa restitutoria, tranne appunto che nel caso in cui alla prestazione di una parte non sia seguita la controprestazione dell'altra. E ciò perché anche dopo la risoluzione del contratto rimane fermo il principio di sinallagmaticità tra le prestazioni originarie. Ciò consente tra l'altro di cumulare l'eccezione di inadempimento con il rimedio della risoluzione, fermo restando sempre il diritto al risarcimento del danno per il contraente fedele³²⁰.

³¹⁹ CASTRONOVO – MAZZAMUTO *Manuale di diritto privato europeo*- vol. II, *Proprietà, obbligazioni, contratti*, Milano, pp. 211-212.

³²⁰ MOSCATI *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Rivista di diritto civile* n. 1/2007, pp. 453 e ss..

Il sistema francese e quello tedesco accolgono invece il modello retrospettivo, poiché sposano il principio di irretroattività della caducazione contrattuale. Nonostante questo elemento comune essi presentano tra loro profonde differenze. Tale scollamento è la conseguenza del ruolo centrale che ha assunto nel BGB l'azione di arricchimento, mediante la quale si risolvono molti dei problemi che negli ordinamenti di derivazione francese sono tipici dell'area del contratto o della responsabilità civile. E del resto, come visto, il sistema tedesco è anche quello più vicino tra gli ordinamenti moderni al modello romanistico delle *condictiones*. Per questo motivo in quel sistema si sono creati due poli di disciplina a seconda che l'obbligo di restituzione sia correlato al contratto (§ 346 ss. BGB) ovvero derivi da fatti extracontrattuali (§ 812 ss. BGB). Nel senso del bipolarismo si collocano anche i sistemi di *common law*, nei quali l'attrazione del regime restitutorio conseguente alla caducazione del contratto nell'ambito delle regole sul contratto stesso garantisce che siano queste ultime a governare il regime delle restituzioni. Nel diritto tedesco però, il bipolarismo non è perfetto, perché intorno al polo del contratto ruotano solo i fatti di scioglimento derivanti da recesso ma non da invalidità, per i quali invece continua a valere il modello delle restituzioni da arricchimento.³²¹

Risultano così individuabili accanto alla *condictio indebiti* relativa alla restituzione di prestazioni non dovute (§ 812, 1° comma, 1a frase, 1° caso), la *condictio ob causam finitam* e la *condictio ob rem*, entrambe correlate al difetto sopravvenuto della *causa solvendi*. La prima ricorre quando “la causa giuridica viene in seguito a mancare” (§ 812, 1° comma, 2a frase, 1° caso), sia che ciò si verifichi con efficacia retroattiva (ad es., per l'impugnazione del contratto) sia con effetto *ex nunc* (ad es., per il verificarsi di una condizione risolutiva). Poiché in tutte queste ipotesi la prestazione era effettivamente dovuta all'atto del pagamento, non è applicabile il § 814 BGB che esclude la ripetizione in caso di *scientia indebiti*. Invece la *condictio ob rem* (o *condictio causa data, causa non secuta*) ricorre “quando... il risultato, che secondo il contenuto del negozio si ebbe di mira con la prestazione, non si verifica” (§ 812, 1° comma, 2a frase, 2° caso, BGB),

³²¹ DI MAJO *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti in Rivista critica del diritto privato* n.3/1994, pp. 323 e ss.

ovvero in situazioni in cui il risultato futuro costituiva la controprestazione della prestazione già eseguita. Vi è infine la *condictio ob iniustam vel turpem causam* in caso di prestazioni contrarie a un divieto di legge o al buon costume (§ 817 BGB).

La coesistenza di due poli di disciplina dell'obbligazione restitutoria comporta che, nonostante l'esplicita previsione del § 812, 1° comma, seconda frase, BGB (*condictio ob causam finitam* e *condictio ob rem*) buona parte delle ipotesi di mancanza sopravvenuta di *causa solvendi*, sfugge a questa disciplina per ricadere nell'area delle restituzioni da recesso convenzionale (§ 346 ss. BGB novellato) o legale (par. 325 e 327 BGB). In Germania, infatti, a differenza di quanto accade in Francia o in Italia, lo scioglimento del contratto ha luogo stragiudizialmente, in virtù del recesso della parte interessata (par. 346-361 BGB). Anche ai fini dell'annullamento di un contratto non è necessario rivolgersi a un giudice perché è sufficiente una manifestazione unilaterale di volontà (par. 143 BGB). Le obbligazioni restitutorie, dunque derivano da un atto di volontà dell'interessato che dichiara di volersi sciogliere dal contratto in presenza di determinati presupposti, di cui il più significativo è l'inadempimento di una delle parti. Il recesso viene quindi assimilato all'avverarsi di una condizione risolutiva che determina il *venir meno ex tunc* del rapporto contrattuale.

I due poli di disciplina hanno presupposti diversi: nel caso del § 812, 1° comma, seconda frase, l'obbligazione restitutoria dipende dal venire meno della *causa solvendi*, mentre nel § 346 dipende dall'esecuzione dell'obbligazione originaria³²². In quest'ultimo caso, cioè, la fonte dell'obbligazione restitutoria viene identificata con il rapporto fondamentale e cioè proprio con il contratto e non con la mancanza sopravvenuta della *causa solvendi*. Così l'obbligazione restitutoria si inserisce nell'attuazione del contratto e costituisce una forma di esecuzione dell'obbligazione originaria, seppure speciale perché a senso invertito. Corollario di tutto ciò è il rispetto del principio di corrispettività

³²² In passato comunque una parte della dottrina tedesca riteneva che l'applicabilità della disciplina del recesso non escludesse il ricorso in via sussidiaria ai §§ 812-822 BGB al fine di una integrazione del § 347 BGB.

anche dopo la caducazione del contratto e la possibilità di sollevare l'eccezione di inadempimento anche con riguardo agli obblighi restitutori.

Nell'ordinamento tedesco, che maggiormente ha conservato le caratteristiche dell'originario sistema romano basato sulla distinzione tra atti fonte d'obbligazione e atti esecutivi dell'obbligo di trasferire la proprietà, esiste un ampio ventaglio di azioni per l'impugnativa dei contratti, a seconda che essi siano affetti da vizi originari o sopravvenuti. L'esercizio delle azioni dichiarative è però precluso quando è possibile ottenere direttamente una sentenza di condanna. L'azione di nullità è dunque esperibile in via preventiva solo finché il contratto non è stato eseguito, perché dopo non ha più alcuna utilità³²³.

Per quanto riguarda la restituzione delle utilità accessorie tratte dalla *res restituenda* tale modello offre risposte differenziate. Poiché le *restitutiones* trovano causa nel recesso la responsabilità è commisurata a quella del possessore di mala fede verso il proprietario rivendicante (par. 347 BGB), perché si tratta di restituire una cosa che non si ha titolo per trattenere. Il possessore è quindi tenuto a restituire i frutti e le utilità effettivamente conseguiti o che colposamente non siano stati conseguiti dal momento del ricevimento della cosa (par. 987 BGB). Egli inoltre risponde di eventuali danni e per quanto riguarda le spese avrà diritto al rimborso solo di quelle necessarie, salvo il diritto di trattenere il bene sino all'integrale estinzione del debito.

Nell'ambito del regime restitutorio extracontrattuale da arricchimento, l'obbligo di restituzione dei frutti e delle utilità è invece commisurato all'arricchimento, e decorre dalla domanda (par. 818 BGB). La minore responsabilità in cui incorre in questo caso l'obbligato alla restituzione si spiega perché egli, a differenza della parte che patisce l'eliminazione del contratto, non sa a priori di dover rispondere dell'arricchimento.

Di questo regime più benevolo previsto in materia di arricchimento senza causa, può avvalersi anche in materia di contratto la parte che subisce il recesso (par. 327 BGB); così pure chi non può più restituire per impossibilità

³²³ GALLO *I rimedi restitutori in diritto comparato* in *Trattato di diritto comparato* di SACCO, Torino 1967, pp. 205 e ss.

della prestazione dovuta a causa a lui non imputabile (par. 323 BGB). La parte che subisce il recesso dunque può disporre della cosa senza preoccuparsi di doverla ben custodire essendo la sua posizione equiparata a quella di un possessore di buona fede.

Il regime restitutorio più benigno opera inoltre a favore del donatario ove il donante chieda la restituzione della cosa donata per mancata osservanza dell'onere modale (par. 527 BGB) o nel caso in cui il donante versi in stato di bisogno (par. 528 BGB) o ancora in caso di ingratitude del donatario (par. 530, 531 BGB). Il regime delle restituzioni da recesso prevede dunque delle eccezioni per le ipotesi in cui la sua applicazione sia palesemente ingiusta³²⁴.

La *ratio* di una tale diversificata disciplina, però, non regge più laddove chi recede dal contratto sia indotto a farlo a causa dell'inadempimento di controparte. La sua posizione è infatti diversa da quella di chi spontaneamente decide di recedere, eppure entrambe sono assimilate quanto al regime di responsabilità per il caso in cui non riescano a garantire alla controparte la reintegrazione dello *status quo ante*. Così facendo si fa dipendere il regime delle restituzioni da regole di responsabilità *in restituendo* che rappresentano una contraddizione in termini, perché prima che insorgano puntuali obblighi restitutori, non può nascere per definizione una responsabilità per mancata vigilanza sull'uso della *res restituenda*. Sicuramente scioglimento e restituzioni sono strettamente legati. Ma il criterio applicabile non potrà essere quello della responsabilità da inadempimento, bensì un criterio che accoli il rischio dell'uso della cosa a colui che intenda recedere secondo un parametro di esposizione del rischio. Le regole di responsabilità non possono infatti governare la fase di costanza del contratto che precede il sorgere dell'obbligo restitutorio, dato che l'*accipiens* in questa fase esercita solo facoltà che il contratto gli attribuisce. La responsabilità può caso mai sorgere solo per la fase successiva alla nascita degli obblighi restitutori.

Bisognerà pertanto distinguere a seconda che l'impossibilità sopravvenuta di restituire la prestazione ricevuta si verifichi prima o dopo l'esercizio del recesso e dunque prima o dopo che insorga l'obbligazione restitutoria. Nel

³²⁴ DI MAJO *Restituzioni e responsabilità*, op. cit., pp. 298 e ss.

primo caso, ai sensi del par. 350 BGB, il recesso non è impedito dal perimento della cosa dovuto a caso fortuito e quindi non imputabile. Della restituzione si gioverà il recedente che non è in grado di restituire la prestazione ricevuta e che tuttavia mantiene la possibilità di chiedere in restituzione la propria. In questo senso si orienta anche la legislazione tedesca sulla vendita a rate (par.7), che consente al compratore di ottenere lo scioglimento del contratto anche nell'ipotesi di perimento o deterioramento della cosa attraverso un obbligo di indennizzo. E allo stesso modo si orientano le proposte di riforma del diritto delle obbligazioni tedesco, che prevedono il subentro di obblighi di indennizzo ove vi sia l'impossibilità di restituire la cosa in natura.

Invece una volta avvenuto lo scioglimento del contratto hanno ingresso regole di responsabilità per il colpevole deterioramento o perimento della cosa da restituire, quali l'art. 347 BGB. Inoltre la dottrina estende analogicamente alle obbligazioni restitutorie la regola di cui al par. 323 BGB, dalla quale si è tratta la teoria del saldo. Vi è poi la decadenza dal recesso in caso di perimento o di danneggiamento rilevante della cosa restituenda dovuti a colpa (par. 351 BGB). In proposito la dottrina tedesca non ha nascosto la difficoltà di giustificare una regola che imponga a colui che intenda recedere dal contratto un obbligo di oculata gestione della cosa propria, come se si trattasse già di cosa altrui, sanzionando l'inadempimento con la decadenza dal diritto di recesso e facendo dipendere la possibilità di recesso dalla mancanza di colpa per il perimento della cosa. Pertanto la responsabilità non può farsi retroagire al momento dell'*acceptio* secondo lo schema in cui incorre il possessore di cosa altrui a far tempo dalla pendenza del giudizio di rivendica, che ai sensi del par. 989 BGB risponde del perimento o deterioramento della *res* nonché dei frutti percepiti e percipiendi che ha colposamente trascurato di conseguire (par. 987 BGB). Per il periodo che precede lo scioglimento del contratto infatti non possono caricarsi al debitore della prestazione doveri di comportamento che presuppongono l'esistenza di un obbligo restitutorio.

La presenza di un duplice regime delle restituzioni nel diritto tedesco è stato criticato da una parte della dottrina³²⁵ che ha rilevato come, essendo il contratto caducato con efficacia *ex tunc*, le restituzioni contrattuali dovrebbero essere modellate sul regime dell'arricchimento senza causa, fatta eccezione per l'ipotesi di recesso convenzionale che riceve un'apposita disciplina.

Ciò forse è stato avvertito anche dal legislatore che, con la riforma del diritto delle obbligazioni del 2001, ha unificato la disciplina del recesso convenzionale e di quello legale, il quale copre l'area che nel diritto italiano è disciplinata dalle risoluzioni di diritto e per impossibilità sopravvenuta. La nuova disciplina delle restituzioni da recesso tende ad allinearsi a quella dell'arricchimento senza causa, ad esempio per la previsione secondo cui in caso di impossibilità della restituzione in natura scatta l'obbligo di pagare l'equivalente monetario.

Molto diversa è la situazione nei sistemi di derivazione francese, tra cui anche quello italiano, caratterizzati dalla "neutralità" dell'azione di ripetizione, la quale è insensibile nei confronti della "causa" dell'obbligazione restitutoria. Ciò ha condotto ad una unificazione del sistema della *condictio* nella categoria del quasi-contratto comprensiva inizialmente solo degli istituti della gestione di affari e del pagamento dell'indebito. Era infatti sconosciuta a quella codificazione l'azione di arricchimento, introdotta solo più tardi nel diritto italiano con il codice civile del 1942 (artt. 2041-2042). Nello stesso codice scompariva però contemporaneamente, come visto, la categoria del quasi-contratto, ritenuta priva di qualsiasi significato concettuale e di autentico fondamento giuridico, e si accorpava negli artt. 2033-2040 c.c. tutta la disciplina dell'indebito che nel codice del 1865 era suddivisa tra le due sezioni del pagamento (art. 1237) e dei quasi-contratti (artt. 1145-1150).

L'obbligazione restitutoria da indebito ha nel *code civil* come nel codice civile italiano un fondamento autoreferenziale costituendo una fonte dell'obbligazione diversa dal contratto e dal fatto illecito. In Francia, però, a differenza che in Italia, l'esercizio dell'azione di nullità conduce di per sé al recupero di quanto dato *sine causa*, senza che il *solvens indebiti* sia costretto ad esercitare a questi fini anche un'ulteriore azione a carattere recuperatorio. Nel

³²⁵ DI MAJO *op. cit.*, p. 304.

diritto francese poi, al fine di ripetere l'indebito assume generale rilevanza l'errore del *solvens* (art. 1377 *Code civil*), in quanto è l'errore a rendere la prestazione "non dovuta". Ciò a differenza di quanto accade nel sistema italiano dove l'errore del *solvens* è elemento costitutivo solo della fattispecie di indebito soggettivo. Tuttavia anche nel diritto francese si tende a ridimensionare il ruolo dell'errore del *solvens* in caso di nullità del contratto, visto che in quest'ipotesi il contratto viene meno non tanto perché l'atto non è sorretto dalla volontà del suo autore, quanto perché è oggettivamente senza causa. Non si vuole che la mancanza di errore inibisca l'esercizio dell'azione di nullità anche per evitare che l'esecuzione consapevole del contratto possa avere un effetto sanante.

Nel sistema francese dunque, si ha una sovrapposizione della disciplina della nullità su quella dell'indebito con conseguente superamento dell'autonomia dell'obbligazione restitutoria rispetto al contratto. Se questo è vero in linea teorica, va detto però che in pratica, vi è sempre stata una certa ambiguità nel rapporto tra il rimedio delle nullità e quello delle restituzioni: da un lato la disciplina dell'indebito tende ad occupare l'area delle restituzioni da contratto; dall'altro la forza pervasiva dell'azione di nullità tende a porre le restituzioni in una posizione accessoria³²⁶.

In questo modo però si finisce con l'introdurre surrettiziamente un sistema a doppio binario diversificando la disciplina dell'obbligazione restitutoria conseguente alla nullità o all'annullamento del contratto rispetto alla disciplina dell'indebito. Si ancora dunque la restituzione dei frutti e degli interessi alla proposizione della domanda giudiziale piuttosto che alla buona o malafede dell'*accipiens indebiti* e si introduce il principio delle restituzioni reciproche riconoscendo alla parte "fedele" l'eccezione di inadempimento; si arriva poi a negare l'azione di annullamento in caso di perimento o di alienazione della cosa da restituire. La giurisprudenza francese più recente ha dunque abbandonato l'idea per cui le restituzioni contrattuali sono considerate indipendenti le une dalle altre e ha integralmente recepito la teoria del saldo. Si

³²⁶ GALLO *I rimedi restitutori in diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato* di SACCO, Torino 1967, p. 204.

ritiene però che l'alienazione o la distruzione, ancorché imputabile, del bene, non pregiudichi la possibilità di agire per la nullità, salvo l'obbligo di restituire il corrispondente monetario del bene andato perso. Il compratore è tenuto a restituire una somma corrispondente al valore nominale che il bene aveva al tempo dell'esecuzione del contratto, che non è necessariamente equivalente al prezzo pattuito, ma che viene determinato con giudizio insindacabile dall'organo giudicante con riferimento ai valori di mercato al tempo dell'esecuzione. Inoltre la stessa giurisprudenza tende in misura crescente ad addossare il rischio del fortuito in capo all'acquirente sostituendo il principio *res perit domino*, con la regola *res perit possessori*. Il titolare apparente in buona fede avrà diritto a far propri i frutti e i proventi derivanti dall'uso della cosa, o dall'impiego della somma di denaro e non sarà tenuto a compensare in alcun modo il titolare del bene per l'uso effettuato prima della restituzione. Si tratta di un orientamento che va nel senso di una progressiva valorizzazione del cosiddetto periodo di costanza del rapporto. Pare infatti coerente che il titolare apparente del bene sopporti i rischi connessi all'uso normale della cosa ma abbia diritto a far propri i frutti di essa. Il regime delle obbligazioni restitutorie in materia contrattuale tende a diversificarsi rispetto a quello ordinario dell'indebito³²⁷.

In Francia l'azione di nullità non ha le caratteristiche tipiche del sistema italiano: essa svolge, nei casi in cui sia stata data esecuzione a un negozio nullo, la stessa funzione che rispettivamente svolgono in Germania i rimedi restitutori in caso di recesso (par. 346 e ss. BGB) e nei Paesi di *common law* la *law of restitution*, cioè il recupero di quanto dato senza causa.

La *causa petendi* nei tre sistemi è infatti sempre la stessa, ovvero la nullità del contratto e così pure il *petitum*, cioè la restituzione di quanto si è dato in esecuzione di un contratto nullo. In Francia inoltre la declaratoria di nullità ha efficacia retroattiva anche nei confronti dei terzi, non importa se di buona o mala fede, se acquirenti a titolo gratuito o a titolo oneroso: l'attore avrà unicamente l'onere di chiamare in causa anche il terzo. Per ovviare allo stato di precarietà in cui vengono in questo modo a trovarsi gli acquisti dei terzi sono

³²⁷ GALLO *op. cit.*, pp. 244 e ss.

stati elaborati alcuni accorgimenti. In materia di beni mobili opera la regola possesso vale titolo. Inoltre si ritiene che la declaratoria di nullità pregiudichi solo gli atti di disposizione e non gli atti di amministrazione, che si reputano meno pregiudizievoli. Infine gli acquisti dei terzi vengono fatti salvi applicando il principio di apparenza.

Poiché analogo problema si pone anche in Italia, la dottrina³²⁸ ha osservato come nella disciplina della caducazione del contratto vi sia stata una progressiva erosione del principio *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*. Salvo il caso di nullità, annullamento per incapacità legale, annullamento a danno di terzi acquirenti in mala fede o a titolo gratuito, si applica il principio dell'inopponibilità della caducazione a tutti i terzi che abbiano acquistato in base ad atto trascritto prima della trascrizione della domanda. Ciò perché venendo meno l'astrattezza dei modi di trasferimento della proprietà, che rappresentava la principale tutela per i terzi e introdotto il principio consensualistico è stato necessario escogitare dei correttivi. Per questo in concreto le differenze tra ordinamenti caratterizzati dal principio consensualistico e ordinamenti in cui opera la *traditio* astratta tendono in concreto a svanire³²⁹.

In un sistema come quello francese, improntato al consensualismo l'istituto della *condictio* può apparire fuori luogo. Esso infatti è sorto per consentire il recupero del bene anche quando la rivendica non è esperibile e dunque quando si è avuto il trasferimento di proprietà. Ma l'effetto traslativo, in presenza di un contratto viziato può verificarsi solo in un sistema basato sulla distinzione tra *titulus e modus* e dunque sull'astrattezza dell'atto di trasferimento. La funzione della *condictio*, in questo senso si giustifica ipotizzando che il pagamento dell'indebito abbia efficacia traslativa, il che nel diritto francese si ritiene³³⁰ che avvenga almeno in tre casi: mancanza di errore, donazione manuale e obbligazioni naturali: esse coprono tendenzialmente la maggior parte delle consegne di beni mobili.

³²⁸ ARGIROFFI *Ripetizione di cosa determinata e acquisto a domino della proprietà*, Milano 1980, p. 71.

³²⁹ GALLO *op. cit.*, pp. 236-237.

³³⁰ SACCO *Une cryptotype en droit français, la remise abstrait?* In *Studi Rodière*, Parigi 1981.

Com'è noto il principio consensualistico dal diritto francese è passato prima nel codice civile italiano del 1865 e poi nel codice civile del 1942. Anche qui astrattamente potrebbe sostenersi che il campo d'azione della *condictio indebiti* sia limitato ai soli casi in cui la consegna da sola è in grado di produrre l'effetto traslativo, come per esempio in materia di denaro³³¹. O ancora, come visto sopra, si sostiene³³² che il campo d'azione della *condictio indebiti* sia circoscritto ai soli casi in cui la rivendica non sia più fruibile. Secondo un'altra opinione³³³ il pagamento dell'indebitato avrebbe sempre efficacia traslativa, anche nei casi di nullità del rapporto giustificativo sottostante. In realtà, come visto nel capitolo I par. 11, la *condictio* sarebbe concessa anche in casi di mera perdita del possesso, come conseguenza dell'esecuzione di un negozio caducato retroattivamente, poiché il pagamento indebitato non ha sempre e comunque efficacia traslativa.

Per quanto riguarda il contenuto dell'obbligo restitutorio, nei sistemi di *civil law* l'indirizzo tendenziale è quello di garantire la restituzione in natura delle prestazioni eseguite, mentre nei Paesi di *common law* le restituzioni avvengono in linea di principio per equivalente. Quando infatti viene data esecuzione a un contratto nullo, l'ordinamento giuridico può astrattamente fornire due risposte antitetiche: può cercare di eliminare il più possibile e con efficacia retroattiva le conseguenze materiali dell'esecuzione di un contratto invalido con efficacia retroattiva; oppure può consolidare lo scambio imponendo la corresponsione di un giusto corrispettivo.

La prima soluzione è conforme al modello della *condictio*, la seconda ai *quasi-contracts* inglesi.

Il principio della restituzione in natura nel diritto tedesco trova il suo presupposto nella forza retroattiva del recesso per cui il contratto viene eliminato dal mondo delle relazioni giuridiche. Nel modello franco-italiano, invece, il carattere specifico della restituzione ha origine nella *condictio indebiti*

³³¹ GALLO *op. cit.*, p. 226

³³² ARGIROFFI *Ripetizione di cosa determinata e acquisto a domino della proprietà*, Milano 1980.

³³³ SCUTO *Natura giuridica e fondamento della ripetizione dell'indebitato nel diritto civile italiano in Rivista di diritto civile, 1917*, pp. 1 e ss. ; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1950, p. 175.

romana, e dunque se essa non può essere garantita, come per le prestazioni di *facere*, si ricorre all'azione di arricchimento.

La soluzione inglese richiama l'idea della sanatoria del contratto in virtù dell'esecuzione. La generalizzazione di una tale soluzione, però si porrebbe in contrasto con la fondamentale esigenza di garantire le regole (per di più imperative, trattandosi di nullità), che l'ordinamento impone ai contraenti. Bisogna quindi verificare se sia prevalente l'esigenza di garantire il consolidamento dello scambio o il rispetto delle norme imperative.

Tuttavia, anche da questo punto di vista, nonostante queste differenze di base, nei due sistemi le soluzioni pratiche tendono a convergere. Infatti, nei Paesi di *common law* esistono comunque sistemi che consentono di ottenere la restituzione in forma specifica. In primo luogo i rimedi di *equity*, che permettono di recuperare il bene in natura facendo configurare su di esso un *constructive trust*. In alternativa è possibile ottenere un *decree for specific restitution*: esso è completamente discrezionale e ottenibile nei casi in cui la corresponsione del valore del bene consegnato senza causa non sarebbe sufficiente per fare giustizia, ad esempio perché si sono consegnati beni unici o di particolare valore. Anche negli Stati Uniti il *Restatement* (2d) sui contratti ha abolito le restrizioni alle restituzioni in forma specifica.

Nel modello di *common law*, nel quale, come visto, la *restitution* è un rimedio contro la violazione del contratto volta a impedire che il contraente inadempiente possa trarre beneficio da esso, il rimedio tendenzialmente non avrà carattere specifico perché anzi ciò sarebbe in contrasto con la sua natura personale e con la sua inopponibilità a terzi subacquirenti. In questi sistemi l'impossibilità o difficoltà della *restitution* da parte di colui che recede non compromette lo scioglimento del contratto dato che il rimedio è soprattutto finalizzato a impedire l'arricchimento dell'inadempiente. O meglio la corrispondenza biunivoca tra dissoluzione del contratto e *restituito in integrum* vale per i fenomeni di annullamento e rescissione del contratto, che potranno essere negati dal giudice se questi non è in grado di ripristinare lo *status quo ante*. Nel caso di *termination* del contratto per inadempimento, invece, il contratto inadempito costituisce il fondamento dell'azione tendente alla

rimozione dell'arricchimento ottenuto dalla parte infedele. In tal caso la *restitution* costituisce un rimedio contro l'inadempimento del contratto alternativo all'esecuzione specifica o al risarcimento del danno. L'obiettivo del rimedio non è infatti quello di porre la parte fedele nella stessa posizione in cui si sarebbe trovata se il contratto fosse stato eseguito, ma piuttosto di porre la parte inadempiente nella posizione in cui si sarebbe trovata se il contratto non fosse stato concluso, rimuovendo in via restitutoria il beneficio conseguito.

Nei Paesi di *civil law*, nonostante assuma prevalenza la restituzione in forma specifica vi sono casi in cui si preferisce il pagamento di un giusto corrispettivo. In Francia ad esempio chi effettua servizi a favore della pubblica amministrazione, in mancanza di un valido contratto, ha diritti di farsi pagare in applicazione dei principi sulla gestione d'affari altrui. In Italia, in questo caso si utilizza lo strumento dell'arricchimento ingiustificato: se un privato ha eseguito servizi o consegnato beni alla P.A. in base a un contratto inefficace per inosservanza delle formalità prescritte, ha diritto a farsi pagare nei limiti dell'arricchimento. Se a questo aggiungiamo le ipotesi in cui secondo la disciplina dell'indebito il pagamento avviene per equivalente, ci si accorge come le ipotesi di restituzione in natura siano sempre più rare. D'altra parte spesso la restituzione in natura può avere un costo maggiore, comportando problemi di trasporto o stoccaggio dei beni. E soprattutto la circostanza che il contratto sia stato di fatto eseguito, è indice di un forte desiderio delle parti di volere il risultato economico concordato.³³⁴ Ciò accade anche nel diritto tedesco, nel quale, laddove non sia possibile la restituzione in natura si tiene conto del valore (par. 346 BGB, ma lo stesso principio è ripetuto anche per il regime restitutorio da arricchimento senza causa, par. 818 BGB).

Circa un possibile concorso tra restituzioni e risarcimento, esso è possibile nel sistema francese e italiano per il fatto che la risoluzione non cancella l'inadempimento. Nel diritto tedesco, invece, vige l'alternativa secca tra recesso e richiesta dei danni (par. 325 BGB). Nei sistemi di *common law* l'interesse alla restituzione può essere fatto valere anche sotto forma di danno contrattuale,

³³⁴ GALLO *op. cit.*, pp. 252 e ss.

circostanza che invece per i giuristi di *civil law* rappresenta un'impropria contaminazione tra rimedi diversi.

Per quanto riguarda il concorso tra tutele restitutorie reali e personali, la tutela reale sarà esperibile se il *solvens* ha conservato la titolarità della *res*. La possibilità di agire in rivendica è prevista in Francia, anzi è generalmente ammessa quando sia ormai trascorso il termine di prescrizione decennale dell'azione di nullità. Nei paesi di *common law* una tale possibilità sembra invece esclusa perché anche l'esecuzione di un contratto nullo comporta il trasferimento di proprietà. Tuttavia bisogna considerare i rimedi di *equity*: in certi casi, la perdita del titolo *at law* non è accompagnata dalla perdita della titolarità in *equity*. Ciò ad esempio si verifica quando non viene pagato il corrispettivo previsto per il trasferimento della proprietà di un immobile. In questi casi, con la *conveyance* si ha comunque un immediato trasferimento della titolarità *at law* in capo al nuovo intestatario ma la titolarità in *equity* continua a competere al precedente titolare fino al pagamento del corrispettivo. E quindi se il compratore non paga il venditore potrà agire in *equity* per far dichiarare l'esistenza di un *trust* sul bene in suo favore.

Anche in Germania si sono escogitati vari accorgimenti per neutralizzare l'astrattezza dei modi di trasferimento della proprietà: ad esempio le parti possono subordinare l'efficacia dell'atto traslativo alla validità del rapporto sottostante. Oppure potrebbe esservi un trasferimento del possesso e non della proprietà nei casi in cui non sono state poste in essere tutte le formalità relative al trasferimento della proprietà. Siccome però in Germania le azioni possessorie presuppongono la privazione del possesso contro la volontà del possessore, si è introdotta una *condictio possessionis* fondata sul par. 812 BGB, esperibile quando il bene non sia stato oggetto di spoglio ma consegnato volontariamente in esecuzione di un contratto nullo.

In conclusione si può osservare come negli ordinamenti caratterizzati dall'astrattezza dell'atto esecutivo, ai fini del recupero di quanto dato in esecuzione del contratto invalido non è necessario impugnare il contratto, anzi spesso la caducazione avviene in via stragiudiziale. In questi sistemi assumono quindi maggiore rilevanza i mezzi per il ripristino dello *status quo ante* piuttosto

che quelli per l'impugnazione del contratto. Nei paesi dominati invece dal principio consensualistico, è già la caducazione del contratto a determinare il ritrasferimento della titolarità del bene. Poi occorrerà verificare se per il materiale recupero di esso sia sufficiente l'azione per la caducazione del contratto come avviene in Francia o sia necessario proporre congiuntamente un'adeguata azione restitutoria, come in Italia³³⁵.

Analogamente accade nell'ipotesi di vizi sopravvenuti del sinallagma: anche qui, nel diritto tedesco e nei sistemi di *common law*, la risoluzione del contratto ha luogo stragiudizialmente, e il rimedio risarcitorio e restitutorio sono del tutto alternativi, a scelta del contraente fedele. Invece in Francia e in Italia la situazione è un po' diversa, perché tranne i casi particolari di risoluzione di diritto, la risoluzione avviene sempre per via giudiziale. Anche qui come nel caso dell'invalidità del contratto, nell'ordinamento francese l'impugnativa conduce di per sé al recupero di quanto consegnato in esecuzione del contratto, mentre in Italia è necessario agire separatamente.

Il modello italiano sembra collocarsi in realtà a metà strada tra quello francese e quello tedesco. Da un lato infatti, attraverso il rinvio alla disciplina dell'indebitito contenuto negli artt. 1422 e 1463 c.c., da intendersi, come visto, quale espressione di un principio generale, sembra che vi sia un'unica disciplina delle restituzioni, indipendentemente che le stesse derivino da contratto o da fatti extracontrattuali. Dall'altro tuttavia, le difficoltà di coordinamento riscontrate tra la disciplina dell'indebitito e il diritto dei contratti spingono a individuare per lo meno un diverso fondamento giuridico all'indebitito da caducazione di contratto. Tale fondamento si è ravvisato nella circostanza che il *solvens* fa valere il suo diritto di proprietà, sebbene con un'azione personale quale la *condictio indebiti*. Quindi si può affermare che sebbene, apparentemente il modello italiano sia di tipo unitario, in realtà anch'esso prevede un'azione specifica per le restituzioni contrattuali, modellata sulla disciplina dell'indebitito ma dotata di un fondamento proprio e diverso.

Del resto, in un'ottica comparativa ha poco senso chiedersi se sia più efficace un modello binario di regime restitutorio come quello offerto dal diritto

³³⁵ GALLO *op. cit.* pp. 262 e ss.

tedesco che distingue le restituzioni *ex negotio* dissolto da quelle derivanti da fatti extracontrattuali da arricchimento, ovvero un modello tendenzialmente unitario perché indifferente alle causa materiali delle restituzioni come quello franco-italiano. E ciò per la principale ragione che ciascuno di questi sistemi, la fine di ovviare agli inconvenienti a cui dava luogo, ha “importato” principi e meccanismi operativi propri di altri modelli. È il caso del sistema francese che è nato come unitario, e nel quale si è surrettiziamente maturata la tendenza ad aggregare i regimi restitutori intorno a due poli distinti, il contratto e l’ingiusto arricchimento. Per questa ragione, pur nella specificità delle singole discipline, tende a perdere di significato pratico, se non a fini meramente speculativi, qualsivoglia rigida classificazione dogmatica.

CONCLUSIONI

All'esito di questa lunga analisi è opportuno tirare le fila del discorso, esponendo le conclusioni alle quali si ritiene di poter pervenire.

Partendo dal dato normativo di cui agli artt. 1422 e 1463 c.c., uniche norme codicistiche nelle quali si fa espresso riferimento agli obblighi restitutori e alla disciplina dell'indebito, ci si è interrogati sulla loro effettiva portata applicativa. Si è così giunti alla conclusione che esse non debbano considerarsi quali regole eccezionali, bensì come espressioni di un principio generale. La disciplina dell'indebito dunque troverà applicazione in tutte le ipotesi di caducazione retroattiva del contratto, siano esse derivanti da vizi originari o sopravvenuti. I rinvii espliciti, infatti sono stati inseriti solo laddove il legislatore ha fatto riferimento agli obblighi di restituzione, mentre sono rimasti impliciti dove si tace in merito ad essi. E la circostanza che tali rinvii siano presenti in una norma relativa all'invalidità del contratto e in un'altra relativa alla risoluzione sembra proprio dare coerenza e omogeneità al sistema.

Tuttavia, l'applicazione della disciplina dell'indebito in materia contrattuale richiede un consistente sforzo interpretativo, volto al coordinamento delle due discipline.

In primo luogo ci si è chiesti che valenza abbiano, in questo contesto, i concetti di buona e mala fede di cui agli artt. 2037 e 2038 c.c. In tale ottica, si è sottoposta a critica la diffusa tendenza degli interpreti ad appiattare il giudizio sulla buona o mala fede dell'*accipiens* sul giudizio circa l'imputabilità allo stesso del fatto che dà luogo alla caducazione del contratto: ciò infatti comporterebbe un'indebita commistione tra la tutela restitutoria e la tutela risarcitoria.

Si è ritenuto invece di poter ricorrere alla nozione di buona fede soggettiva di cui all'art. 1147 c.c., e consistente nell'ignoranza di ledere l'altrui diritto, seppure riempita di un nuovo significato: essa, in materia di caducazione contrattuale, si identificherà non con l'ignoranza circa il carattere indebito della prestazione ricevuta, bensì circa il sorgere dell'obbligo di restituzione.

A questo punto ci si è chiesti a partire da quale momento tale consapevolezza possa dirsi maturata, e dunque a partire da quale momento siano dovuti i frutti e gli interessi sulla prestazione oggetto di restituzione. Per far ciò è stato necessario individuare quale fosse l'effettiva portata della retroattività della caducazione, e si è dunque sposata la cosiddetta "teoria della retroattività in senso debole", l'unica che, partendo dal dato legislativo, si sforza di conciliare la regola della educazione del contratto con efficacia *ex tunc* con la disciplina dell'indebito: i frutti e gli interessi andranno quindi restituiti dal giorno del pagamento se l'*accipiens* è in mala fede, o altrimenti dal giorno della domanda (art. 2033 c.c.). Ciò però sempre tenendo presente il significato di buona e mala fede come sopra reinterpretato.

Allo stesso modo si è proceduto per gli altri aspetti di disciplina per i quali le regole dell'indebito sembrano non adattarsi alle fattispecie di caducazione contrattuale. Così per quanto concerne l'impossibilità di restituzione della *res* oggetto del contratto caducato, l'art. 2037 c.c. è stato reinterpretato alla luce della teoria del saldo. Anche l'applicazione dell'art. 2038 c.c. in materia di alienazione della *res* indebita, si è spiegata riconoscendo all'*accipiens* una legittimazione a disporre fondata su una titolarità formale nei confronti dei terzi della medesima *res*, e dunque individuando nella norma una *ratio* fondata su esigenze di sicurezza dei traffici.

Si è osservato come le difficoltà di coordinamento tra le due discipline, possono appianarsi se si considera il rinvio contenuto negli artt. 1422 e 1463 c.c., alla stregua di un semplice modello di disciplina cui il legislatore ha voluto ispirarsi per regolamentare il regime delle restituzioni, senza per questo voler ritenere che il fondamento delle due azioni sia il medesimo. È probabile, infatti, che il legislatore non abbia mai voluto considerare le prestazioni eseguite in base a un contratto caducato come "indebite", essendo ben conscio invece che esse sono giustificate e anzi dovute in forza di un contratto efficace almeno temporaneamente (risoluzione, annullamento, rescissione) o anche solo apparentemente (nullità). Per di più le prestazioni contrattuali sono avvinte dal nesso sinallagmatico e dunque si atteggiano l'una come causa e

corrispettivo dell'altra. Al contrario la disciplina dell'indebito sembra pensata per prestazioni "isolate" e mancanti fin dall'origine di una causa.

È vero che un volta caducato retroattivamente il contratto, e dunque tornato proprietario, il solvens potrebbe teoricamente avvalersi anche dell'azione di rivendica per il recupero delle *res*. Ma il legislatore ha voluto effettuare una precisa scelta di campo rinviando espressamente, in materia contrattuale, alla disciplina dell'indebito e ciò essenzialmente per ragioni processuali.

La *condictio indebiti* si presenta dunque nel nostro sistema come lo strumento deputato al recupero di quanto prestato in esecuzione di un contratto caducato. E tuttavia essa, applicata alle restituzioni contrattuali ha come presupposto non la mancanza di causa della prestazione eseguita, bensì la titolarità del diritto di proprietà da parte del *solvens*, circostanza questa che, come visto, non è incompatibile con la disciplina dell'indebito, salvo voler assegnare ad esso un'efficacia traslativa, che si è invece dimostrato non avere necessariamente.

Né si può ritenere che la rivendica resti esperibile in concorso con la *condictio indebiti*, poiché altrimenti verrebbe meno quella sicurezza dei traffici che è espressamente garantita dalla prescrittibilità delle azioni di ripetizione, fatta salva dall'art. 1422 c.c..

La singolarità di un'azione restitutoria così strutturata, ovvero modellata sulla disciplina dell'indebito ma il cui presupposto è il diritto di proprietà, sta nella circostanza che essa si trova a metà strada tra la tutela reale e la tutela personale. O meglio è un'azione, che resta personale per ciò che concerne la sua disciplina, poiché esercitabile dal *solvens* nei confronti della sua controparte, una volta che sia vittoriosamente esperita l'impugnativa contrattuale, salvi i diritti dei terzi, ma il cui fondamento è il recupero del possesso da parte del proprietario. Il pagamento non è quindi in questo caso indebito per mancanza di causa: la giusta causa dell'attribuzione, cioè il negozio, era infatti sussistente nel momento in cui il trasferimento è avvenuto. Ciò che manca è invece una causa che giustifichi il mantenimento del possesso in capo all'*accipiens* non proprietario, ovvero se vogliamo non la *causa civilis* ma la *causa naturalis*. In

definitiva, pur essendo giustificato il trasferimento non è giustificata la *retentio*, e ciò perché il *solvens* vanta un diritto di proprietà.

BIBLIOGRAFIA

- ALBANESE *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova 2005.
- ALBANESE *Le obbligazioni restitutorie* in *Le obbligazioni – Fatti e atti fonti di obbligazioni*, in *Trattato* a cura di FRANZONI, vol. III.
- ALBANESE *L'indebito oggettivo nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Corriere giuridico* 2004 – Volume 21 - Fascicolo 10.
- ALLORIO *L'incidenza della svalutazione nell'obbligo di restituzione del prezzo e una necessaria distinzione processuale*, in *Giurisprudenza italiana* 1950, I, 1.
- ANDREOLI *La ripetizione dell'indebito*, Padova 1940.
- ANDREOLI *Riflessioni sull'atto solutorio non dovuto*, in *Studi in onore di F. MESSINEO*, I, Milano 1959.
- ARANGIO-RUIZ *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1957.
- ARGIROFFI *Sul concorso delle azioni di rivendicazione e di ripetizione*, in *Rivista di diritto civile*, 1976, II.
- ARGIROFFI *Ripetizione di cosa determinata e acquisto a domino della proprietà*, Milano 1980.
- ASCARELLI *In tema di clausole oro, debiti di valore e restituzione del prezzo in seguito a nullità di un trasferimento*, in *Studi giuridici della moneta*, Milano 1952.
- AULETTA *La risoluzione per inadempimento*, Milano 1942.

BARASSI *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, Milano 1948.

BARCELLONA *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1965, I.

BELFIORE *Inattuazione dello scambio per causa imputabile al debitore e tecniche di tutela del creditore: la conversione della prestazione in natura in prestazione per equivalente*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1987.

BELFIORE *Risoluzione del contratto* in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano 1989.

BELFIORE *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, II Milano 1988.

BENATTI *Il pagamento con cose altrui*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1976.

BENATTI *Possesso di buona fede e acquisto dei frutti*, in *Rivista di diritto commerciale*, II, 1958.

BETTI *Teoria generale delle obbligazioni. Fonti e vicende delle obbligazioni*, III, Milano 1954.

BETTI *Teoria generale del negozio giuridico*, Camerino 1994.

BIANCA *Diritto civile*- vol. III, *Il contratto*, Milano 1987.

BIANCA *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile* a cura di VASSALLI, Torino 1972.

BIGIAMI *Irretroattività della risoluzione per inadempimento*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1934, I.

- BONFANTE *Corso di diritto romano*, vol. II, *La proprietà*, sez. II, Roma, 1928.
- BONILINI in *Istituzioni di diritto privato* a cura di BESSONE, Torino 2000.
- BORRIONE *La risoluzione per inadempimento*, Padova 2004.
- BRECCIA *La buona fede nel pagamento dell'indebito*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1974,
- BRECCIA *La ripetizione dell'indebito*, Milano 1974.
- BRECCIA voce *Ripetizione dell'indebito* in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVI, Roma 1989.
- BRUNI *Contributo allo studio dei rapporti tra azione di caducazione contrattuale e ripetizione di indebito*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987.
- BUTERA *La rivendicazione nel diritto civile, commerciale e processuale*, Milano 1911.
- CAMPAGNA *I "negozi di attuazione" e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano 1958.
- CARNEVALI in *Istituzioni di diritto privato* a cura di BESSONE, Torino 2000.
- CAPOZZI *Successioni e donazioni*, tomo II, Milano 2002.
- CARNELUTTI *Sul risarcimento del danno in caso di risoluzione del contratto bilaterale per inadempimento*, in *Rivista di diritto Commerciale*, 1923, II
- CARRESI *Il contratto*, in *Trattato CICU – MESSINEO*, XXI, 2, Milano 1987.

CASTRONOVO *La risoluzione del contratto nella prospettiva del diritto italiano in Europa e diritto privato* 1999.

CASTRONOVO – MAZZAMUTO *Manuale di diritto privato europeo - vol. II, Proprietà, obbligazioni, contratti*, Milano 2008.

CHIOVENDA *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1928.

COSTANZA *Vendita simulata e donazione dissimulata fra inefficacia e nullità* in *Corr. Trib.*, 1992.

COVIELLO jr. *Risoluzione per inadempimento: retroattività e risarcimento del danno*, in *Rivista di diritto civile* 1935

D'ADDA, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, in *Rivista di diritto civile* II, 2001.

DALMARTELLO voce *Risoluzione del contratto*, in *Novissimo Digesto*, XVI, Torino 1969.

DE LUCA *I quasi contratti*, Catania 1929.

DE MATTEIS *L'obbligazione restitutoria tra debito di valuta e debito di valore*, in *Rivista di diritto civile* 1986, II, 665.

DI IORIO voce *Conditiones* in *Novissimo digesto*, vol. III, Torino 1967.

DI MAJO *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, in *Europa e diritto privato* 2001.

DI MAJO *La tutela civile dei diritti*, Milano 2003.

DI MAJO *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Rivista critica del diritto privato* n.3/1994.

DI MAJO *Risoluzione del contratto ed effetti restitutori: debito di valore o di valuta?*, nota a Cass. 12942/1992, in *Il corriere giuridico* n.3/1993.

DI MAJO *La teoria del saldo e la irripetibilità delle prestazioni*, in *Corriere giuridico* n.11/2004.

ENRIETTI *Della risoluzione del contratto*, in *Codice Civile. Libro delle obbligazioni*, I, in *Comm.* D'Amelio-Finzi, Firenze 1948.

FERRARA *Sul concetto dei negozi astratti e sul loro giuridico riconoscimento*, in *Rivista di diritto commerciale* 1904, I.

FERRINI *Manuale di pandette*, Milano 1917.

FOSCHINI *La trascrizione della domanda di risoluzione e i diritti dei terzi*, in *Rivista di diritto privato*, 1933, II.

GABRIELLI *Recesso e risoluzione per inadempimento*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* n. 3/1974.

GALLAVRESI *La condizione risolutiva sottintesa nei contratti bilaterali*, Milano 1877.

GALLO *Obbligazioni restitutorie e teoria del saldo*, in *Scritti in onore di PIETRO RESCIGNO*, III, *Diritto privato*, 2, Milano 1998.

GALLO *I rimedi restitutori in diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato di SACCO*, Torino 1967.

GAZZONI *Manuale di diritto privato*, Napoli 2004.

GIORGI *Teoria delle obbligazioni*, I, Firenze 1895-1899.

GRAZIANI *La rappresentanza senza procura*, in *Annali della facoltà di giurisprudenza - Università di Perugia*, XXXVII, 1925.

LEONE *Impugnativa negoziali, tutela restitutoria e indebito oggettivo*, nota a Cass. 6891/2009, in *I contratti* n. 11/2009.

LEONE *Delle restituzioni ex negotio e delle restituzioni ex indebito*, nota a Cass. 327/1953, in *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione*, 1953, IV.

LEVI *Il pagamento dell' indebito*, Milano 1989.

LIBERTINI voce *Interessi*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano 1962.

LOMONACO *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, vol. IV, Torino 1924-1925.

LUMINOSO *Della risoluzione per inadempimento*, in *Commentario del codice civile SCIALOJA – BRANCA*, artt. 1453-1454, tomo I, 1.

LUMINOSO *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contratto e Impresa*, 1988.

LUMINOSO *Obbligazioni restitutorie e risarcimento del danno nella risoluzione per inadempimento*, in *Giur. comm.* I, 1990.

MARESCA *Impossibilità della restituito in integrum e risolubilità, rescindibilità, annullabilità del contratto* in *Rivista di diritto civile*, II, 1977.

MARRONE *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1994.

MENGONI voce *Acquisto a non domino*, in *Novissimo digesto italiano*, I, Torino 1957.

MENGONI *Risoluzione per inadempimento e terzi subacquirenti*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1948.

MENGONI *Successioni per causa di morte – Successione necessaria* in *Trattato di diritto civile e commerciale* CICU MESSINEO, Milano 2000.

MESSINEO *Dottrina generale del contratto*, Milano 1948.

MIRABELLI *Dei contratti in generale*, Torino 1958.

MIRABELLI *L'atto non negoziale nel diritto privato*, Milano 1998.

MOSCATI *Del pagamento dell'indebito* in *Commentario del codice civile* SCIALOJA – BRANCA, artt. 2028-2042, Bologna – Roma 1981.

MOSCATI *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Rivista di diritto civile* n. 1/2007.

MOSCATI *Sulla natura personale dell'azione di ripetizione*, nota a Cass. 2087/1978, in *Rivista di diritto commerciale*, 1981, pp. 213 e ss.

MOSCATI *Tutela della buona fede e mala fede sopravveniente nella disciplina dell'indebito*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1983.

MOSE' DARI *Nullità della vendita, restituzione del prezzo e suo adeguamento alla svalutazione monetaria*, nota a Cass. 1013/1949, in *Giurisprudenza italiana*, I, 1949.

NICOLO' *L'adempimento dell'obbligo altrui*, in *Raccolta di scritti*, II, Milano 1980.

NICOLUSSI *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, Milano 1998.

PUGLIATTI *Rivendica, reintegra e azione per restituzione*, nota a sentenza della Corte d'Appello di Messina, 20 Luglio 1933, in *Foro italiano*, anno LVIII, I.

RESCIGNO voce *Ripetizione dell'indebitito*, in *Novissimo Digesto*, vol. XV, Torino 1968.

ROPPO *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato IUDICA ZATTI*, Milano 2001.

ROPPO *Trattato del contratto, Rimedi*, tomo II, Milano 2006.

SACCO *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Camerino 1978.

SACCO *Concordanze e contraddizioni in tema di inadempimento contrattuale*, in *Europa e diritto privato* 2001.

SACCO – DE NOVA *Il contratto*, Torino 2004.

SANGIORGI voce *Giusta causa*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano 1970.

SANTORO PASSARELLI, *Dei legittimari*, in *Commentario D'Amelio-Finzi*, Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni, Firenze 1941.

SCADUTO-ORLANDO CASCIO voce *Gestione di affari altrui*, in *Nuovo Digesto Italiano*, VI, Torino 1938.

SCHLESINGER voce *Arricchimento, azione di*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. I,

SCOGNAMIGLIO *Il risarcimento del danno in forma specifica* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1957.

SCUTO *Natura giuridica e fondamento della ripetizione dell'indebito nel diritto civile italiano*, in *Rivista di diritto civile*, 1917.

SPADAFORA *Profili dell'atto solutorio non dovuto*, Milano 1996.

STELLA RICHTER *Contributi allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1977.

STOLFI *Teoria del negozio giuridico*, Padova 1961.

TRABUCCHI voce *Arricchimento* in *Enciclopedia del diritto*, III, Milano 1958.