

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK
CENTRE OF EUROPEAN LAW AND POLITICS

University Bremen

ZERP

Christoph U. Schmid, Giovanni Maria Uda e Michele Comenale Pinto (editori)

Esercizi in Diritto Privato e Comparato II

Übungen im italienischen und vergleichenden Privatrecht II

Deutsch-Italienische Studien – Studi Italo-Tedeschi Vol. 5

2013

Als Herausgeber arbeiten an der Reihe mit:

Prof. Luisa Antonioli, Trento
Prof. Aurelia Colombi Ciacchi, Groningen
Prof. Michele Comenale, Sassari
Prof. Francesca Fiorentini, Triest
Prof. Christian Joerges, Bremen
Prof. Luca Nogler, Trento
Prof. Udo Reifner, Hamburg/Trento
Prof. Silvia Sonelli, Modena
Prof. Gian Maria Uda, Sassari
Prof. Dian Schefold, Bremen
Prof. Christoph U. Schminck-Gustavus, Bremen
Prof. Christoph U. Schmid, Bremen (geschäftsführend)

Beiträge zu deutsch-italienischen und europäischen Themen können den Herausgebern von allen interessierten Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern zugeleitet werden. Die Einreichung wird per Email an cschmid@uni-bremen.de erbeten.

Editorial

Publisher &
Distributor:

Zentrum für Europäische Rechtspolitik
Fachbereich Rechtswissenschaft
Universität Bremen
Universitätsallee, GW 1
28359 Bremen
www.zerp.eu

Reproduction:

Subject to editor's permission

Bremen, April 2013

Prefazione al primo volume

Gli stili di insegnamento del diritto privato in Italia ed in Germania sono assai diversi. Mentre in Italia prevale un approccio teorico e gli esami sono soprattutto orali, in Germania gli esami sono di regola scritti e consistono nella risoluzione, secondo il metodo socratico della cosiddetta sussunzione, di casi pratici (spesso di casi reali decisi dalle Corti) di significativa difficoltà.

Una distinzione simile è presente nel diritto comparato. I grandi manuali (si vedano le opere di Roberto Sacco, René David e Konrad Zweigert e Hein Kötz) si limitano a rintracciare le grandi linee di ogni ordinamento, comparando soprattutto gli istituti del diritto privato. Questo metodo, certamente efficace, può essere integrato con un metodo parzialmente diverso, che si fonda sulla “micro-comparazione”, secondo il quale la comparazione viene effettuata con riguardo a casi giuridici concreti. Si tratta di un metodo che è alla base del progetto del Common Core istituito quasi vent’anni fa da Ugo Mattei e Mauro Bussani all’Università di Trento, e l’esperienza di questi anni ne ha dimostrato la validità. Infatti, le differenze e le affinità tra ordinamenti continentali basati sul principio della codificazione, come sono quelli italiano e tedesco, emergono spesso solo tramite una tale “micro-comparazione”.

Per queste due considerazioni ci è sembrato opportuno arricchire gli studi comparatistici intrapresi nell’ambito della Scuola Dottorale in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi presso l’Università di Sassari con l’analisi di casi concreti provenienti dall’esame statale tedesco secondo il diritto italiano.

Brema e Sassari in Aprile 2012,

Christoph U. Schmid, Giovanni Maria Uda e Michele Comenale Pinto

Caso 1: Responsabilità Extracontrattuale e Diritti Reali

L'imprenditore U ha preso in affitto un terreno con locali commerciali dove si dedica, insieme al figlio S di 21 anni, alla produzione ed al commercio di articoli di cuoio e in pelle. Il 19 Settembre 2012, F, con cui U intrattiene rapporti commerciali da tempo, offre a S pellicce per un prezzo di 60.000€ che corrisponde al valore della merce. Però, S ignora che F aveva rubato le pellicce dal deposito di L. Poiché si fida dell'amico del padre, S non fa ulteriori indagini sulla provenienza della merce che viene consegnata subito.

Nelle settimane seguenti, i lavoratori di U convertono le pellicce in mantelli con un valore commerciale di 130.000€; U li conserva in un deposito nella fabbrica.

Vicino al terreno di U, c'è la fabbrica di N che produce colori e vernici. Il 3 Novembre 2012 scoppia un incendio nella fabbrica per ragioni non chiare.

Fuliggini e immissioni chimici danneggiano i mantelli depositati in modo tale che non possono più essere venduti. Grazie ad un articolo sul giornale locale che descrive l'incendio, L scopre che i mantelli erano stati prodotti con le pellicce rubate da lui.

1) Può U chiedere da N il risarcimento dei danni nei mantelli provocati dall'incendio?

2) Può L chiedere da U una compensazione per il valore delle pellicce usate per produrre I mantelli?

Soluzione

Vanna Cuccu

Il caso in esame impone da un lato una riflessione sui temi della responsabilità extracontrattuale e, dall'altro, l'interrogarsi sulle dinamiche del passaggio di proprietà dei beni mobili.

Il primo quesito, infatti, verte sulla possibilità che un soggetto possa ottenere il risarcimento dei danni derivanti da un terzo con cui non ha alcun legame contrattuale ma solo un rapporto di vicinato industriale; il secondo attiene alla legittimazione attiva di un soggetto a cui la merce – detenuta in quanto custode o posseduta in quanto proprietario – sia stata sottratta furtivamente, di chiedere la corresponsione del relativo corrispettivo a colui che l'ha acquistata, sebbene a non domino, da un terzo.

Per quanto concerne il primo aspetto, occorre fare alcune considerazioni preliminari.

Anzitutto va detto che, essendo ignota la causa dell'incendio che ha danneggiato i mantelli, le conseguenze del fatto dannoso possono essere ipoteticamente ricondotte a tre fattispecie astratte che sono quelle della responsabilità dei padroni e committenti, della responsabilità per l'esercizio di attività pericolose e del danno cagionato da cose in custodia, disciplinate rispettivamente agli artt. 2049, 2050 e 2051 c.c.

Molto brevemente, **l'art. 2049** fa gravare sul datore di lavoro le conseguenze responsabilistiche per il fatto illecito compiuto dai suoi dipendenti¹, purché

1 Il rapporto delineato dal codice è, più semplicemente e genericamente, di subordinazione nei confronti dell'imprenditore o, comunque, di colui che esercita il potere di direzione e vigilanza sul sottoposto. Secondo Cass. civ. sez. lav. 22 giugno 2012, n. 10421, in *Guida al diritto* 2012, 35, 89, «per la sussistenza della responsabilità dell'imprenditore ai sensi dell'art. 2049 c.c., non è necessario che le persone che si sono rese responsabili dell'illecito siano legate all'imprenditore da uno stabile rapporto di lavoro subordinato, ma è sufficiente che le stesse siano inserite, anche se temporaneamente od occasionalmente, nell'organizzazione aziendale, a prescindere dalla colpa del preponente e dal superamento del limite delle mansioni, essendo però necessario che le stesse abbiano agito, nel suddetto contesto, per conto e sotto la vigilanza dell'imprenditore». La dottrina più attuale preferisce parlare di responsabilità dei preponenti per i fatti dei loro preposti e rinviene il principio ispiratore della disciplina ex art. 2049 c.c. nel fatto che chi sostituisce al proprio l'agire di altri per il raggiungimento di una qualche utilità non giustifica solo per questo una corrispondente riduzione della propria responsabilità in relazione a quanto viene, a detto fine, compiuto, escludendo, invece la più risalente teoria del rischio d'impresa, secondo il

esso abbia avuto luogo nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti. Va da sé che se il fatto è stato commesso al di fuori dello svolgimento delle attività a cui i dipendenti sono addetti, siffatta circostanza sarà la – sola - prova liberatoria di cui il preponente potrà giovare. In altre parole, l'art. 2049 c.c. pone a carico del datore di lavoro **una responsabilità oggettiva per il fatto illecito altrui che prescinde dalla colpa**² perché è basata unicamente «*sull'esistenza di un nesso di occasionalità necessaria tra l'illecito e il rapporto di lavoro che vincola i due soggetti, nel senso che le mansioni affidate al dipendente abbiano reso possibile o comunque agevolato il comportamento produttivo del danno al terzo. In ogni caso occorre che si tratti di un comportamento colposo o doloso [...] dovendo essere accertato che tra l'espletamento delle mansioni inerenti al servizio e il fatto produttivo del danno vi sia un nesso di occasionalità necessaria, idoneo quanto meno ad averne agevolato in modo decisivo la realizzazione*»³.

Quanto detto, si noti, vale anche nel caso in cui il dipendente agisca autonomamente nell'ambito dell'incarico ovvero ecceda i limiti concessi o, ancora, trasgredisca gli ordini ricevuti, attuando una condotta contraria alle direttive e non riconducibile agli interessi del datore di lavoro⁴, nonché, per orientamento giurisprudenziale consolidato, «*quando difetti una identificazione precisa dell'autore*» del fatto, «*purché questo possa concretamente attribuirsi ad alcune delle persone fisiche del cui operato il convenuto sia civilmente responsabile in virtù di rapporto organico*»⁵. Si parla, in quest'ultimo caso, di danno c.d. *anonimo*.

Inoltre, gravando sul preponente ogni onere probatorio liberatorio, è corretto ritenere che anche il danno da causa ignota, ossia la cui origine non sia stata individuata oppure con riferimento al quale non si provata la colpa del dipen-

quale, semplicemente, il fatto illecito dei preposti sarebbe da considerarsi tra i costi dell'impresa stessa. Si veda G. ALPA – R. GAROFOLI – G. CHINÈ – A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, 2009, 2255. La giurisprudenza, invece, riconduce la fattispecie al principio *cuius commoda eius incommoda*, cioè all'esigenza «*che colui in favore del quale viene svolta un'attività sopporti i rischi inerenti all'esercizio di essa*», come afferma Cass. pen. 9 luglio 1992, n. 7877.

Si noti, infine, che alla fattispecie in questione non sarebbe applicabile la disciplina di cui all'art. 1228 c.c. in materia di responsabilità per fatto degli ausiliari, posto che quest'ultimo regola la responsabilità per i danni cagionati da dipendenti e preposti nei confronti della controparte e, quindi, all'interno della logica contrattuale. Cfr. Cass. civ. 22 marzo 2011, n. 6528.

2 fr. G. ALPA – R. GAROFOLI – G. CHINÈ – A. ZOPPINI, *Manuale*, cit., 2255.

3 Trib. Roma 22 febbraio 2012, n. 3743.

4 Cass. civ. 20 gennaio 2012, n. 789.

5 In tal senso si veda, da ultimo, Cass. civ. 28 dicembre 2011, n. 29260.

dente, ricada sul preponente⁶.

È pur vero che non è raro che un imprenditore si avvalga di altri soggetti per lo svolgimento di determinate attività o il compimento di specifiche opere, stipulando con questi un contratto di appalto. Orbene, nel caso in cui la causa dell'illecito fosse riconducibile a preposti dell'appaltatore, posto che questi opera in piene autonomia, con propria organizzazione ed apprestando i mezzi necessari al compimento dell'opera, egli di regola è l'unico responsabile dei danni cagionati a terzi nell'esecuzione di detta attività, a meno che il committente si sia in essa ingerito con direttive vincolanti che ne abbiano escluso la discrezionalità e l'autonomia, ovvero l'abbiano ridotta. Ove tale intervento del committente fosse dimostrato dall'appaltatore, la responsabilità di questi sarà rispettivamente esclusa ovvero ridotta dalla corresponsabilità del committente stesso⁷.

In conclusione, l'avvalersi dell'art. 2049 c.c. presenta senz'altro il notevole vantaggio di non consentire al convenuto di fornire alcuna prova liberatoria allorquando l'attore dimostri che il danno derivatogli è stato causato dalla condotta dolosa o colposa di un preposto del convenuto stesso. Nel caso in concreto, tuttavia, è evidente che per potersi U attivare per il risarcimento del danno provocato dall'incendio del deposito di N ai sensi dell'art. 2049 c.c., egli dovrebbe avere conoscenza del fatto che l'incendio è stato causato dal comportamento doloso o colposo di uno dei dipendenti di N, ed il fatto che anche ad S sia ignota

6 Cfr. G. ALPA – R. GAROFOLI – G. CHINÈ – A. ZOPPINI, *Manuale*, cit., 2257.

7 *«L'appaltatore, poiché nella esecuzione dei lavori appaltati opera in autonomia, con propria organizzazione ed apprestando i mezzi a ciò necessari, è, di regola, esclusivo responsabile dei danni cagionati a terzi nella esecuzione dell'opera, salva (a parte l'ipotesi di una culpa in eligendo) l'esclusiva responsabilità del committente, se questi si sia ingerito nei lavori con direttive vincolanti, che abbiano ridotto l'appaltatore al rango di nudus minister, ovvero la sua corresponsabilità, qualora si sia ingerito con direttive che soltanto riducano l'autonomia dell'appaltatore. Ne consegue che non sussiste responsabilità del committente ove non sia accertato che questi, avendo in forza del contratto di appalto la possibilità di impartire prescrizioni nell'esecuzione dei lavori o di intervenire per chiedere il rispetto della normativa di sicurezza, se ne sia avvalso per imporre particolari modalità di esecuzione dei lavori o particolari accorgimenti antinfortunistici che siano stati causa (diretta o indiretta) del sinistro»; cfr. Cass. civ., 20 settembre 2011, n. 19132. Si noti che «La responsabilità per fatto altrui di cui all'art. 2049 c.c. espone il padrone od il committente, oltre che all'obbligo risarcitorio verso il danneggiato, anche all'azione di regresso di cui all'art. 2055, comma 2, c.c. proposta dai corresponsabili solidali del commesso, a nulla rilevando che tale responsabilità scaturisca direttamente dalla legge e non dal fatto illecito, trattandosi di regresso nella misura determinata dalla gravità della colpa del domestico o commesso», come ha stabilito di recente Cass. civ. 27 luglio 2011, n. 16417.*

la causa dell'incendio rende evidente l'impossibilità di saperlo con certezza.

L'art. 2050, invece, prevede che colui, anche al di fuori di un quadro d'impresa⁸, che svolge **un'attività considerata pericolosa** per la sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è per ciò solo tenuto a risarcire i danni da detta attività derivanti, salvo che riesca a **dimostrare di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno**.

La norma si pone come perfezionamento dell'art. 2043 c.c. da cui differisce sul piano dell'elemento soggettivo: essa, infatti, prevede una forma di responsabilità oggettiva⁹ pur postulando il previo accertamento del nesso eziologico tra l'esercizio dell'attività e l'evento dannoso, la prova del quale incombe sul danneggiato¹⁰.

A tale riguardo, si pone anzitutto il problema di chiarire il significato del concetto di "attività pericolosa": secondo la giurisprudenza *«la qualifica di un'attività come "pericolosa", ai sensi dell'art. 2050 c.c., dipende unicamente dal contenuto intrinseco di essa, a nulla rilevando che alcuna norma di legge la qualifichi come pericolosa»*¹¹.

Pertanto, detta qualifica non dipende esclusivamente dal tipo di attività esercitata in sé e per sé, ma altresì dai materiali e dagli oggetti in essa utilizzati, qualora, anche per un'imperfezione produttiva o progettuale o di confezione e imballaggio, presentino un'intrinseca potenzialità lesiva¹².

Considerata, quindi, la difficoltà di addivenire ad una definizione univoca

8 Cfr. G. ALPA – R. GAROFOLI – G. CHINÈ – A. Zoppini, *Manuale*, cit., 2260.

9 E non già di presunzione di colpa, come precisa Cass. civ. 27 gennaio 2009, n. 1966, confermando la tesi, invero, già superata dalla giurisprudenza (si veda Cass. civ. 4 maggio 2004, n. 8457, in *Foro it.* 2004, 2378), della colpa presunta *«ai limiti ultimi e più prossimi a quella della responsabilità oggettiva»* affermata da Cass. civ. 13 maggio 2003, n. 7298, in *Danno e resp.* 2003, 1193.

10 Il discrimine fra art. 2043 e 2050 c.c. risiede nella distinzione tra pericolosità della condotta e pericolosità dell'attività, la quale dipende sostanzialmente dal momento iniziale o meno della pericolosità rispetto all'inizio dell'attività stessa, sicché *«le attività pericolose di cui all'art. 2050 devono essere tenuto distinte da quelle normalmente innocue che possono diventare pericolose per la condotta di chi le esercita e che comportano responsabilità secondo la regola generale ex art. 2043»*, cfr. Cass. civ. 15 ottobre 2004, n. 20334. Si veda anche Cass. civ. 24 luglio 2012, n. 12900.

11 Cass. civ. 24 luglio 2012, n. 12900.

12 Cfr. Cass. civ. 30 agosto 2004, 17369. Si noti che il giudizio di pericolosità eventuale dell'attività deve essere compiuto secondo il criterio della prognosi postuma, per cui ci si pone mentalmente al momento in cui l'evento stava per accadere (valutazione *ex ante*), tenendo conto delle circostanze di fatto che si presentavano al momento dello svolgimento dell'attività e, pertanto, conoscibili dall'agente (valutazione in concreto), come ha affermato Cass. civ. 30 ottobre 2002, n. 15288.

di “pericolosità”, dottrina e giurisprudenza hanno individuato alcuni criteri tendenzialmente obiettivi di accertamento della stessa: tra essi figurano la frequenza statistica con cui certi tipo di danno su verificano nell’ambito di determinate attività e la gravità dei danni che l’attività può in astratto causare¹³.

Per quanto concerne la prova liberatoria, «in tema di esercizio d'attività pericolosa incombe sull'autore – del danno, n.d.r. – dimostrare di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno»¹⁴ non essendo sufficiente la prova negativa di non aver violato norme di legge o di comune prudenza¹⁵. Ciò significa, secondo la giurisprudenza, che il danneggiante dovrà altresì individuare la causa concreta del danno, al fine di poter dimostrare di aver adottato tutte le misure opportune in relazione ad essa, con la conseguenza che «nell’ipotesi in cui sia ignota la causa dell'evento dannoso, la responsabilità ex art. 2050 c.c. va affermata ove risulti non interrotto il nesso di causalità con l'esercizio dell'attività pericolosa, mentre va esclusa ove sussista incertezza sul fattore causale e sulla riconducibilità del fatto all' esercente»¹⁶.

Qualora il danneggiato non sia estraneo alla verifica del danno, secondo la più recente giurisprudenza di legittimità «l'eventuale condotta colposa del danneggiato può avere effetto liberatorio solo quando si configuri come unica causa dell'evento lesivo, rendendo giuridicamente irrilevante il fatto di chi esercita l'attività pericolosa, diversamente concorre alla produzione del danno, inserendosi in una situazione di per sé pericolosa»¹⁷, ammettendo, quindi, che possa configurarsi un concorso di colpa nella causazione del danno.

13 Cfr. G. ALPA – R. GAROFOLI – G. CHINÈ – A. ZOPPINI, *Manuale*, cit., 2261, anche se, come fa notare la migliore dottrina, un’attività può essere normalmente causa di innumerevoli incidenti di entità irrisoria o, viceversa, causare in astratto danni gravissimi ma non registrare alcun sinistro. Cfr. M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010, 358.

14 Cass. civ. 07 febbraio 2013, n. 2991.

15 Cass. civ. 4 giugno 1998, n. 5484.

16 Cass. civ. 27 luglio 2012, n. 13397. Per quanto concerne la possibilità che il danneggiato abbia concorso nell’eziologia del danno «*ai fini della responsabilità per l'esercizio di attività pericolosa, ai sensi dell'art. 2050 c.c., il giudizio sull'autonoma idoneità causale del fattore esterno ed estraneo, costituito dalla condotta del danneggiato, a recidere il nesso eziologico tra l'evento e l'attività pericolosa, deve essere adeguato alla natura e alla pericolosità della cosa, sicché, quanto meno essa è intrinsecamente pericolosa e quanto più la situazione di possibile pericolo è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione delle normali cautele da parte dello stesso danneggiato, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza del comportamento imprudente del medesimo nel dinamismo causale del danno, fino ad interrompere il nesso eziologico tra cosa e danno e ad escludere, pertanto, la responsabilità dell'esercente l'attività*», Cass. civ. 22 dicembre 2011, n. 28299.

17 Cass. civ. 18 luglio 2011, n. 15733.

È opportuno sottolineare, inoltre, che laddove sia dimostrata la mancata predisposizione di misure di sicurezza adeguate da parte dell'esercente un'attività pericolosa, è irrilevante il fatto che il danneggiato non abbia adottato ulteriori cautele per sopperire alle omissioni del primo, posto che l'art. 2050 c.c. non pone in alcun modo obblighi di diligenza a terzi estranei all'attività pericolosa¹⁸.

Con riferimento all'ipotesi che si esamina, considerata l'ignoranza della causa del danno e le caratteristiche dell'attività svolta da N, l'agire in giudizio ex art. 2050 c.c. appare adeguato per U, il quale dovrà solo provare il danno subito ed il fatto che detto danno sia derivato dall'incendio del deposito di N, riversando su quest'ultimo la prova dell'aver adottato tutte le misure idonee ad evitarlo.

L'art. 2051, infine, dispone che **il custode risponde sempre del danno cagionato dalle cose che ha in custodia**¹⁹, con la sola eccezione del **caso fortuito**²⁰, indipendentemente dalla pericolosità attuale o potenziale della cosa e senza che rilevi la condotta del custode e l'osservanza o meno di un obbligo di vigilanza²¹.

Secondo la prevalente giurisprudenza, la responsabilità da cose in custodia ha natura oggettiva, «nel senso che presuppone non la colpa del custode, ma la mera esistenza d'**un nesso causale tra la cosa ed il danno**. Essa, dunque, viene a configurarsi in relazione a tutti i danni cagionati dalla cosa, sia per la sua

18 Cfr. Cass. civ. 29 maggio 1989, n. 2584, la quale, inoltre, precisa che l'art. 2050 c.c. non esclude il proprio ambito operativo nelle ipotesi di pericolosità occulta non avvertibile con l'ordinaria diligenza.

19 Ai fini dell'applicabilità dell'art. 2051 c.c., proposito di custodia, la Cassazione ha precisato che il relativo potere si sostanzia in tre elementi: 1) il potere di controllare la cosa; 2) il potere di modificare la situazione di pericolo; 3) il potere di escludere qualsiasi ingerenza sulla cosa. Cfr. Cass. civ. 27 marzo 2001, n. 7403. Il custode è, in sintesi, «*colui che ha la disponibilità di fatto della cosa, non disgiunta però dalla disponibilità giuridica di essa*», cfr. Cass. civ. 20 novembre 2009, n. 24530.

20 «*E' configurabile il caso fortuito, ai fini dell'esonerazione dalla responsabilità, in presenza di quelle alterazioni repentine e non specificamente prevedibili dello stato della cosa che, nonostante l'attività di controllo e la diligenza impiegata allo scopo di garantire un intervento tempestivo, non possono essere rimosse o segnalate per difetto del tempo strettamente necessario a provvedere*», Cass. civ. 10 dicembre 2012, n. 22385. «*Il nesso causale nella responsabilità da cose in custodia deve essere negato non solo in presenza di un fattore esterno che abbia prodotto di per sé l'evento assumendo il carattere del c.d. fortuito autonomo, ma anche nei casi in cui la cosa sia stata resa fattore eziologico dell'evento dannoso da un elemento o fatto estraneo del tutto eccezionale e per ciò stesso imprevedibile (c.d. fortuito incidentale), ancorché dipendente dalla condotta colpevole di un terzo estraneo o della stessa vittima*», Cass. civ. 4 dicembre 2012, n. 21727.

21 Così ha precisato Cass. civ. 6 febbraio 2007, n. 2563.

intrinseca natura, sia per l'insorgenza in essa di agenti dannosi, con ciò evidenziandosi, però, che la natura della cosa e le modalità che ne connotano in concreto e normalmente la fruizione sono da tener presenti nell'eziologia dell'evento come scaturente dalla quella "determinata" cosa. Al fine di verificare il nesso causale si deve avere riguardo alla prevedibilità della situazione di pericolo e la superabilità attraverso l'adozione delle normali cautele da parte dello stesso danneggiato. Il comportamento imprudente del soggetto leso può interrompere il nesso eziologico tra cosa e danno fino a escludere la responsabilità del custode»²². La citata massima, invero, sintetizza in modo molto efficace i tratti salienti della responsabilità ex art. 2051 c.c.: oggettività della responsabilità, nesso di causalità, prova liberatoria.

Ribadita la natura oggettiva della responsabilità, in tema di oneri probatori ai sensi dell'art. 2051 c.c., il danneggiato è tenuto *«a fornire la prova del nesso causale tra la cosa in custodia e il danno che egli ha subito (oltre che dell'esistenza del rapporto di custodia), e solo dopo che egli abbia offerto una tale prova il convenuto deve dimostrare il caso fortuito»*²³. Ciò implica, peraltro, la necessaria individuazione della causa ai fini liberatori; viceversa, rimane a carico del custode il fatto ignoto²⁴.

La norma non abilita a distinguere tra custodia di cose pericolose o inerti, da ciò derivando che il dovere di controllo e la conseguente responsabilità ex art. 2051 c.c. sussiste anche in relazione a cose la cui natura non è intrinsecamente pericolosa²⁵.

A proposito del nesso causale la cui prova, come detto in principio, grava sul danneggiato (anche in via presuntiva) e si sostanzia nella dimostrazione che la cosa sia la causa e non la mera occasione del danno²⁶, esso può essere interrotto solo dal caso fortuito. Questo, per avere efficacia liberatoria, può essere *autonomo*, ossia aver cagionato un danno di per sé, senza il contributo della condotta del custode o della cosa stessa, ovvero *incidente*, allorquando, come si è anticipato pocanzi, agisce sulla cosa rendendo quest'ultima mera occasione di danno.

Non esonera da responsabilità, invece, il c.d. fortuito concorrente, ossia quel fatto esterno che si inserisce nell'evento dannoso assieme alla cosa stessa in custodia, avendo esso una mera capacità attenuante la responsabilità del cu-

22 Cass. civ. 14 febbraio 2013, n. 3662.

23 Cass. civ. 05 febbraio 2013, n. 2660.

24 Cass. civ. 3 settembre 2010, n. 19045.

25 Cfr. G. ALPA – R. GAROFOLI – G. CHINÈ – A. ZOPPINI, *Manuale*, cit., 2278.

26 Ciò significa che il danno deve sostanziare uno sviluppo normale della particolare condizione della cosa considerata nella sua globalità e non da un fattore eziologico esterno che abbia semplicemente agito sulla cosa. Cfr. G. ALPA – R. GAROFOLI – G. CHINÈ – A. ZOPPINI, *Manuale*, cit., 2279.

stode ai sensi dell'art. 1227 c.c.²⁷.

Di conseguenza, «nel caso in cui l'evento di danno sia da ascrivere esclusivamente alla condotta del danneggiato, il quale abbia interrotto il nesso causale tra la cosa in custodia e il danno, si verifica un'ipotesi di caso fortuito che libera il custode dalla responsabilità di cui all'art. 2051 c.c.»²⁸.

Anche in tale ipotesi può rilevare l'appalto conferito a terzi, ossia, in questo caso, dal custode-committente: la risposta, come è evidente, dipende dall'ampiezza del contratto di appalto, ossia dal fatto che esso implichi o meno il totale trasferimento del potere di controllo sulla cosa al committente ed il conseguente dovere di custodia²⁹.

Tornando alla fattispecie in esame, il punto debole dell'impianto responsabilistico ex art. 2051 c.c. è sicuramente la necessità di provare che il danno è derivato dalla cosa in custodia, circostanza non acclarata; il danno, infatti, proviene dall'incendio del deposito, ma non è detto sia derivato da qualcosa che fosse custodita al suo interno – pur essendo probabile – potendo esso essere scaturito da fattori non strettamente inerenti ad essa (ad. es. un corto circuito elettrico che da solo o in azione con le vernici abbia cagionato l'incendio).

Giunti a questo punto, potrebbe essere considerato un ulteriore aspetto, ossia quello relativo alle immissioni; più precisamente, ci si potrebbe domandare se la questione possa o meno essere risolta sul piano del “danneggiamento derivante dalle immissioni” causate dall'incendio. Inoltre, premesso che la disciplina nazionale in questione assume rilievo in termini di tutela della proprietà immobiliare, in caso di risposta positiva al quesito, occorrerebbe verificare quali sarebbero i soggetti astrattamente legittimati ad agire in giudizio per il risarcimento del conseguente danno.

L'art. 844 prevede che «Il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino, se non superano la normale tollerabilità, avuto anche riguardo alla condizione dei luoghi. / Nell'applicare questa norma l'autorità giudiziaria deve contemperare le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà. Può tener conto della priorità di un determinato uso».

La citata norma, tuttavia, ha un ambito operativo ben preciso che non si estende al c.d. danno da immissioni. Come è evidente, infatti, l'art. 844 c.c. im-

27 Per un esame attento delle distinzioni tra i diversi casi di fortuito elaborati dalla giurisprudenza Cfr. G. ALPA – R. GAROFOLI – G. CHINÈ – A. ZOPPINI, *Manuale*, cit., 2279 e 2280 e sentenze ivi citate.

28 Cass. civ. 9 gennaio 2013, n. 378.

29 Cass. civ. 23 ottobre 1985, n. 5199; Cass. civ. 3 maggio 2002, n. 6372; Cass. civ. 6 febbraio 2004, n. 2298.

pone al proprietario del fondo attiguo a quello da cui le immissioni si propagano un mero obbligo di sopportare le stesse affinché, in un dato contesto, possano convivere pacificamente utilizzi abitativi e produttivi.

In breve, nel far ciò il legislatore ha implicitamente posto il limite della normale tollerabilità che è stato correttamente colto e precisato dalla giurisprudenza come soglia oltre la quale le immissioni ingiustificate assumono la natura di attività illecita e sono causa di un danno *in re ipsa*³⁰.

Ne consegue che in caso di danni causati da immissioni di qualsiasi genere non resta che applicare la generale disciplina di cui all'art. 2043 c.c.

Il risarcimento del danno da immissioni, infatti, in nulla si distingue dalla fattispecie generale di cui all'art. 2043 c.c.; ne deriva che per il suo riconoscimento dovrà sempre e comunque trattarsi di un danno conseguente ad una condotta illecita dell'agente, la cui prova grava sull'attore/danneggiato secondo il consueto esplicitarsi della dinamica probatoria ordinaria³¹.

Tirando le fila del discorso con riferimento al danno da immissioni, gli artt. 844 e 2043 c.c., hanno ambiti operativi diversi e contrapposti dal punto di vista dell'operatività rispetto al verificarsi del danno, essendo il primo destinato ad una tutela di tipo preventivo mediante il contenimento delle diverse esigenze legate rispettivamente a proprietà e produzione ed il secondo applicabile allorché il danno, già verificatosi per via del superamento dei limiti della normale tollerabilità non giustificato dalle esigenze della produzione, abbia perciò le caratteristiche dell'illecito civile comune³².

Pur essendo, pertanto, irrilevante la disciplina delle immissioni ai fini della soluzione del caso in esame e dovendosi, pertanto, dare risposta negativa al primo quesito, per ragioni di completezza può comunque precisarsi che la legittimazione attiva ai sensi dell'art. 844 c.c. oltre al proprietario del fondo che subisce le propagazioni, deve ritenersi estesa altresì al relativo titolare di diritto reale o personale di godimento sullo stesso, fatta accezione per il caso in cui gli accorgimenti tecnici necessari per ricondurre alla tollerabilità le immissioni

30 Cass. civ. 13 marzo 2007, n. 5844. Si noti che il mero superamento della soglia della normale tollerabilità non coincide con i limiti eventualmente posti da leggi e regolamenti e non attribuisce di per sé carattere illegittimo alle immissioni. Infatti, le immissioni meramente "irregolari" sono semplicemente - di norma - "intollerabili", mentre per essere illegittime le stesse devono altresì essere "ingiustificate" alla luce delle esigenze produttive. Sul tema si veda A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XX ed., Milano, 280 ss.

31 In tal senso si esprime unanime la giurisprudenza, tra le tante cfr. Cass. civ. 23 gennaio 2007, n. 1391 e n. 5844 cit.

32 Cass. civ. 7 agosto 2002, n. 11915.

comportino una modifica strutturale dell'immobile emittente le stesse³³.

Alla luce di questi rilievi, appare preferibile per U agire in giudizio nei confronti di N per il risarcimento del danno derivante dall'incendio del suo deposito ai sensi dell'art. 2050 c.c.

Passando, quindi, all'esame del secondo quesito, è da subito evidente che L non possa chiedere a U alcun corrispettivo per i mantelli realizzati con le pellicce rubate dal suo deposito: ciò postulerebbe l'esistenza di un contratto tra i due, mentre tra essi non sussiste alcun legame negoziale. Al più, L potrebbe agire per ottenere il risarcimento del danno extracontrattuale, ma per ottenerlo, oltre ad individuare e quantificare il danno subito, dovrebbe identificare colui che, con la sua condotta dolosa o colposa, ha cagionato il danno. Ciò significa che, se il danno è quello della perdita della merce, onere di L sarebbe dimostrare che la perdita è derivata, come conseguenza immediata e diretta, da un comportamento di U connotato dalla volontà di cagionare la perdita ovvero da negligenza, imprudenza e imperizia.

U, invece, è completamente estraneo alla vicenda; egli, infatti, ha semplicemente trasformato della merce acquistata per mezzo di S, suo figlio e socio, dall'abituale fornitore, nonché amico, F.

Tuttavia, che il fatto fosse o meno noto ad S, l'acquisto è stato fatto a non domino (peraltro con provenienza delittuosa della merce), posto che F non era proprietario della merce, né agiva in qualità di rappresentante di L. Occorre, pertanto esaminare questo aspetto.

Premesso che la merce venduta da F e acquistata da S (ossia le pellicce rubate a L e poi, dopo la lavorazione, andate distrutte a causa dell'incendio del deposito di N), è qualificabile alla stregua di beni mobili, è fondato ipotizzare che la proprietà sia transitata dal venditore all'acquirente sulla base della regola "possesso vale titolo", ma per poterlo affermare è necessario valutare l'esistenza dei requisiti richiesti dall'art. 1153 c.c., ossia: **a) l'esistenza di un titolo astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà; b) il conseguimento del possesso; c) la buona fede dell'acquirente.**

Sui primi due elementi, *nulla quaestio*: le pellicce sono state acquistate da S sulla base di un titolo che, dalle risultanze, appare idoneo (compravendita) e valido (non vi sono rilievi di nullità), mentre il possesso è stato dichiaratamente acquisito.

Il nodo della questione risiede, evidentemente, nella buona fede

33 In tal caso, infatti, la legittimazione attiva è limitata al proprietario del fondo subente, così come la legittimazione passiva deve ritenersi sussistere esclusivamente sul proprietario del fondo o dell'immobile infliggente le immissioni. Cfr. Cass. civ. 22 dicembre 1995, n. 13069.

dell'acquirente.

Secondo gli insegnamenti del codice civile, della dottrina e della giurisprudenza, la buona fede richiesta dall'art. 1153 c.c. è quella di cui all'art. 1147 c.c., che si sostanzia nell'ignoranza di ledere l'altrui diritto (buona fede soggettiva, art. 1147, comma 1) ed è presunta. Essa, peraltro, viene inficiata dall'ignoranza che dipenda da colpa grave (art. 1147, comma 2); tuttavia, è necessario che sorregga semplicemente l'acquisto, dovendo quindi sussistere al momento della consegna, senza che rilevi l'eventuale mala fede successiva a tale momento (art. 1147 c.c., comma 3).

Alla luce di queste premesse, deve essere anzitutto considerato che S al momento della stipula del contratto e della successiva consegna della merce non era a conoscenza della provenienza delittuosa della stessa. Tuttavia, emerge dai fatti che il prezzo pattuito tra S e F «è di 60.000€ che corrisponde al valore della merce». Altrimenti detto, le pellicce sono state vendute a S a quello che comunemente viene definito “prezzo di costo”, il che, secondo *l'id quod plerumque accidit*, avrebbe dovuto condurre l'acquirente a porsi degli interrogativi sul perché di un trattamento così favorevole; senonché, S, di sua iniziativa e senza farne parola con il padre, U, attribuisce all'amicizia di lunga data intercorrente tra U ed F, la convenienza oltre misura del prezzo.

Ci si chiede, pertanto se l'assenza di dubbi sull'illegittima provenienza della merce da parte di un operatore professionale davanti ad una siffatta anomalia sia idonea a mantenere intatta la buona fede ovvero integri un errore determinato da colpa grave.

Ebbene, il concetto di buona fede soggettiva ha, secondo la giurisprudenza di legittimità, una portata psicologica ed etica tale da prescindere da qualsivoglia elemento oggettivo³⁴ e schema predefinito; il che significa che spetta al giudice verificare, *case by case*, l'esistenza degli elementi capaci di vincerne la presunzione (sempreché controparte li allegli).

In altre parole, è necessario che la parte che intenda vincere la presunzione dimostri che l'acquirente era a conoscenza della lesività del suo stesso comportamento, oppure che il non saperlo derivasse da colpa grave, ossia dall'omesso impiego di quel minimo di diligenza «*proprio anche delle persone scarsamente avvedute*»³⁵.

Tra le due alternative si colloca il mero dubbio dell'acquirente sulla legittimità della propria condotta. Sul punto si è più volte espressa la Cassazione, la quale con orientamento costante ha affermato che anche il solo sospetto sulla

34 Cfr. Cass. civ. 16 gennaio 1964, n. 100, confermata, tra le altre, da Cass. civ. 22 maggio 2000, n. 6648.

35 Cass. civ. 14 settembre 1999, n. 9782.

regolare provenienza della cosa inficia la presunzione di buona fede³⁶, purché l'esistenza di detto sospetto all'atto dell'acquisto venga provata da chi ne ha interesse mediante circostanze serie, concrete e non meramente ipotetiche³⁷.

Peraltro, non ogni dubbio è idoneo a vincere la presunzione di buona fede, posto che lo stato dubbioso ricomprende «una vasta gamma di stati d'animo che vanno dal mero sospetto alla quasi certezza»; da qui la necessità di stabilire, di volta in volta ed in relazione al singolo caso, «il grado preciso della conoscenza dubitativa, non potendo un qualsiasi dubbio identificarsi senz'altro con la mala fede»³⁸.

Con riferimento al caso concreto, quindi, il prezzo eccessivamente basso ha sì fatto sorgere in S delle perplessità, le quali si sono tuttavia dissipate davanti al considerato legame di durata commerciale e personale che legava F a U, mantenendo ciò presumibilmente intatta la buona fede. Più semplicemente, S non ha mai avuto dubbi sulla legittima provenienza della merce. Di conseguenza l'acquisto si sarebbe compiuto secondo la regola possesso vale titolo e L potrebbe agire per il risarcimento dei danni solo contro F³⁹.

Viceversa, S potrebbe trovare tutela verso F nell'ordinaria disciplina dell'inadempimento contrattuale (art. 1453 c.c.), avendo ricevuto una cosa diversa da quella pattuita e trattandosi, per ciò stesso, di inadempimento imputabile e rilevante, ossia una cosa altrui illecitamente sottratta: in tal modo avrebbe diritto alla risoluzione del contratto ed all'eventuale risarcimento dei danni, a prescindere dall'aver acquistato la proprietà della cosa altrui per via dell'art. 1153 c.c.⁴⁰.

36 Cass. civ. n. 100, n. 1764 e n. 6648 cit.

37 Cass. civ. 24 dicembre 1991, n. 13920, confermata, più di recente, da Cass. civ. 16 dicembre 2009, n. 26400.

38 Cass. civ. 21 maggio 2003, n. 7966.

39 È da rimarcare, tuttavia, che la recente giurisprudenza di merito ritiene che la buona fede nell'acquisto a non domino di beni mobili «deve escludersi quando il bene sia stato posto in vendita ad un prezzo irrisorio giacché deve considerarsi circostanza sufficiente a configurare una presunzione da cui indurre la mala fede dell'accipiens»; così Trib. Roma, 21 giugno 2011, n. 13467.

40 «In rema di vendita di cose mobili, quando il venditore si sia procurato la cosa in modo illecito (furto, ricettazione et similia) o comunque non dimostri di aver ignorato senza colpa (neppure lieve) la sua provenienza delittuosa, non trova applicazione la disciplina degli artt. 1478 e 1479 c.c. (vendita di cosa altrui), che ha come presupposto il comportamento lecito di entrambe le parti contraenti, ed il compratore in buona fede, avendo ricevuto cosa diversa da quella pattuita, ha diritto alla risoluzione del contratto in base agli ordinari principi in materia di inadempimento, a nulla rilevando che abbia acquistato la proprietà della cosa in base al disposto dell'art. 1153 c.c.», Cass. civ. 6 dicembre 1988, n. 6626.

Si ricordi, peraltro, che secondo l'art. 1458 c.c. la risoluzione ha efficacia retroattiva tra le parti, nel senso che le parti devono restituire quanto hanno ricevuto in esecuzione del contratto risolto.

Conseguentemente, per quanto riguarda gli obblighi restitutori derivanti dalla risoluzione, poiché la cosa venduta è andata distrutta (ma era stata comunque già trasformata), la restituzione da parte di S riguarderà solo il *tantundem*, ossia l'equivalente in denaro: così F dovrà restituire i 60.000 euro oltre a risarcire i danni (danno emergente e lucro cessante) a S, mentre S non potendo restituire le pellicce come avrebbe dovuto, dovrebbe restituire il loro valore, ossia 60.000 euro. Tuttavia, essendo S e F reciprocamente obbligati nei termini di cui sopra in virtù delle conseguenze restitutorie derivanti dalla risoluzione ed essendo i relativi crediti monetari liquidi (di ammontare determinato), ed esigibili (non sottoposti a termine o condizione), dal giorno della loro coesistenza opererà automaticamente la compensazione *ex art. 1241 ss. c.c.*

Ad S, pertanto, verrà riconosciuto il solo diritto al risarcimento del danno derivante dalla compravendita di merce rubata e conseguente risoluzione.

Riepilogando, la tutela di L nel sistema italiano trova spazio solo nell'ordinaria azione *ex art. 2043 c.c.* verso F.

Naturalmente, ciò non significa che il nostro ordinamento tolleri che una persona tragga vantaggio dal danno arrecato ad altri ma, semplicemente, che nel caso in esame manca quel legame di immediata derivazione del sacrificio dall'arricchimento che sarebbe necessario per far sì che L possa recuperare la perdita direttamente da U.

Pertanto, non è percorribile la strada dell'arricchimento senza causa di cui all'art. 2041 ss. c.c. che consentirebbe a L di ottenere la restituzione in natura o per equivalente da parte di U di quanto indebitamente sottrattogli – da F – proprio in ragione del suo arricchimento. L'azione *ex art. 2041 c.c.*, infatti, abbisogna dell'esistenza di due presupposti che sono entrambi assenti nel nostro caso.

In primo luogo, sintetizzando i caratteri dell'ingiustificato arricchimento, dovrebbe sussistere un accrescimento economico che sia privo di un titolo (ossia di una giustificazione giuridicamente valida) e che abbia come diretta conseguenza un impoverimento altrui, anch'esso senza causa⁴¹.

A detto riguardo si noti che dall'esame della fattispecie è emerso chiaramente come l'acquisto di U, sebbene *a non domino*, grazie al meccanismo del "possesso vale titolo" abbia acquisito validità divenendo intangibile dall'originario proprietario; si può pertanto affermare che l'arricchimento di U

41 Dottrina e giurisprudenza parlano, a tal proposito di «unicità del fatto causativo». Cfr. Cass. civ. Cass. civ. 16 dicembre 1981, n. 6664; Cass. civ. 28 maggio 2003, n. 8487.

non è ingiustificato in quanto trova causa a titolo originario nella previsione legale di cui all'art. 1153 c.c.⁴² che sacrifica la tutela della proprietà dei beni mobili a favore delle esigenze di certezza e speditezza dei traffici giuridici.

In secondo luogo, l'azione di cui all'art. 2041 c.c. ha carattere meramente sussidiario, il che significa che è proponibile solo quando il danneggiato non abbia a disposizione nessun altro strumento giuridico per rimuovere il pregiudizio⁴³. Con riferimento al caso in esame, come si è visto in precedenza, L ha la possibilità di ottenere la restituzione dell'intero maltolto sperando l'azione di illecito aquiliano nei confronti di F e tale facoltà è sufficiente per escludere l'applicabilità dell'istituto dell'ingiustificato arricchimento.

In conclusione, per evitare duplicazioni ed arricchimenti ingiustificati, le alternative sono le seguenti:

- U può chiedere ad N il risarcimento di tutti i danni causati dalle fuliggini ed immissioni derivanti dall'incendio del fabbricato in cui quest'ultimo svolgeva l'attività di produzione di colori e vernici ai sensi dell'art. 2050 c.c., sussistendo gli estremi della responsabilità per esercizio di attività pericolosa; i danni richiesti ammonterebbero a 130.000 euro, comportando la prova sia del costo della merce (60.000 euro facilmente dimostrabili), sia del valore aggiunto acquisito dopo la trasformazione (ulteriori 70.000 euro difficilmente dimostrabili);
- N, inoltre, è ammesso a dimostrare di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno, esponendo U al rischio di non ottenere nulla;
- U può agire contro F per la risoluzione per inadempimento ai sensi dell'art. 1453 c.c. con i conseguenti obblighi restitutori ma chiedendo altresì il risarcimento del danno per il mancato guadagno (70.000 euro) ed agire contro N per la sola perdita delle pellicce per il loro prezzo di costo (60.000 euro); in questo modo U si garantirebbe il risarcimento per il mancato guadagno da F in modo abbastanza semplice, avvantaggiandosi dell'inversione dell'onere della prova a suo favore, esponendo al rischio della prova liberatoria da parte di N solo il costo delle merci (60.000 euro);
- L può agire in giudizio verso F per il risarcimento del danno da reato ex art. 2043 c.c. (in sede civile o penale mediante costituzione di parte civile), consistente nella perdita della merce e nel mancato guadagno.

42 *«Non sussistono i presupposti per l'azione di indebito arricchimento quando l'attribuzione patrimoniale avviene sulla base di una specifica disposizione di legge, in quanto ciò costituisce una giusta causa legale dell'eventuale arricchimento»*, Cass. civ. 29 gennaio 2003, n. 1288.

43 Cfr. A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale*, cit., 851.

Diritto dei Consumi

In data 11.7.2011, K compra un MP3 sul sito Internet di V srl per il prezzo di 150€ più 5€ spese di spedizione. Un'ora dopo aver spedito l'ordine (mediante un apposito clic) K riceve un email di conferma di V che riassume il prezzo e i costi della spedizione e annuncia la data prevista per la consegna della merce ad uno spedizioniere. Alla fine della mail si trovano, sotto il titolo "informazioni sul diritto di recesso", le indicazioni seguenti:

“Il consumatore può revocare il suo consenso al contratto in forma scritta (ad es. lettera, fax, email) entro 14 giorni senza dover dare nessuna giustificazione; se la cosa venduta viene consegnata prima della decorrenza dei 14 giorni, il recesso si può effettuare anche mediante la semplice rispedizione della cosa al venditore. Il termine inizia dopo la ricezione di quest'informazione ma non prima della consegna della merce al compratore. Per rispettare il termine basta la spedizione in tempo della dichiarazione di recesso o della merce; il timbro postale fa fede.”

Dopo aver ricevuto la conferma, K – che secondo le condizioni di vendita deve pagare il prezzo in anticipo – fa un bonifico di 155€ sul conto bancario di V. Il 16.7.2011 (un sabato), riceve un pacchetto postale col MP3. Nel frattempo, però, ha cambiato idea; ritiene che ha bisogno anche di un nuovo cellulare e che spende meno se invece del MP 3 compra un cellulare che gli permette anche di ascoltare musica. Per questo, il 2.8.2011 (un martedì) va alla posta e rispedisce il pacchetto non affrancato a V. In seguito, ordina, sempre sul sito di V, un cellulare con funzione MP3, riceve un'altra conferma per questa seconda transazione e – nella speranza di riavere i soldi del primo contratto annullato presto – fa un altro bonifico di 175€ e 5€ di spese di spedizione a favore di V.

Dopo non aver ricevuto nulla una settimana più tardi, chiama V che gli dice che non potrebbe far valere nessun diritto per il primo acquisto perché avrebbe dichiarato il recesso troppo tardi; inoltre, il pacchetto rispedito da K sarebbe stato danneggiato gravemente durante il trasporto. Anche per questo motivo non potrebbe chiedere la restituzione del prezzo. Se la merce venisse restituita danneggiata, secondo V dovrebbe risarcire il valore di essa. Infine, il prezzo da restituire a K per il MP3 sarebbe da compensare col valore da risarcire a V. Ad ogni modo, K dovrebbe sostenere anche il costo di 5€ per la spedizione del MP3.

Anche nel caso del cellulare, V mantiene che K non potrebbe far valere nessun diritto. Il pacchetto sarebbe stato perso – il che è vero – durante la spedizione. Poiché il cliente risponderebbe dei rischi di trasporto nei contratti di vendita a distanza, la restituzione del prezzo pagato non sarebbe dovuta. Caso mai, V sostiene di essere disposto a spedire un altro cellulare a K gratis – il che

K rifiuta perché non vuole più avere rapporti commerciali con V.

K invece ritiene che non debba incorrere nessun costo se si limita a far valere il suo diritto di recesso, come avrebbe fatto; ciò sarebbe garantito anche dalla Direttiva Europea sulla vendita a distanza. Secondo K, il recesso sarebbe stato dichiarato in tempo perché le informazioni sul diritto di recesso non si conformavano ai requisiti della legge. Inoltre, K dichiara il recesso anche dal secondo ordine poiché non vuole pagare per una merce mai ricevuta.

Può K richiedere la restituzione dei pagamenti a V?

Quale sarebbe il foro competente (cioè, il foro del domicilio di V o K)?

Informazioni supplementari

1) E da assumere che V ha fornito a K tutte le informazioni prescritte dalla legge.

2) L'articolo 6 della Direttiva 97/7/CE- Diritto di recesso – si legge come segue:

1. Per qualunque contratto negoziato a distanza il consumatore ha diritto di recedere entro un termine di almeno sette giorni lavorativi senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo. Le uniche spese eventualmente a carico del consumatore dovute all'esercizio del suo diritto di recesso sono le spese dirette di spedizione dei beni al mittente (...)

2. Se il diritto di recesso è stato esercitato dal consumatore conformemente al presente articolo, il fornitore è tenuto al rimborso delle somme versate dal consumatore, che dovrà avvenire gratuitamente. Le uniche spese eventualmente a carico del consumatore dovute all'esercizio del suo diritto di recesso sono le spese dirette di spedizione dei beni al mittente. Tale rimborso deve avvenire nel minor tempo possibile e in ogni caso entro trenta giorni.

Soluzione

Petra Caccamo

L'acquirente (K) può chiedere al venditore (V) la restituzione – secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebitto (art. 2033 c.c.) – degli effettuati pagamenti, in relazione alle seguenti considerazioni che saranno diversificate in virtù delle specifiche problematiche dei due diversi contratti di vendita oggetto d'esame.

Preliminarmente, però, si rivelano necessarie delle considerazioni generali volte ad delineare i tratti principali della comune tematica del recesso del consumatore da un contratto a distanza, oltre che telematico. Anzitutto, va precisato che sebbene la legislazione attuale non fornisca una definizione legale di "contratto telematico", ad esso può ricondursi l'idea di un "contratto a distanza"⁴⁴ per la cui negoziazione ci si avvale di uno strumento telematico, nel caso di specie di internet.⁴⁵ Il contratto telematico, perciò, soggiace alla disciplina che la legge riserva in generale alla contrattazione tra assenti, agli artt. 50 ss. del D. Lgs. 206/2005 – Codice del Consumo (ove è confluito il D. Lgs. n. 185/1999, attuativo della direttiva 97/7/CE sulla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza),⁴⁶ considerato tra l'altro che nel D. Lgs.

44 La definizione legale di "contratto a distanza" si trova all'art. 50 cod. cons., secondo cui è tale "il contratto avente ad oggetto beni o servizi stipulato da un professionista ed un consumatore nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal professionista che, per tale contratto, impiega esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione dello stesso".

45 Le tecnologie informatiche si applicano non solo alle comunicazioni via internet ma anche alle ordinarie comunicazioni telefoniche o via telefax e simili. La categoria dei "contratti telematici" non si esaurisce nei "contratti *on line*".

46 Lo stretto legame tra la nozione di "contratto telematico" e quella di "contratto a distanza" troverebbe conferma in varie disposizioni del Codice del Consumo relative alla contrattazione tra assenti. Ci si riferisce, in particolare, all'art. 52 che, indicando le informazioni che il professionista deve fornire al consumatore nella vendita a distanza, precisa che queste debbano essere integrate con le informazioni previste dall'art. 12 D. Lgs. 70/2003; all'art. 59 che, nel riferirsi ai contratti a distanza dei consumatori, menziona espressamente i "contratti conclusi mediante l'uso di strumenti informatici e telematici"; all'art. 68 che, rendendo superflua la previsione di cui al menzionato art. 52, precisa che "alle offerte di servizi della società della informazione, effettuate ai consumatori per via elettronica, si applicano, per gli aspetti non disciplinati dalla presente compilazione, le disposizioni di cui al D. Lgs. 9 aprile 2003, n. 70". A proposito della contrattazione tramite internet taluno parla di "morte della distanza", così F. CAIRNCROSS, *The death of distance. How the Communica-*

70/2003, attuativo della direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE, manca una disciplina del recesso del cliente *on line*.⁴⁷ Già emerge come, nei casi oggetto d'esame, ai problemi creati dalla distanza, si aggiungono quelli derivati dall'uso del mezzo telematico, rafforzati poi dalla qualità di consumatore dell'acquirente.⁴⁸

Nella disciplina consumeristica la tutela del contraente non professionale⁴⁹ si concreta principalmente nel riconoscimento ad esso del diritto di porre nel nulla una precedente manifestazione di volontà negoziale esprimendo una volontà di segno contrario, atta a togliere effetto alla precedente dichiarazione.⁵⁰ Si parla di *ius poenitendi*, diritto di pentimento, appunto, o di ripensamento,⁵¹ indicato dalla normativa italiana come diritto di recesso.⁵² In pratica viene ri-

tions Revolution Will Change Our Lives, Boston, 1997 (che rieccheggia “la morte del contratto” di G. GILMORE, *La morte del contratto*, Milano, 1999, trad. it., *The Death of Contract*, Columbus, Ohio, 1974).

47 Il D. lgs. 70/2003 si occupa del recesso del cliente *on line* solo all'art. 13, ove pone in capo al fornitore l'obbligo di accusare ricevuta dell'avvenuto ordine, informando la controparte della possibilità di recedere dal contratto. Va ricordato, a proposito di commercio elettronico, il Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD), che però detta prevalentemente le condizioni alle quali le dichiarazioni formate per via elettronica con strumenti informatici possono avere rilevanza giuridica.

48 La figura del consumatore non va sovrapposta a quella di destinatario dei servizi della società dell'informazione. La contrattazione telematica può infatti svolgersi tra imprese, anche se, spesso, destinatario e fornitore dei servizi della società dell'informazione sono un consumatore ed un professionista. In tal caso, il diritto dei contratti dei consumatori e il diritto dei contratti telematici andranno ad intersecarsi. Sul punto, G. SCORZA, *Il contratto del commercio elettronico*, in G. CASSANO-P. I. CIMINO, *Diritto dell'internet e nuove tecnologie informatiche*, Padova, 2009, pp. 145-146.

49 L'espressione contraente non “professionale” (usata in particolare da U. MORELLO, *Sicurezza delle contrattazioni*, Milano, 1996) è mutuata dal linguaggio francese, dove “*professionnel*” indica il contraente che agisce nell'ambito della propria attività commerciale o professionale e che è divenuto il “professionista” nella traduzione italiana delle direttive comunitarie e poi nelle normative interne di attuazione.

50 G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, p. 65 ss.

51 L'origine del diritto di ripensamento come tecnica di tutela del contraente “non professionale” non è in ambito comunitario ma nell'esperienza dell'ordinamento francese. Ci si riferisce, in particolare, alla legge 22 dicembre 1972 (v. M. BESSONE, *La tutela del consumatore nella recente evoluzione del diritto francese*, in *Foro it.*, 1974, V, p. 186 ss.; F. ORIANA, *La legge francese sulla vendita a domicilio e la protezione del consumatore*, in *Riv. trim. proc. civ.*, p. 1570 ss.; D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1996, p. 12 ss.).

52 Parte della dottrina costruisce lo *ius poenitendi* di cui alla disciplina consumeristica come mancata accettazione di un contratto di opzione (per una maggiori dettagli si

conosciuto un periodo di tempo, che va dal momento della conclusione del contratto al termine per l'esercizio del diritto di recesso, per permettere al consumatore di valutare "a mente fredda" la convenienza dell'affare posto in essere.⁵³ Alla base, vi sarebbe l'intento di riequilibrare la connaturale asimmetria di potere contrattuale nelle stipulazioni tra professionista e consumatore, dovuta al deficit informativo di quest'ultimo, parte debole del contratto. Va comunque precisato che nella contrattazione a distanza, la debolezza non sarebbe data solo dall'elemento soggettivo dell'essere consumatore, ma anche dall'elemento oggettivo della negoziazione secondo una modalità che, permeata da rapidità, approssimatività delle informazioni e possibile sorpresa in merito alle qualità e caratteristiche della merce non previamente visionata, non

rimanda a G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale*, cit., p. 72 e ss. Alla costruzione aderiscono: M. GORGONI, voce "Contratti negoziati fuori dei locali commerciali", in *Enc. Giur. Treccani*, IX, *Aggiornamento*, Roma, 1994, p. 4 ss. e già ID., *Sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali alla luce del d. lg. n. 50/1992*, in *Contr. e Impr.*, 1993, p. 163 ss.; P. MANES, *Il diritto di pentimento nei contratti dei consumatori dalla legislazione francese alla normativa italiana della direttiva 85/577*, in *Contr. impr. Europa*, 1996, p. 696 ss.; S. SANGIORGI, voce "Recesso", in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, p. 1). Altri obiettano che se così fosse esso dovrebbe concludersi con il silenzio, mentre a proposito del diritto di ripensamento si è in presenza di un accentuato formalismo (in tal senso, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIV ed., Napoli, 2009, p. 1038). In questa prospettiva, sembrerebbe più probabile che si tratti di mancato avveramento di condizione sospensiva (V. ROPPO, *Offerta al pubblico di valori mobiliari e tecniche di protezione dei risparmiatori – investitori*, in *Giur. it.*, 1983, IV, p. 208) o piuttosto di una revoca o recesso, se non addirittura di una forma rescissoria del contratto (v. B. INZITARI, *La formazione del contratto nella vendita porta a porta dei valori mobiliari*, in *Contratto e Impresa*, 1992, p. 75). La dottrina più autorevole parla peraltro di "sorpresa", come di una nuova figura di vizio del consenso e costruisce la dichiarazione di pentimento come fatto commissivo che osta al formarsi del silenzio, il quale, da solo, avrebbe la virtù di far apparire ponderata, e quindi capace, la dichiarazione (così, R. SACCO, *Il contratto*, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Trattato di diritto civile*, I, Torino, 1993, p. 488). Qualora lo si considerasse come recesso, lo *ius ponitendi* sarebbe riconducibile, nell'ambito della tripartizione utilizzata da G. GABRIELLI-F. PADOVINI, voce "Recesso", in *Enc. del dir.*, XXXIX, Milano, 1998, p. 29 ss., a quello c.d. "penitenziale", finalizzato a permettere ad una delle parti di pentirsi rispetto ad un vincolo contrattuale volontariamente assunto. Diversamente, quello "determinativo" sarebbe destinato a segnare la fine dei contratti di durata privi di termine e quello "impugnativo" sarebbe diretto ad attribuire alla parte il potere di reagire avverso vizi originari del contratto o sopravvenuti nel corso dell'esecuzione del rapporto. Inoltre, poiché causa ammessa dalla legge di scioglimento unilaterale del contratto (*ex art. 1372.1 c.c.*), il diritto di pentimento costituirebbe recesso legale.

53 Per indicare il periodo di tempo che va dal momento della conclusione del contratto al termine per l'esercizio del recesso si parla, in Francia e nel Regno Unito, rispettivamente, di *délai de reflexion* e *cooling off period*.

permetterebbe (o potrebbe non permettere) l'espressione di un consenso consapevole. A ciò si aggiunge, nei rapporti di consumo del commercio elettronico, il disagio dovuto all'uso di un mezzo tecnologico, l'impenetrabilità delle dinamiche di funzionamento dell'applicativo software attraverso il quale il fornitore commercializza i propri beni o servizi, l'estrema difficoltà con cui il consumatore può preconstituirsì una prova utilizzabile per far valere giudizialmente un proprio diritto e, infine, la sproporzione tra il valore della transazione commerciale perfezionata on line in pochi istanti e gli oneri economici ed il tempo occorrenti per la risoluzione della controversia eventualmente insorta con il fornitore.⁵⁴ Il diritto di ripensamento si rivela così (nuova) tecnica di protezione della volontà contrattuale – del solo consumatore – a fronte dell'inadeguatezza della tutela "tradizionale" riconosciuta ai contraenti nella fase precontrattuale, incentrata principalmente sull'obbligo di buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.) e sulla disciplina dei vizi del consenso (art. 1427 ss. c.c.).⁵⁵ Risarcimento del danno e/o annullabilità del contratto (postulanti il ricorso alle vie giudiziarie, con relativi oneri probatori) non contribuiscono affatto alla tutela di quello che per il legislatore si rivela essere l'interesse superiore, ossia l'effettività, seppur a posteriori, del consenso del consumatore.⁵⁶

In linea con la funzione di protezione del non professionista si pongono i caratteri essenziali del diritto di pentimento da un contratto a distanza, di cui agli artt. 64-65 del Codice del Consumo. Il consumatore ha diritto di recedere (tramite l'invio di una lettera raccomandata con avviso di ricevimento presso la sede del professionista o, qualora espressamente previsto nel contratto, con la restituzione della merce ricevuta) senza alcuna penalità e senza specificarne il

54 A. GENTILI-E. BATTELLI, *Le patologie del contratto telematico*, in *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico. Contratti – Responsabilità – Rimedi* (a cura di E. Tosi), Milano, 2012, p. 382.

55 Il diritto di ripensamento è, comunque, da considerare espressione dei principi di cui agli artt. 1337 e 1375 c.c., in materia di buona fede (oggettiva) nelle trattative e nell'esecuzione del contratto, sul punto R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 491.

56 Lo *ius poenitendi* viene annoverato tra le tecniche di protezione del consumatore fondate sull'effettività del consenso: cfr. F. ASTONE, *Tecniche di protezione dei consumatori in ambito contrattuale: dal controllo sulle modalità di conclusione del contratto al sindacato sull'equilibrio dello scambio*, in A. M. GAMBINO (a cura di), *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Torino, 2011, p. 189 ss. In questa prospettiva, si rileva che il principio *pacta sunt servanda* non subisce, con il riconoscimento del diritto di recesso, una deroga in senso proprio, perché lo *ius poenitendi* ha lo scopo di garantire la libertà di scelta del consumatore e, in ultima analisi, la sua autonomia contrattuale, sul punto v. F. MACARIO-F. P. PATTI, *Il recesso del consumatore*, in *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico. Contratti – Responsabilità – Rimedi* (a cura di E. Tosi), Milano, 2012, p. 239.

motivo, entro il termine di dieci giorni lavorativi (decorrenti, per i contratti aventi ad oggetto la fornitura di beni, dalla data di ricevimento della merce). Chiaramente, se il breve termine di decadenza è previsto a favore della certezza degli scambi commerciali, la gratuità e la discrezionalità sono poste a garanzia che nulla osti all'esercizio di tale diritto potestativo: il consumatore deve poter "uscire" dal contratto⁵⁷ senza alcun motivo⁵⁸ e senza pagare alcun corrispettivo⁵⁹.

Oltre e prima ancora che al diritto di ripensamento, però, la tutela del consumatore è affidata alla trasparenza del regolamento contrattuale, che si estrinseca in specifici e dettagliati obblighi di informazione a carico dell'operatore professionale, volti ad assicurare che la controparte comprenda a pieno il contenuto del contratto e sia reso edotto dell'esistenza del diritto di recesso (è il c.d. *gap* informativo).⁶⁰ Al fine dell'ottenimento del consenso informato, è previsto: un dettagliato elenco di informazioni da comunicare prima della conclusione del contratto – art. 52 cod. cons.–, tra cui l. f), esistenza del diritto di recesso e, l. g), modalità e tempi di restituzione o di ritiro del bene in caso di esercizio del diritto di recesso; la conferma scritta (o su altro supporto duraturo) delle informazioni, da comunicare prima o al momento dell'esecuzione del contratto (art. 53 cod. cons.).⁶¹ Si consideri, che il termine entro cui esercitare

57 Nel gergo comune anglosassone si parla del diritto di recesso del consumatore come diritto di "exit".

58 Alla base dell'esercizio del diritto di pentimento potrebbe esservi un mero "cambio di idea" del consumatore in merito all'acquisto compiuto. Il recesso "*ad nutum*" opera, quindi, anche se l'acquirente ha esattamente compreso tutto il regolamento contrattuale ed anche se è esattamente a conoscenza delle caratteristiche della merce che sta comprando. L'insindacabilità dell'esercizio del diritto di ripensamento ha sollevato, però, interrogativi circa il suo rapporto con il limite dell'abuso del diritto, particolarmente nella dottrina francese. La questione è stata comunque risolta prevalentemente in senso negativo. Tale diritto potestativo, infatti, troverebbe nella presunzione di una volontà negoziale non regolarmente formata, la motivazione del suo esercizio. Quella che sembra essere arbitrarietà, in tale ottica, diviene misura di riequilibrio di una disparità di posizioni. Nella dottrina italiana (nel senso però della configurabilità dell'abuso), v. D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, cit., p. 33.

59 Ai sensi del comma terzo dell'art. 67 cod. cons. "Le sole spese dovute dal consumatore per l'esercizio del diritto di recesso a norma del presente articolo sono le spese dirette di restituzione del bene al mittente, ove espressamente previsto dal contratto".

60 È considerato il miglior modo per "disinformare" quello di "investire" il contraente di "troppe informazioni" o di informazioni coerenti e corrette ma "eccessivamente tecniche", così E. MINERVINI-P. BARTOLOMUCCI, *La tutela del consumatore telematico*, in D. VALENTINO (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2011, p. 358.

61 La disciplina sul commercio elettronico (D. lgs. 70/2003), in linea con la disciplina

il diritto di recesso per i contratti aventi ad oggetto beni, decorre, come poc'anzi detto, dal giorno del ricevimento di essi da parte del consumatore, ma ove siano soddisfatti gli obblighi di informazione di cui all'art. 52. Diversamente, decorre dal giorno in cui tali obblighi vengono adempiuti, se successivo alla conclusione del contratto e comunque non oltre il termine di tre mesi dal giorno della conclusione di esso. Qualora poi il professionista non adempia l'obbligo informativo di cui all'art. 52 cod. cons., ll.f) e g), o lo adempia in modo incompleto ed errato, tale da non consentire il corretto esercizio del diritto di pentimento, o non dia conferma scritta delle informazioni dovute, il consumatore può recedere nel maggior termine di novanta giorni (art. 65 cod. cons.).⁶² In più, è prevista l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria (art. 62 cod. cons.).⁶³ Ancora, l'art. 52 cod. cons. sottolinea come debba

sulla contrattazione a distanza, prevede: obblighi di “informazione generale” per identificare correttamente il fornitore (art. 7); obblighi di informazione per la comunicazione commerciale al fine di evidenziarne la natura commerciale (artt. 8 e 9); ulteriori obblighi di informazione per la conclusione del contratto da aggiungersi a quelli previsti per la contrattazione a distanza (art. 12); la messa a disposizione di clausole e condizioni generali di contratto al fine di consentire al consumatore la loro memorizzazione e riproduzione e la conferma della ricezione dell'ordine, con riepilogo degli elementi contrattuali (art. 13). Le violazioni delle disposizioni citate (ad esclusione di quella dell'art. 13) sono punite con il pagamento di una somma pecuniaria (art. 21).

62 Alcuni ordinamenti stranieri prevedono normative maggiormente protettive degli interessi del consumatore. Per esempio, la disciplina spagnola stabilisce, nel caso in cui il professionista non abbia informato il consumatore dell'esistenza del diritto di recesso, la nullità dell'intero contratto. Il legislatore europeo, però, nella recente direttiva del 25 ottobre 2011 (2011/83/UE), tesa all'armonizzazione totale del diritto dei consumatori nei vari ordinamenti nazionali, ha confermato la soluzione italiana, nel senso di prevedere in caso di omessa informazione sul diritto di recesso solo un prolungamento dei termini.

63 Per quanto riguarda le ulteriori conseguenze, rispetto a quelle previste nel Codice del Consumo, derivanti dalla violazione degli obblighi informativi, si suole parlare di responsabilità precontrattuale (*ex art. 1337 c.c.*). Ai più, però, tale strumento appare incongruo. Certamente non è l'interesse a non perder tempo che la disciplina consumeristica intende tutelare; inoltre, le conseguenze afflittive sarebbero così blande che l'imprenditore che non fornisse quelle informazioni ben poco timore avrebbe eludendole. Alcuni, allora, preferiscono parlare di responsabilità risarcitoria di natura contrattuale (o da contatto sociale) stante la violazione di specifici obblighi. Nel concreto, però, è dubbia la funzionalità anche di tale rimedio: in questi casi il danno è difficilmente dimostrabile. E' perciò da considerare attentamente la tesi per cui, almeno quando si dimostri che la disinformazione ha fuorviato la scelta del consumatore, esistendo un obbligo di informare, la reticenza del fornitore costituisce dolo omissivo. La conseguenza sarebbe costituita così dall'impugnativa per dolo determinante quando non si sarebbe altrimenti avuta la stipulazione del vincolo, per dolo in-

essere adempiuto l'obbligo informativo, richiamando i concetti di chiarezza e di comprensibilità, oltre che di buona fede e lealtà. Sono così stabiliti degli ulteriori obblighi in capo al professionista, attinenti la qualità dell'informazione, che si concretano principalmente, come ha precisato la giurisprudenza, nel dover separare dalle altre la clausola che conferisce il diritto di recesso e nell'attribuirle dei caratteri di scrittura eguali o superiori a quelli degli altri elementi indicati nel documento onde rendere chiara, immediata e trasparente l'informazione.⁶⁴ Come si evince, da tali disposizioni emerge l'importanza dell'informazione quale ineludibile completamento del diritto di recesso: il consumatore non perde la facoltà di esercitare lo *ius poenitendi* fino a quando non sia informato, in maniera corretta ed esauriente, sul diritto di recesso e le relative modalità di esercizio e non sia decorso il termine di decadenza previsto dalla legge.

Alla luce di quanto detto, non resta che risolvere i casi in esame.

In merito alla prima compravendita può senz'altro affermarsi la regolarità e tempestività dell'esercizio del diritto di recesso da parte dell'acquirente.

Sul *modus* non sorge alcun dubbio, essendo previsto nella stessa informativa contrattuale sul diritto di recesso che esso possa avvenire tramite l'invio della merce ricevuta (*ex art. 64 cod. cons.*). Per quanto attiene il tempo di esercizio, si delineano due strade percorribili, entrambe a favore della tesi della tempestività. Secondo l'opinione maggioritaria in tema di conclusione dei contratti di vendita a distanza nel commercio elettronico, il comportamento del venditore rilevarebbe come "offerta al pubblico"⁶⁵ e sarebbe giuridicamente qualificabile come "proposta";⁶⁶ conseguentemente, il *click* con cui l'acquirente spedisce l'ordine costituirebbe "accettazione".⁶⁷ In tale prospetti-

cidente allorquando il contratto sarebbe stato comunque concluso, ma a differenti condizioni. Sul punto, A. GENTILI, *L'inefficacia del contratto telematico*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 762; G. DE MARZO, *I contratti a distanza, Commento al decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185*, Milano, 1999, pp. 55-57.

64 Cass. civ., 3 ottobre 2003, n. 14762, in *Giur. civ. Mass.*, 2003, p. 10. Un'errata informazione sul diritto di recesso del consumatore potrebbe anche configurare gli estremi del messaggio pubblicitario ingannevole. Si segnalano, sul punto, alcune pronunce dell'Autorità garante della concorrenza: 7 aprile 2004, n. 13085, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2004, p. 1129; 6 aprile 2011, n. 22278, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1626.

65 G. OBERTO, *Offerta al pubblico*, in *Digesto. Sez. Priv.*, XIII, Torino, 1995, p. 9; B. DELFINO, *Offerta al pubblico in diritto comparato*, in *Digesto. Sez. Priv.* XIII, Torino, 1995, p. 16; P. RUSSO, *Promessa od offerta al pubblico avente per oggetto l'obbligo di concludere il contratto*, in *Giust. civ.* 1984, p. 813.

66 L'offerta al pubblico costituisce proposta contrattuale "se contenente tutti gli elementi essenziali del contratto alla cui conclusione è volta", *ex art. 1336 c.c.*

67 Il contratto si conclude nel momento in cui chi ha fatto la proposta (c.d. proponente)

va, il prestatore del servizio dovrebbe fornire tutte le informazioni, tra cui quella sul diritto di recesso, e mettere a disposizione le clausole e le condizioni generali di contratto proposte, in modo che ne sia consentita la memorizzazione e riproduzione da parte del destinatario, il quale inoltra il proprio ordine per via telematica e il prestatore deve accusarne ricevuta, riepilogando i termini del contratto. Nel caso di specie, però, l'informazione sul diritto di recesso risulta fornita in una fase successiva alla conclusione del contratto, essendo contenuta solo nella mail di conferma (riassuntiva del prezzo e dei costi di spedizione). Poiché il contratto è stato concluso prima che il consumatore venisse informato sul suo diritto di recesso, il termine di decadenza al fine dell'esercizio di esso si dilata a novanta giorni (comunque decorrenti dalla data di ricezione della merce). Il recesso, messo in atto il 2 agosto con l'invio dell'mp3, ricevuto il 16 luglio, è stato dunque esercitato nel rispetto del termine suddetto. Seguendo l'impostazione minoritaria, però, i ruoli delle parti nella formazione dell'accordo nella contrattazione a distanza risultano invertiti: a fronte di un mero "invito ad offrire" del professionista⁶⁸, l'invio dell'ordine da parte dell'acquirente sarebbe qualificabile come "proposta" e la mail riepilogativa del venditore, contenente l'informazione sul diritto di recesso, varrebbe come "accettazione". In tale prospettiva, è evidente che l'informazione è stata data nei tempi dovuti, cioè prima della conclusione del contratto, resta da valutare se anche nei modi. Non sembra potersi sostenere con certezza né l'inadempimento né l'adempimento da parte del professionista degli obblighi qualitativi attinenti l'informazione sul diritto di recesso. Nulla è detto in merito al carattere topografico dell'informazione. Inoltre, la locuzione "il timbro postale fa fede", in virtù della sua vaghezza, sembra tale da poter indurre in errore l'acquirente. Qualora considerassimo inadempiti tali obblighi, dovremmo concludere per la tempestività del recesso, in quanto, per le argomentazioni poc'anzi dette, esercitato entro l'arco temporale di novanta giorni. Nell'eventualità in cui li considerassimo adempiti, invece, dovremmo diver-

ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte (c.d. oblato). La proposta e l'accettazione sono atti unilaterali e, in quanto tali, producono effetti nel momento in cui giungono a conoscenza del destinatario (art. 1334 c.c.). Poiché, sulla base della presunzione di legge di cui all'art. 1335 c.c., la proposta e l'accettazione si reputano conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario – se questi non prova di essere stato nell'impossibilità di averne notizia – e poiché, in virtù del disposto del 1° comma dell'art. 12 del d.p.r. 513/1997, nel commercio elettronico il documento informatico trasmesso per via telematica si intende inviato al destinatario se fatto pervenire al suo indirizzo elettronico (v. anche d.lgs. n. 82/2005, c.d. Codice dell'amministrazione digitale, art. 45), è nel momento in cui il documento informatico perviene all'indirizzo del destinatario che il contratto telematico può dirsi concluso.

68 F. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 1999, p. 233.

samente valutare la questione della tempestività dello *ius poenitendi*. Si noti che la l'informativa sul diritto di recesso parla di "14 giorni", senza precisare, a dispetto dell'art. 64 cod. cons., se lavorativi o meno. Al fine di comprendere la portata di tale termine si impone una previa valutazione della dichiarazione che lo contiene. Nel quadro di una disciplina a tutela del consumatore, la clausola contrattuale contenente l'informazione sul diritto di recesso non sembrerebbe avere carattere meramente informativo di quanto stabilito dalla normativa di settore, ma parebbe assumere valore negoziale. Ai sensi dell'art. 143 d.lgs. 205/2006, infatti, i diritti attribuiti dal Codice al consumatore sono sì irrinunciabili ed è nulla ogni pattuizione in contrasto con le sue disposizioni, ma quest'ultime dettano solo delle condizioni minime di tutela, lasciando aperta la possibilità che le parti, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale di cui all'art. 1322.2 c.c., stabiliscano un trattamento di maggior favore per il consumatore. Laddove contenente una previsione *in melius* per quest'ultimo, allora, l'informazione sul diritto di recesso parrebbe assumere il valore delle dichiarazioni di volontà. Ed è in tale senso che sembra doversi interpretare, in particolare, il termine di 14 giorni, che andranno computati, così come previsto per i dieci giorni di cui all'art. 64 cod. cons., come lavorativi (andranno esclusi, perciò, i sabati e le domeniche). Di conseguenza, anche seguendo tale diversa impostazione, può sostenersi che K ha esercitato il diritto di recesso tempestivamente.

Come è noto, per effetto dell'esercizio del recesso le parti sono sciolte dalle rispettive obbligazioni e, qualora le prestazioni scaturenti dal contratto siano state in tutto o in parte eseguite, in capo ad esse sorgono le obbligazioni restitutorie (artt. 66-67 cod. cons.). Ovviamente, nel caso di specie, in capo all'acquirente non può sorgere alcun dovere restitutorio della merce ricevuta, essendo questa già stata inviata al venditore tramite l'esercizio del diritto di recesso. L'obbligazione restitutoria sorge, invece, in capo al professionista, in virtù dell'anticipato pagamento (di 150 euro a titolo di corrispettivo, più 5 euro a titolo di spese di spedizione) effettuato in suo favore dal consumatore.

Non sono perciò da considerare valide le obiezioni sollevate da V, che lo esimerebbero dal dovere di rimborso. Innanzitutto, egli sostiene che poiché la merce rispedita da K gli è pervenuta danneggiata (a causa di lesioni subite durante il trasporto), esso dovrebbe risarcirgliene il valore. In altre parole, il venditore ritiene che quand'anche si ritenesse il recesso tempestivo, egli nulla dovrebbe al compratore a titolo di restituzione in quanto tale somma si compenserebbe con quella dovuta da esso a titolo di risarcimento. Questa argomentazione sembra però contrastare con quanto dichiarato dallo stesso venditore nell'informazione sul diritto di recesso, di cui giova ricordarne il tenore letterale: "il consumatore può revocare il consenso il forma scritta (ad esempio, lettera, fax, mail) entro 14 giorni, il recesso si può effettuare anche tramite la semplice rispeditura della cosa al venditore"; "per rispettare il termine basta la

spedizione in tempo della dichiarazione di recesso o della merce”. Da tale clausola emerge chiaramente la volontà del venditore di ancorare all’atto della (mera) spedizione della merce il perfezionamento del diritto di recesso esercitato dall’acquirente, a differenza di quanto sembrerebbe previsto all’art. 64.2 del Codice del Consumo, ove il principio della spedizione parrebbe avvallato solo per l’eventualità del recesso effettuato tramite invio di una comunicazione scritta, preferendo, nel caso di recesso tramite restituzione del bene, il principio della consegna.⁶⁹ Ma poiché, come detto precedentemente, la dichiarazione sul diritto di recesso ha valore negoziale, in particolar modo laddove preveda un trattamento maggiormente favorevole per il non professionista rispetto alla disciplina consumeristica, è quanto previsto da essa che regola i rapporti tra le parti. Sarà perciò da considerare avvenuto nel momento dell’esercizio del recesso il (ri)trasferimento del diritto di proprietà della *res* al fornitore, con contestuale liberazione del compratore da qualsiasi responsabilità. In secondo luogo, il venditore ritiene che le spese di spedizione della merce sarebbero da accollare all’acquirente. Anche questa argomentazione è da considerare non valida, in quanto palesemente contraria a quanto espressamente previsto all’art. 67.3 cod. cons., secondo il quale “le sole spese dovute dal consumatore per l’esercizio del diritto di recesso (...) sono le spese dirette di restituzione del bene al mittente, ove espressamente previsto dal contratto”⁷⁰. Più in generale, l’attribuzione al consumatore delle spese di spedizione collima con la gratuità

69 Ai sensi dell’art. 64.2 cod. cons. “il diritto di recesso si esercita con l’invio (...) di una comunicazione”, “qualora espressamente previsto (...), in luogo di una specifica comunicazione è sufficiente la restituzione (...) della merce ricevuta”. Nonostante la lettera dell’art. cit., una parte della dottrina ritiene che in caso di perimento o danneggiamento fortuito del bene, dopo l’esercizio del recesso ma prima della riconsegna al venditore della merce, il rischio grava sullo stesso venditore che abbia riacquistato la proprietà (v., in tal senso, G. BELLANTUONO, *Gli effetti del recesso nella negoziazione fuori dei locali commerciali*, in A. JANNARELLI (a cura di), *Le vendite aggressive*, Napoli, 1995, p. 180). Alla stessa conclusione giungono alcuni per il caso del perimento della merce durante il trasporto, salva restando un’eventuale responsabilità del vettore (M. C. CHERUBINI, *Sul c.d. diritto di ripensamento*, *Riv. dir. civ.*, 1999, II, pp. 704-705).

70 La Corte di Giustizia europea, nella sentenza *Heinrich Heine*, in merito ai contratti a distanza, ha dichiarato in contrasto con la normativa europea la normativa nazionale che permetta al professionista di addebitare le spese di consegna dei beni al consumatore qualora questi eserciti il suo diritto di recesso (Corte Giust. UE, 15 aprile 2010, causa C-511/08, in *Giur. it.*, 2011, p. 44, con nota di E. BATTELLI, *Gli effetti del recesso in relazione alle spese di consegna dei beni*, a proposito del caso di una società tedesca, specializzata in vendita per corrispondenza, che nelle condizioni generali di contratto prevedeva che il consumatore dovesse pagare, a titolo di spese di consegna, una somma a *forfait* e che essa dovesse restare acquisita al fornitore in caso di recesso).

dell'esercizio del recesso prevista all'art. 64 cod. cons., tesa ad evitare in modo assoluto che qualsiasi onerosità (anche lieve) possa indurre il consumatore a non esercitare il suo diritto di pentimento.

Anche per quanto riguarda la seconda compravendita può sostenersi il diritto del compratore a chiedere la restituzione di tutta la somma pagata (cioè il prezzo di 175 euro, più 5 euro di spese di spedizione), a fronte dell'esercizio del diritto di recesso nelle modalità prescritte dalla legge. Se infatti è chiaro che K voglia recedere dal contratto, per non aver ricevuto la merce già pagata, altrettanto non può dirsi sull'avvenuto esercizio del relativo diritto. Comunque, se il diritto di pentimento non fosse stato esercitato, K potrebbe ancora ben farlo: non essendogli pervenuto il cellulare, non è iniziato a decorrere il termine di decadenza entro cui egli può esercitare il diritto di ripensamento.

Anche in tal caso, perciò, non possono essere avallate le obiezioni sollevate dal venditore. Egli ritiene che K non potrebbe far valere alcuna pretesa restitutoria in quanto il pacchetto contenente il cellulare con funzione mp3, da esso spedito, è stato perso durante la spedizione (il che è da assumere come veritiero). Poiché nei contratti a distanza è l'acquirente che risponde dei rischi del trasporto, egli sarebbe esentato dal dover rimborsare a K quanto previamente pagato. Al fine di analizzare la tematica della ripartizione dei rischi del trasporto della merce nella vendita a distanza occorre rifarsi al diritto comune dei contratti, poiché nella vigente disciplina consumeristica, sul punto, vi è un vuoto normativo. L'indagine da compiere afferisce, in primo luogo, la ricerca di una norma regolante la questione e, in secondo luogo, la valutazione della sua applicabilità al caso concreto. La disposizione in oggetto sembrerebbe potersi rinvenire nell'art. 1510.2 c.c. (relativo alla vendita di beni mobili), ove è detto: "salvo patto o uso contrario, se la cosa venduta deve essere trasportata da un luogo ad un altro, il venditore si libera dell'obbligo della consegna rimettendo la cosa al vettore o allo spedizioniere; le spese del trasporto sono a carico del compratore". Troverebbe qui conferma la tesi del venditore: nel momento in cui consegna la cosa al vettore o spedizioniere egli si libererebbe dell'obbligo custodiale e il diritto di proprietà passerebbe all'acquirente, che quindi diviene responsabile della sua sorte. Si ricordi, però, che ogni qual volta si fa ricorso ad una norma di diritto generale per risolvere una questione di diritto speciale, bisogna valutare la loro compatibilità. La normativa particolare si pone come derogatoria di quella comune in forza di interessi valutati preminenti dal legislatore, con cui occorre fare i conti. Nello specifico, l'operazione interpretativa va compiuta sotto la guida dei principi informatori della materia consumeristica, esposti in prelude alla seguente trattazione. Ci si deve chiedere, in sostanza, come si pone la disposizione esposta nell'ottica del legislatore italiano, ma prima ancora europeo, di tutelare il consumatore, soprattutto in una contrattazione – come quella a distanza, oltre che telematica ed *on line* – considerata

dai più tendenzialmente aggressiva. Un'eventuale responsabilità del (*cyber*)consumatore in merito alla perdita o avaria che la merce acquistata dovesse subire nel tragitto che va dal fornitore ad esso, lo porterebbe a diffidare di una contrattazione di tal fatta, con conseguente riduzione dei traffici giuridici. Il che si evidenzia ancor più se consideriamo che nel commercio elettronico è diffusa la prassi del pagamento anticipato del prezzo della cosa acquistata da parte dell'utente. Per tale ragione il menzionato articolo non sembra potersi applicare laddove il trasporto riguardi merce compravenduta ad esito di una negoziazione avvenuta tra assenti. Diversamente opinando, il diritto di pentimento non potrebbe mai operare, per lo meno nei suoi effetti restitutori, tutte le volte in cui la merce acquistata e pagata fosse perduta durante il trasporto. Il che non è in alcun modo contemplato e ridurrebbe sensibilmente l'ambito della tutela del consumatore.

La questione sollevata dal venditore va esaminata anche alla luce dei principi in materia di contratti con efficacia reale e segnatamente del c.d. principio "*res perit domino*", espresso dall'art. 1465.1 c.c., in forza del quale se il contratto ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata (ovvero il trasferimento o la costituzione di altro diritto reale), il perimento del bene per causa non imputabile all'alienante non libera l'acquirente dall'obbligo di eseguire la controprestazione, sebbene non sia ancora avvenuta la consegna.⁷¹ In altri termini, posto che l'acquirente diviene proprietario del bene (o titolare di altro diritto reale sul medesimo) in virtù del mero incontro dei consensi (*ex art. 1376 c.c.*, c.d. "principio del consenso traslativo") appare ragionevole che da allora sia egli stesso a subire i rischi inerenti al bene medesimo.⁷² Nel caso di specie, però, l'oggetto del contratto non è una cosa determinata nella *species*. Occorre allora considerare quanto previsto al comma terzo dell'art. 1465 c.c., ai sensi del quale se oggetto del trasferimento è una cosa determinata solo nel genere, in caso di perimento della cosa per causa non imputabile all'alienante, l'acquirente non è liberato dall'obbligo di eseguire la

71 Il principio "*res perit domino*" costituisce estrinsecazione del principio vigente nell'ordinamento italiano del consenso traslativo (art. 1376 c.c.), in forza del quale il trasferimento o la costituzione di diritti reali avviene per effetto della semplice manifestazione del consenso. La consegna del bene è perciò obbligazione che nasce a seguito della stipula del negozio, ma che rimane estranea al suo perfezionamento.

72 Il principio esposto al primo comma dell'art. 1465 c.c. porterebbe, in realtà, a conseguenze diverse a seconda che si affermi o meno l'efficacia retroattiva dell'esercizio del diritto di pentimento del consumatore-acquirente. Nel primo caso (retroattività del recesso) si dovrebbe considerare l'acquirente mai divenuto proprietario e quindi non soggetto alle regole della regola *res perit domino*; nell'altro caso (irretroattività) l'operatività di questa regola porterebbe, invece, ad accollare all'acquirente il rischio del fortuito che abbia determinato la perdita del bene, con le relative implicazioni (sul punto, v. M. C. CHERUBINI, *Il c.d. diritto di ripensamento*, cit., p. 704).

controprestazione, se l'alienante ha fatto la consegna o la cosa è stata individuata. Chiamamente, se l'oggetto del contratto è una cosa determinata solo nel genere, l'acquirente non può chiaramente divenire proprietario al momento dello scambio dei consensi ma solo nel momento in cui avviene l'individuazione (si parla, appunto, di effetti reali c.d. differiti). Conseguentemente, se il perimento si verifica prima dell'individuazione, cioè prima che la proprietà passi all'acquirente, di esso sarà responsabile l'alienante (che dovrà consegnare altre cose dello stesso genere); dopo, sarà responsabile l'acquirente (che dovrà effettuare la controprestazione).⁷³ Al fine di capire, nel caso concreto, se il rischio del perimento della cosa si è spostato dal venditore al compratore, occorre chiedersi se l'individuazione sia avvenuta, o se possa qualificarsi in tali termini l'atto di spedizione del cellulare da parte del venditore. Nel caso di vendita c.d. "da piazza a piazza", cioè con trasporto, di cose determinate solo nel genere, l'individuazione ed il conseguente passaggio di proprietà avvengono, ai sensi dell'art. 1378.2 c.c., mediante la consegna della cosa al vettore o allo spedizioniere. La Suprema Corte ha specificato, però, che ciò vale solo quando la merce forma oggetto di una spedizione destinata ad un solo compratore o quando si tratta di spedizione di lotti separati materialmente uno dall'altro, distinti per ciascun destinatario compratore. Nell'ipotesi in cui, invece, la partita venduta è stata spedita dal venditore alla rinfusa nei vari comparti, senza distinzione di lotti, il venditore non si libera con la consegna al vettore, ma con la specificazione da eseguirsi all'arrivo, con la separazione delle singole partite, per la consegna al compratore.⁷⁴ In tale eventualità, allora, in caso di perdita della cosa nel tragitto che va dal venditore all'acquirente, si applicherà il regime stabilito dall'art. 1463 c.c.: la parte inadempiente per impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa ad essa non imputabile è liberata della propria obbligazione, non può chiedere la controprestazione e, soprattutto, deve "restituire quella che abbia già ricevuta". Tornando al caso di specie, non sappiamo come è avvenuta la spedizione, né se la merce è stata di fatto consegnata ad un vettore o ad uno spedizioniere (terzo rispetto alle parti del contratto di vendita), perciò è impossibile assumere una posizione sull'argomento dell'individuazione e sul relativo spostamento del rischio, rive-

73 Se aderissimo alla tesi (di V. ROPPO, *Offerta al pubblico di valori mobiliari e tecniche di protezione dei risparmiatori – investitori*, cit., p. 208) che considera il contratto di vendita a distanza sottoposto alla condizione sospensiva del mancato esercizio del diritto di pentimento, nel termine di decadenza previsto dalla legge, dovremmo applicare la soluzione prevista al quarto comma dell'art. 1465 c.c., in virtù del quale "l'acquirente è in ogni caso liberato dalla sua obbligazione, se il trasferimento era sottoposto a condizione sospensiva e l'impossibilità è sopravvenuta prima che si verifichi la condizione".

74 Cass. civ., 10 ottobre 1996, n. 8861, in *Giur. it.*, 1997, I, p. 1573; Cass. civ., 17 agosto 1990, n. 8345, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, p. 8.

landosi ogni ipotesi pretestuosa. Quel che è certo è che il fortuito determinante la perdita dell'oggetto del contratto si è verificato durante il decorso del termine per l'esercizio del diritto di recesso da parte dell'acquirente. Qualsiasi questione si ponga in quest'arco temporale va osservata tenendo conto della *ratio* delle norme che attribuiscono al consumatore il diritto di ripensamento. Da tale angolatura si nota che l'interpretazione che pone a carico del venditore il rischio del fortuito del bene durante il periodo di riflessione è maggiormente aderente allo spirito dell'intera normativa del Codice del Consumo, volta a tutelare il consumatore e la sua possibilità di tornare indietro, azzerando gli effetti di un contratto in realtà non voluto e concluso sulla base di un consenso viziato.⁷⁵ Porre a carico dell'acquirente il rischio del caso fortuito che impedisca la consegna del bene significherebbe ridurre sensibilmente l'ambito della tutela in suo favore.⁷⁶ Si noti, tra l'altro, che a prescindere dalle conclusioni cui siamo giunti per vincere le obiezioni sollevate dal venditore, il compratore vuole recedere dal contratto, non risolverlo. Anche se entrambi gli istituti del recesso e della risoluzione prevedono la possibilità per il contraente, recedente o risolvente, di chiedere la restituzione delle prestazioni eseguite *ex art. 2033 c.c.*, nel caso di specie l'azione di ripetizione trova fonte nell'esercizio del diritto di pentimento. Quello che si vuole dire, in sostanza, è che al fine di risolvere il caso concreto rileva solo il fatto che K intende recedere dal contratto e che se ancora non ha esercitato tale diritto può ancora validamente farlo, poiché la merce non gli è pervenuta, con conseguente diritto di ripetere quanto versato. Per quanto riguarda poi l'offerta fatta dal venditore di inviare all'acquirente un altro cellulare (senza specificare se dello stesso tipo di quello previamente scelto o meno), essa si situerebbe nell'area degli accordi extragiudiziali atti a pervenire il sorgere di una lite, la cui mancata adesione da parte di K né profilerebbe un'assenza di buona fede in suo capo, né muterebbe la possibilità per lui di chiedere la restituzione della somma pagata per una merce mai ricevuta, in virtù dell'esercizio del diritto di recesso.

Si consideri, infine, che a fronte del valido esercizio del diritto di pentimento, l'adempimento dell'obbligazione restitutoria da parte del professionista de-

75 R. SACCO, *Il contratto, cit.*, p. 488.

76 M. C. CHERUBINI, *Sul c.d. diritto di ripensamento, cit.*, p. 705, secondo cui, tra l'altro, "a sostegno della conclusione avanzata può valere la considerazione della difficoltà cui va incontro, alla stregua dell'opposta soluzione, la definizione delle conseguenze del perimento fortuito della merce successivamente all'individuazione ma prima della consegna all'acquirente: mentre il termine per il recesso non inizierebbe a decorrere e l'acquirente sarebbe nell'impossibilità di verificare le caratteristiche dell'oggetto, l'esercizio del recesso dovrebbe restare precluso dall'impossibilità della restituzione. Conseguenza in palese contrasto con la logica che informa la normativa in esame".

ve avvenire “nel minor tempo possibile e in ogni caso entro trenta giorni dalla data in cui (...) è venuto a conoscenza dell’esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore”. Trascorso infruttuosamente tale termine, trattandosi di obbligazione pecuniaria, il professionista si considererà in mora (*ex re*) e dovrà restituire altresì gli interessi maturati sulla somma ancora non restituita. In merito alla controversia giudiziaria, avrà competenza territoriale inderogabile il giudice del luogo di residenza o di domicilio del consumatore, ai sensi dell’art. 63 cod. cons.

Caso 3: L'Istituto della Transazione

A, cittadino polacco, venne assunto presso l'Istituto di Ricerca U con un contratto di lavoro a tempo determinato (1.11.2006 - 31.3.2008) nell'ambito di un progetto di ricerca finanziato dall'U.E.

Dopo la conclusione del contratto nasceva un disaccordo tra U e A sulla questione relativa al se anche i contributi previdenziali ed alla cassa malattia dovessero essere versati dai fondi dell'U.E., ricevuti da U per finanziare il contratto di lavoro con A. In tal caso, l'importo lordo dello stipendio di A avrebbe dovuto essere ridotto di 5000 € per evitare una perdita di U.

Per evitare una causa, le parti concludevano una transazione secondo la quale A avrebbe ricevuto i 5000 € di differenza ma avrebbe dovuto redigere 3 saggi scientifici da pubblicare nella collana di U, secondo il seguente

“Atto di transazione:

1) U incarica A di redigere, nel periodo dal 1.4.2008 al 30.4.2008, tre saggi scientifici pubblicabili nella collana di U su temi a scelta di A.

2) Per ogni articolo, A riceve un compenso di 5000 €.

3) Questo contratto costituisce una transazione con lo scopo di superare le divergenze nate nell'ambito del contratto di lavoro tra U e A. Come controprestazione per la conclusione di questa transazione, A consente di ricevere, per tutta la durata del contratto di lavoro, uno stipendio ridotto dei contributi previdenziali e alla cassa malattia.

4) Con la conclusione della presente transazione, si estinguono tutte le altre pretese tra le parti.

Firme”

Il 27.4.2008, A consegnava 3 articoli scientifici e chiedeva il pagamento pattuito. U confermava di averli ricevuti e ne annunciava il controllo. Detto controllo dimostrava però che i saggi erano ricalcati su alcune pubblicazioni anteriori di A; nonostante ciò non costituivano “auto-plagi” evidenti.

Addirittura, i 3 saggi erano anche contenuti nell'elenco di “*deliverables*” mandato da A alla Commissione Europea al fine di ottenere il finanziamento (fine Marzo 2008).

In data 10.5., U chiedeva che entro il 15.5 gli venisse consegnato un elenco completo e firmato di tutti gli scritti pubblicati di A per poter verificare la qualità scientifica ed il “carattere autonomo” (cioè l'assenza di un auto-plagio) dei 3 saggi ricevuti.

In risposta, A mandava con posta elettronica un elenco dei suoi scritti con

data Febbraio 2008. U rifiutava quest'elenco e chiedeva la consegna di un elenco attualizzato e firmato a mano entro il 20.5. A rifiutava di presentare tale elenco. Successivamente, U dichiarava il recesso dal contratto di transazione. A replicava che in tal caso sarebbe rinato il vecchio obbligo del contratto di lavoro per una differenza di stipendio di 5000 €.

Può A chiedere 5000€ da U?

Soluzione

M. Cristina Carta

La vicenda in oggetto deve essere inquadrata all'interno della disciplina dettata dal Libro IV, Titolo III, Capo XXV del c.c. in materia di transazione⁷⁷.

In particolare, gli artt. 1965 ss. c.c. dispongono che la transazione è il contratto con il quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere fra loro. La presenza delle reciproche concessioni, con le quali ciascuno dei contraenti sacrifica parte delle proprie pretese in favore dell'altro, è indispensabile in quanto detto negozio può essere configurato unicamente se entrambe le parti sopportano un sacrificio per comporre la controversia insorta o che potrebbe insorgere⁷⁸.

Al riguardo appare opportuno precisare che le reciproche concessioni non devono necessariamente esaurirsi nell'ambito del rapporto controverso, potendo anche riguardare altri rapporti. Le parti, infatti, possono porre fine alla lite anche costituendo, modificando od estinguendo rapporti diversi da quelli oggetto della pretesa e della contestazione. I diritti che formano oggetto della lite devono, a pena di nullità, avere natura patrimoniale, purché a carattere non personale (come avviene per il diritto agli alimenti), ed essere nella disponibilità delle parti⁷⁹.

77 In materia di transazione si vedano *ex multis*: F. CARNELUTTI, *La transazione è un contratto?*, in *Riv. Dir. e Proc. Civ.*, I, 1953, p. 185 ss.; E. VALSECCHI, *Ancora sulla natura della transazione*, in *Riv. Dir. Comm.*, XLVII, 1950, p. 468 ss.; E. DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992; A. PALAZZO, *La transazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, XIII, Torino, 1985, p. 295 ss.; E. RETONDI, *La transazione nella giurisprudenza*, Milano, 1993; SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963; E. VALSECCHI, *Gioco e scommessa. Transazione*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 1954, p. 328 ss..

78 Al riguardo cfr. F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, 2010, p. 1065 ss.

79 In ordine alle reciproche concessioni v. F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*,

Strutturalmente si tratta di un contratto oneroso a prestazioni corrispettive che prescinde dall'accertamento della situazione controversa, superandola grazie alle concessioni che le parti si fanno reciprocamente: essa, pertanto, come evidenziato da autorevole dottrina e sancito dalla costante giurisprudenza di legittimità, non è un negozio di accertamento⁸⁰ giacché i contraenti non compongono la lite verificando la fondatezza delle rispettive pretese, ma dispongono dei propri diritti. Tale figura negoziale è, cioè, caratterizzata dal fatto che le parti, nell'esplicazione dell'autonomia negoziale, possono forgiare il contratto stesso in vario modo.

Stante il disposto di cui all'art. 1966 c.c. per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite, laddove detta capacità deve intendersi non come capacità d'agire, bensì come legittimazione a transigere⁸¹; è, infatti, prevista la nullità del contratto ogniqualvolta i diritti oggetto della transazione siano, per espressa previsione di legge o per loro stessa natura, sottratti alla disponibilità delle parti.

La transazione presuppone in primo luogo l'esistenza di una lite giudiziale o stragiudiziale (*res litigiosa*). Tradizionalmente si sostiene che, ai fini della validità della transazione, sia altresì necessario che l'accordo transattivo abbia ad oggetto una *res dubia*. Secondo la c.d. *teoria soggettiva*, prevalente in dottrina e giurisprudenza⁸², l'incertezza richiesta per la validità della transazione dovrebbe essere intesa come dubbio esistente nelle parti transigenti al momento della conclusione del contratto sull'esito della lite o circa la fondatezza delle reciproche pretese e la spettanza dei rispettivi diritti.

In forza di tali premesse, può agevolmente ricondursi il caso di specie ad

Napoli, 2007, p. 1269 ss.; F. CARRESI, *La transazione*, in *Trattato di dir. civ.*, Torino, 1954, p. 56.

80 Per quanto attiene le differenze intercorrenti fra transazione e negozio di accertamento si veda Cass. 15 febbraio 1963, n. 338, che evidenzia come mentre il negozio di accertamento è finalizzato alla conferma o convalida di un preesistente rapporto giuridico, in modo da rafforzarne e preservarne il vigore, pur con qualche eventuale modificazione accessoria o comunque parziale, che non ne alteri, però, il fondamentale contenuto, la transazione, che si realizza con reciproche concessioni, allo scopo di porre fine ad una lite già cominciata o di prevenirne una eventuale tra le parti, consiste in un regolamento di interessi, destinato a modificare sostanzialmente, ex art. 1965 c.c., o ad assorbire e sostituir ex art. 1976 c.c., quello precedente. Al riguardo v. R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino 1942; E. VALSECCHI, *Transazione e negozio di accertamento*, in *Riv. Dir. Comm.*, XLI, 1944, p. 181 ss.

81 Al riguardo v. F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, cit.

82 Cfr. Cass. 29 marzo 1985, n. 2207 in www.dejure.it; Cass. 13 maggio 1996, n. 4448, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 6, p. 616 nonché Cass. 1 settembre 1995, n. 9229, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, p. 1587.

un'ipotesi tipica di transazione, posto che U ed A decidono di stipulare detto negozio proprio al fine di prevenire una lite giudiziale in ordine al disaccordo insorto nell'ambito del contratto di lavoro circa la questione relativa al versamento dei contributi previdenziali ed alla cassa malattia. Se, infatti, risultasse che detti contributi devono essere versati dai fondi dell'U.E., ricevuti da U per finanziare il contratto di lavoro a tempo determinato con A, lo stipendio di quest'ultimo dovrebbe essere decurtato dell'importo di € 5000, onde evitare una perdita di U.

Tramite la stipula del secondo negozio, avente natura transattiva, invece, le parti concordemente decidono di prescindere dall'accertamento della fondatezza delle rispettive pretese, e superano le problematiche connesse alla situazione controversa attraverso la previsione di reciproche concessioni. Nello specifico A si impegna a redigere tre saggi da pubblicare nella rivista di U, per i quali riceverà un compenso di 15000€ ed al contempo, quale controprestazione per la conclusione della transazione, acconsente a ricevere, per tutta la durata del contratto di lavoro a tempo determinato, uno stipendio ridotto di 5000 €, che verranno versati da U a titolo di contributi.

In realtà, merita in primo luogo evidenziare come, stante il disposto di cui all'**art. 2113 c.c.** secondo cui *“le rinunzie e le transazioni, che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi concernenti rapporti di cui all'art. 409 del codice di procedura civile, non sono valide”*, nell'ordinamento italiano il contratto di transazione concluso tra A ed U sarebbe nullo, proprio perché avente ad oggetto **diritti irrinunciabili ed indisponibili del lavoratore** (quali sono appunto la retribuzione o il riconoscimento dei contributi previdenziali) derivanti da norme inderogabili. Pertanto, ai fini della soluzione del caso pratico in esame, ben si potrebbe sostenere il diritto di A ad eccepire in giudizio la nullità dell'accordo transattivo, con conseguente reviviscenza degli obblighi derivanti dal primo contratto di lavoro subordinato stipulato inizialmente tra le parti.

Tuttavia, una volta compiuta tale doverosa premessa, si procederà ora all'analisi delle ulteriori soluzioni prospettabili per la vicenda *de qua*, a prescindere dall'applicabilità dell'art. 2113 c.c. sopra richiamato, e soffermandosi piuttosto sulla natura giuridica della forma contrattuale in esame e sulle diverse tipologie di transazione contemplate dall'ordinamento italiano.

Tornando all'inquadramento generale dell'istituto in esame, merita precisare che il fulcro del contratto di transazione è rappresentato dalle reciproche concessioni fatte dalle parti, laddove del tutto irrilevante è la proporzione tra le stesse, non potendo essere detto contratto impugnato per causa di lesione *ex art. 1970 c.c.* In particolare, la rescindibilità per lesione del negozio transattivo è esclusa in quanto non sarebbe possibile effettuare una comparazione obietti-

va tra *l'aliquid datum* e *l'aliquid retentum*; e ciò in quanto potrebbero rilevare valutazioni soggettive tali da indurre un soggetto ad accettare il negozio transattivo, seppur non equilibrato.

In siffatte ipotesi dette scelte rappresentano, infatti, una insindacabile esplicazione della volontà delle parti all'interno dell'autonomia negoziale, riconosciuta a ciascuna di esse *ex art.* 1322 c.c. Resta fermo il limite della non contrarietà delle reciproche concessioni a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume, pena l'illiceità della transazione.

Ai fini della soluzione del caso di specie è bene ora soffermarsi sulle diverse tipologie di transazione normativamente previste nel nostro ordinamento. Accanto alla **transazione semplice**, di cui al co. 1 dell'art. 1965 c.c., nella quale le parti affiancano l'accordo transattivo al precedente regolamento di interessi, il legislatore ha previsto al comma 2, la **transazione mista** che si ha ogni qualvolta, attraverso le reciproche concessioni, si vanno a creare, modificare o estinguere rapporti *diversi* da quelli che hanno formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti, senza che ciò comporti l'estinzione del rapporto obbligatorio originario. Entrambe queste figure rientrano all'interno della generale categoria della transazione c.d. conservativa⁸³.

La transazione, infine, può anche essere **novativa** e ricorre nell'ipotesi in cui le parti intendano estinguere il precedente rapporto obbligatorio, sostituendolo integralmente con un nuovo regolamento di interessi, differente per titolo e/o oggetto, che ha la propria fonte nella transazione stessa⁸⁴.

In particolare, stante quanto affermato dalla Suprema Corte «*l'atto transattivo avente natura novativa è funzionalizzato a mutare il titolo o ad estinguere le pregresse posizioni soggettive, costituendone al loro posto altre distinte ed autonome*⁸⁵».

Più sinteticamente può affermarsi che, mediante le reciproche concessioni,

83 Cfr. Cass. 13 maggio 2010, n. 11632, secondo cui: «*nella transazione c.d. conservativa, con cui le parti si limitano a regolare il rapporto preesistente mediante reciproche concessioni, senza crearne uno nuovo (come avviene nel caso di transazione novativa), il rapporto che ne discende è comunque regolato dall'accordo transattivo e non già da quello che in precedenza vincolava le parti medesime, con la conseguenza che la successiva scoperta di inadempimenti non rilevanti al momento della transazione può essere eventualmente fatta valere con l'impugnazione per errore dell'accordo transattivo, siccome rilevante ove abbia ad oggetto il presupposto della transazione e non già le reciproche concessioni*».

84 Al riguardo v. R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, 382 ss.

85 Cass. 11 agosto 2000, n. 10657, in *Rep. Foro It.*, 2000, p. 6730.

che costituiscono elemento essenziale del negozio transattivo, le parti possono:

- incidere sul rapporto che è oggetto della lite, modificandolo (*transazione semplice*);
- creare, modificare o estinguere rapporti diversi da quello che è oggetto della pretesa e della contestazione delle parti (*transazione mista o complessa*);
- sostituire integralmente la situazione preesistente (*transazione novativa*);

Orbene, il problema sollevato dalla traccia attiene proprio alla **qualificazione giuridica** della transazione stipulata da U ed A; nel caso in esame è, cioè, necessario comprendere se trattasi di transazione meramente conservativa ovvero novativa, essendo ben differenti gli effetti giuridici dalle stesse scaturenti e gli strumenti previsti dall'ordinamento italiano per far valere giudizialmente le ragioni delle parti.

È bene precisare sin da ora come fondamentale rilevanza rivesta, ai fini della prospettazione delle possibili soluzioni da fornire al caso oggetto di trattazione, l'**art. 1976 c.c.**, secondo cui la risoluzione della transazione per inadempimento non può essere richiesta se il rapporto preesistente è stato estinto per novazione, salvo che le parti abbiano espressamente pattuito diversamente⁸⁶.

La poca chiarezza del dettato normativo, impedisce di delineare con immediatezza il contenuto novativo che caratterizza tale forma transattiva. Ciò nonostante il punto nodale che in questa sede rileva è fornito dal seguente assunto: mentre con la transazione mista ci si limita unicamente a modificare la situazione preesistente da cui scaturisce la controversia, la transazione novativa opera, invece, una sostituzione integrale di tale situazione.

Ed invero, la dottrina è solita parlare di effetto preclusivo della transazione mista, in forza del quale esula dall'oggetto del procedimento qualsiasi indagine concernente il rapporto preesistente alla transazione, il quale rimane una realtà a sé stante, che il negozio transattivo non può né eliminare né, per quanto riguarda il passato, modificare⁸⁷.

Con la transazione conservativa (semplice o mista), ovvero quella non novativa, quindi, le parti non eliminano il precedente rapporto e la relativa fonte negoziale, i quali permangono nei sensi e con le modifiche di cui alla transa-

86 In tal senso cfr. Cass. 10 febbraio 2003, n. 1946, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, p. 293 e Cass. 15 novembre 1997, n. 11330, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 2184 e Cass. 11 agosto 2000, n. 10657, in *Rep. Foro It.*, p. 6730.

87 Sulla natura giuridica della transazione v. M. SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 252 ss.

zione stessa, che, tuttavia, non muta e soprattutto non estingue il rapporto precedente⁸⁸.

Pertanto, mentre la transazione propria si affianca al precedente rapporto, convivendo con esso, la transazione novativa lo estingue sostituendosi integralmente ad esso⁸⁹.

L'efficacia dispositiva della transazione, dunque, fa sì che questa innovi il rapporto preesistente laddove ciò che varia è unicamente la misura di tale innovazione, che può risolversi in una mera modificazione della realtà oggetto della controversia oppure nella sua estinzione e nella costituzione di una situazione nuova, di cui la transazione si pone come fonte esclusiva.

La giurisprudenza di legittimità ha al riguardo precisato che: «*la transazione novativa è riscontrabile solo ove la manifestazione della volontà delle parti, oltre a risolvere o prevenire una lite mediante rinuncia reciproca anche parziale alle proprie pretese, è diretta a modificare, estinguendola, la situazione negoziale precedente e ad instaurarne una nuova, di modo che tra i due rapporti, il vecchio ed il nuovo, vi sia una condizione di obiettiva incompatibilità*»⁹⁰.

Ciò che è necessario, quindi, ai fini della ricorrenza di un'ipotesi di transazione novativa, è che le stesse parti palesino la volontà di instaurare tra di loro un nuovo rapporto⁹¹, estinguendo quello originario, dando a tale volontà forma e contenuto adeguati⁹².

Più nello specifico la Suprema Corte ha statuito che: “*per determinare il carattere conservativo o novativo della transazione, occorre accertare se le parti, nel comporre l'originario rapporto litigioso, abbiano inteso o meno addivenire alla conclusione di un nuovo rapporto, diretto a costituire, in sostituzione di quello precedente, nuove autonome situazioni*”⁹³.

In ordine ai criteri volti ad accertare se la transazione abbia sostituito la

88 Sarà, pertanto, compito del giudice accertare la disciplina convenzionale data dalle parti al rapporto a seguito della transazione. Tale accertamento, trattandosi di interpretazione del contratto, costituisce questione di fatto che dà luogo a valutazioni incensurabili in sede di legittimità, se congruamente motivate. Cfr. Cass. 16 novembre 1978, n. 5295 ed anche Trib. Milano 1 gennaio 1993.

89 L'utilizzo del termine novazione sarebbe pertanto, da attribuire proprio all'effetto sostitutivo ed al contempo estintivo che è tipico della novazione ex art. 1230 c.c., che costituisce all'interno dell'ordinamento italiano uno dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento.

90 Cass. 19 maggio 2003, n. 7830, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, p. 5.

91 Cass. 14 giugno 2006, n. 13717, in *Obbligazioni e contratti (s.m.)*, 2007, I, p. 13, con nota di R. CAMPAGNOLO.

92 Cass. 28 febbraio 2006, n. 4455, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, p. 2.

93 Cass. 13 dicembre 2005, n. 27448, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, p. 12.

preesistente situazione creandone una nuova, merita evidenziare che dottrina e giurisprudenza ne hanno individuati sostanzialmente due. Da un lato quello retrospettivo che, prestando attenzione all'oggetto della lite, scorge l'effetto novativo quando la lite investa il contenuto della situazione controversa.

Dall'altro quello riguardante l'ambito della transazione rispetto alla lite e, pertanto, il contenuto del contratto e l'assetto d'interessi da esso prodotto, sicché è la stessa transazione, a prescindere dall'oggetto della lite, ad indurre la sostituzione del rapporto. Si produce così un effetto pienamente innovativo anche rispetto ad un titolo non controverso quando la pretesa sia totalmente abbandonata dietro un corrispettivo che può essere del carattere più vario, art. 1965 comma 2 c.c.

Alla luce di tali rilievi, è possibile affermare che la transazione produce l'effetto di costituire una nuova situazione di cui è la fonte esclusiva, non solo quando la lite investe il titolo della realtà controversa, ma anche quando, investendone alcuni aspetti, le parti intendano comporre la controversia, modificando l'oggetto del rapporto e svincolando, di conseguenza, la nuova situazione dalla precedente, la cui funzione non è più realizzabile perché il nuovo autoregolamento soddisfa un interesse diverso. Ciò significa sostanzialmente che l'obbligazione scaturente dal negozio transattivo è, nella transazione novativa, autonoma ed indipendente rispetto al rapporto precedente. In mancanza di questi presupposti la transazione non estingue, ma semplicemente modifica la situazione antecedente, ponendo un comando complementare la cui efficienza dipende da quella della fonte del rapporto originario.

Orbene, il concorso della regola transattiva con il regolamento della situazione originaria, o comunque con il fatto che l'ha generata, produce importanti diversità di regime rispetto all'ipotesi che sia la transazione la fonte esaustiva del nuovo rapporto, dietro al quale la precedente situazione svanisce.

A tal proposito deve ribadirsi quanto sopra anticipato ovvero che l'unica causa di risoluzione esplicitamente disciplinata in tema di transazione è l'inadempimento *ex art.* 1976 c.c., che comporta quale conseguenza immediata la restituzione del rapporto oggetto dell'accordo transattivo nella situazione giuridica preesistente, facendo risorgere tutte le ragioni, azioni ed eccezioni di cui potevano disporre originariamente le parti⁹⁴.

94 Cfr. Cass. 22 aprile 1968, n. 1238 ed anche Cass. 28 agosto 1993, n. 9125; quest'ultima in *Foro it.*, 1995, I, p. 1601 (con nota di COSENTINO) secondo cui «l'art. 1976 c.c., che esclude la possibilità di chiedere la risoluzione della transazione per inadempimento quando il rapporto preesistente è stato estinto per novazione, a meno che non sia stato diversamente stabilito dalle parti, comporta una eccezione ai principi generali della risoluzione dei contratti a prestazioni corrispettive, nei quali il venir meno del sinallagma funzionale, qualunque ne sia la causa, comporta sempre la

Tuttavia, detta regola generale soffre di un'importante eccezione, dettata dal Legislatore in materia di transazione novativa. Infatti, qualora il rapporto contestato sia stato totalmente sostituito, l'esclusione della risoluzione per inadempimento si giustifica in quanto non può pensarsi che lo scioglimento del rapporto nato dalla transazione faccia rivivere un rapporto che è stato cancellato dalle stesse parti. La transazione novativa, pertanto, non può essere risolta per inadempimento, salvo patto contrario⁹⁵.

Sul punto i giudici di legittimità hanno statuito che: “*soltanto qualora in una transazione avente carattere novativo sia pattuita la clausola risolutiva espressa per il caso di inadempimento, il verificarsi della condizione risolutiva determina la piena e completa riviviscenza del rapporto originario*”⁹⁶.

Nella transazione propria, invece, la permanenza del titolo originario come fonte della situazione su cui la transazione è intervenuta fa sì che esso conservi i suoi caratteri. Dalla mancanza dell'effetto novativo consegue, inoltre, che le azioni presidianti il titolo originario, se non ineriscono alle situazioni superate dalla transazione, sopravvivono ad essa e potranno esperirsi autonomamente.

Di conseguenza, mentre la risoluzione per inadempimento della transazione propria o conservativa è sempre possibile, a meno che le parti non abbiano convenuto diversamente, non lo è altrettanto per quella novativa, che rimane, in linea di principio, irresolubile salvo contraria pattuizione delle parti, di solito disposta mediante clausola risolutiva espressa *ex art.* 1456 c.c.

La *ratio* del differente regime viene individuata nella volontà implicita, ravvisata nel ricorso alla transazione novativa, che le parti hanno esternato di ritenere definitivamente eliminato il rapporto iniziale, escludendone così la riviviscenza che costituisce la normale conseguenza della risoluzione.

La transazione propria non fa venir meno l'originario rapporto tra le parti e, quindi, nel caso in cui ne venisse accertata dal giudice la risoluzione per inadempimento, il processo eventualmente instaurato proseguirà sulle domande *ab origine* formulate. Diversamente, la transazione novativa, che include effetti estranei al pregresso rapporto, andrà integralmente a sostituirsi a questo.

Volendo applicare i principi sopra enunciati al caso concreto, è ora possibile prospettare due diverse soluzioni, alternativamente sostenibili a seconda che si sia chiamati a tutelare le ragioni di A (lavoratore) o di U (datore di lavoro). In particolare:

Può, in primo luogo, ritenersi che il negozio posto in essere da A ed U confi-

caducazione del contratto medesimo».

95 Cass. 28 agosto 1993, n. 9125, in *Foro it.*, cit.

96 Cass. 9 agosto 1969, n. 2974, in *Mass. Giust. civ.*, 1969, p. 1533.

guri una transazione propria o conservativa (mista), in forza della quale i contraenti hanno voluto creare un rapporto diverso da quello che ha formato oggetto della lite. A mezzo della transazione, cioè, le parti non hanno inteso procedere all'eliminazione del rapporto pregresso e della relativa fonte negoziale (contratto di lavoro a tempo determinato), i quali rimangono in essere, seppure alla luce delle modifiche di cui alla transazione. Conseguentemente, i rapporti tra U ed A continuano ad essere regolati dal primo contratto, laddove le problematiche sorte in seno ad esso in ordine alle differenze retributive di A – imputabili al versamento da parte di U dei contributi previdenziali e della cassa malattia – vengono risolte secondo le pattuizioni di cui alla transazione, senza che ciò comporti alcuna estinzione delle obbligazioni scaturenti dal primo sinallagma.

In tale ottica, A ed U, nel comporre l'originario rapporto litigioso, non avrebbero inteso stipulare un nuovo negozio, in sostituzione di quello precedente, ma semplicemente affiancare ad esso una differente regolamentazione dei reciproci interessi. La transazione sarebbe, infatti, semplicemente caratterizzata dalla presenza di una previsione complementare in riferimento al corrispettivo spettante ad A per la redazione dei saggi scientifici commissionati da U, volta ad eliminare qualsivoglia pretesa di A in ordine ai 5000 € di differenze retributive.

Il principale dato che, nella fattispecie in esame, potrebbe far propendere per tale soluzione è rappresentato dalla sostanziale identità dell'oggetto e del titolo dei contratti (lavoro a tempo determinato e transazione), posto che in entrambi viene in rilievo la prestazione lavorativa (intellettuale) di A, a cui corrisponde come controprestazione la retribuzione riconosciutagli da U.

Un secondo elemento a sostegno della tesi in oggetto potrebbe eventualmente rinvenirsi nel dato temporale; nella traccia, al riguardo, si dice soltanto che il disaccordo dal quale sarebbe potuta scaturire una lite è insorto “dopo la conclusione del contratto di lavoro subordinato”. Sul punto si pone in evidenza come, qualora risultasse che l'accordo transattivo sia stato stipulato quando ancora era in essere il rapporto di lavoro a tempo determinato (ovvero prima del 31.03.2008), anche da tale circostanza potrebbe evincersi la volontà delle parti di conservare le obbligazioni nascenti dal primo rapporto, seppur con le modifiche di cui alla transazione medesima.

Stante tale prima soluzione, resterebbe immutato il rapporto di lavoro subordinato tra A ed U, a cui però si affiancherebbe un secondo negozio in forza del quale, a fronte della redazione di tre saggi scientifici da pubblicare nella sua collana, U corrisponderebbe ad A complessivi € 15000, andando così al contempo a dirimere una potenziale lite in ordine al versamento dei contributi in favore di A.

Al riguardo la giurisprudenza ha affermato che: *«nell'ipotesi in cui un rapporto venga fatto oggetto di una transazione non a novativa, la mancata estin-*

zione del rapporto originario discendente da quel carattere della transazione, significa non già che la posizione delle parti sia regolata contemporaneamente dall'accordo originario e da quello transattivo, bensì soltanto che l'eventuale venir meno di quest'ultimo fa rivivere l'accordo originario, al contrario di quanto invece accade qualora le parti espressamente od oggettivamente abbiano stipulato un accordo transattivo novativo, cioè implicante il venir meno in via definitiva dell'accordo originario, nel qual caso l'art. 1976 c.c. sancisce, con evidente coerenza rispetto allo scopo perseguito dalle parti, l'irrisolubilità della transazione (salvo che il diritto alla risoluzione sia stato espressamente pattuito). Ne consegue che, allorquando venga chiesta da una delle parti la risoluzione per inadempimento di una transazione non novativa, correttamente il giudice di merito esamina esclusivamente la posizione di adempimento o meno delle parti in relazione alla sola transazione e non anche all'accordo originario⁹⁷».

Orbene, se si ritiene che quella stipulata da U ed A sia una transazione c.d. conservativa, ben potrebbe U richiedere la risoluzione del contratto di transazione per inadempimento ex art. 1976 c.c. A sostegno delle proprie ragioni U potrà sottolineare l'inadempimento della controparte rispetto alle pattuizioni di cui alla transazione, eccettuando il carattere "non autonomo" dei tre articoli consegnatigli da A (ipotesi di auto plagio sebbene non evidente), nonché l'inosservanza da parte di quest'ultimo del dovere di correttezza e buona fede, consistita nel non fornire l'elenco dei suoi scritti attualizzato e firmato a mano, ma datato febbraio 2008 ed inviato soltanto via e-mail.

U potrà, altresì, giustificare la propria domanda di risoluzione del contratto transattivo evidenziando come la non originarietà dei saggi sia dimostrata anche dal fatto che gli stessi fossero contenuti nell'elenco del "deliverables" mandato da A alla Commissione Europea alla fine del suo finanziamento (marzo 2008) e che, alla luce di ciò, gli stessi sarebbero stati redatti nel periodo marzo/aprile 2008 e non in quello previsto nella transazione (aprile 2008)⁹⁸.

97 Cass. 26 gennaio 2006, n. 1690, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, p. 1; conforme: Cass. 16 novembre 2006, n. 24377, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, p. 11.

98 Sul punto è appena il caso di evidenziare come la buona fede in senso oggettivo, intesa quale regola comportamentale, costituisca una specificazione del più generale dovere di correttezza che l'art. 1175 c.c. impone alle parti e che assume valenza programmatica e precettiva. Stante tale accezione, la buona fede quale fonte di integrazione del contratto, rappresenta una clausola generale intesa a fissare le regole di condotta alle quali le parti contrattuali devono attenersi, anche alla luce del fondamentale principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. Essa si sostanzia, dunque, nel generale dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione attiva o passiva negozialmente attribuita, determinando così integrativamente il contenuto e gli effetti del contratto. Avvalendosi di tali argomentazioni, U potrà pertanto richiedere, ac-

In seguito alla risoluzione del secondo negozio, poiché comunque la transazione propria non estingue l'originario rapporto tra le parti, soltanto se venisse accertato che i contributi previdenziali ed alla cassa malattie devono essere stornati dai fondi ricevuti da U per finanziare il contratto di lavoro con A, quest'ultimo avrà diritto a ricevere i 5000 € di differenze retributive ai quali aveva rinunciato con la stipula dell'accordo transattivo.

Nel caso in cui, *ex adverso*, si ritenga che la fattispecie in esame sia inquadrabile all'interno della disciplina dettata in materia di transazione novativa, l'accordo transattivo comporterà l'estinzione del precedente rapporto contrattuale, andando così a sostituire integralmente il contratto di lavoro a tempo determinato intercorso tra le parti.

Al riguardo la Suprema Corte ha affermato che: «*si ha transazione novativa qualora sussistano contestualmente due elementi, uno di natura oggettiva e uno di natura soggettiva: sul piano oggettivo è necessario le parti, onde risolvere o prevenire una lite, siano addivenute ad una rinuncia reciproca, anche parziale, alle proprie pretese, volta a modificare estinguendola, la situazione negoziale precedente e ad instaurarne una nuova in quanto tra i due rapporti, il vecchio e il nuovo, vi sia una situazione di obiettiva incompatibilità. Sul piano soggettivo, è necessario che sussista una inequivoca manifestazione di volontà delle parti in tal senso, ovvero che esse abbiano palesato il loro intento di instaurare tra loro un nuovo rapporto e di estinguere quello originario, dando a tale volontà forma e contenuto adeguati*⁹⁹».

Diversi sono gli elementi che potrebbero far propendere per tale soluzione. Il dato di maggior rilevanza in tal senso è sicuramente rappresentato dal punto 4 di cui alla transazione stipulata da A ed U in forza del quale: “*con la conclusione di tale contratto si estinguono tutte le altre pretese tra le parti*”. Tale clausola enuncerebbe, cioè, in forma chiara e precisa l'espressa volontà delle parti di addivenire ad una transazione novativa contenente una nuova regolamentazione degli interessi delle parti.

In secondo luogo, anche per sostenere tale seconda tesi potrebbe rivestire particolare importanza il dato temporale. Se, infatti, il contratto di transazione fosse stato stipulato dai contraenti immediatamente dopo la scadenza del contratto a tempo determinato (31.03.2008), ciò comporterebbe non un semplice affiancamento di disciplina, ma un'integrale sostituzione del primo contratto con una nuova regolamentazione degli interessi. Di regola, infatti, con la transazione novativa le parti creano un nuovo vincolo giuridico, incompatibile con

canto alla risoluzione per inadempimento, anche il risarcimento del danno ex art. 1223 c.c.

99 Cass. 28 febbraio 2006, n. 4455, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, p. 2.

quello preesistente e direttamente scaturito dalla novazione così realizzata.

Secondo tale indirizzo interpretativo, con il nuovo contratto, stipulato al fine di evitare una lite giudiziale, A avrebbe definitivamente rinunciato alla somma di 5000 € (potenzialmente spettantegli quali differenze retributive) ed avrebbe altresì acconsentito ad addivenire ad una nuova regolamentazione degli interessi, che andasse a sostituirsi *in toto* alla prima, impegnandosi a redigere 3 saggi scientifici da pubblicarsi nella collana di U, verso corrispettivo di 15000 €. Stante tale nuovo assetto di interessi, a fronte di una nuova prestazione lavorativa da parte di A, U dovrebbe corrispondere a quest'ultimo 5000 € per ciascun saggio scientifico, senza più alcun riferimento alla precedente situazione contrattuale tra le parti, ormai esaurita.

Orbene, se si ritiene di dover sussumere la fattispecie concreta all'interno della disciplina dettata in materia di transazione novativa, sarà necessario tenere in giusta considerazione un ulteriore aspetto. Deve, infatti, evidenziarsi che la dottrina e la giurisprudenza pressoché unanime affermano la inammissibilità della risoluzione per inadempimento di questo tipo di transazione, salvo che il contratto non preveda una clausola compromissoria espressa (non prevista nel caso in esame).

In ragione di tale orientamento interpretativo, pertanto, U non potrà eccepire in giudizio l'eventuale inadempimento di A e dovrà comunque versare in suo favore i 15.000 € pattuiti per aver questi redatto e consegnato i 3 saggi scientifici nei termini e secondo le modalità di cui all'accordo transattivo.

Al fine di dimostrare le proprie ragioni, in merito al fatto che i saggi consegnati all'Istituto di ricerca si basassero su delle sue pubblicazioni anteriori, A potrà, per parte sua, porre in evidenza come l'unica indicazione prevista sul punto nella transazione, prevedeva che dovesse trattarsi di saggi inerenti temi a sua scelta senza che, tuttavia, vi fosse alcun esplicito riferimento al necessario "*carattere autonomo*" degli stessi. Inoltre, sempre a sostegno della correttezza della sua condotta, A potrà altresì eccepire che, in considerazione dello stretto lasso temporale previsto per la redazione dei tre articoli (1.4.2008/30.4.2008), ben avrebbe potuto U immaginare che non si trattasse di testi totalmente inediti, essendo quantomeno inverosimile che A potesse procedere alla redazione *ex novo* degli stessi in così breve tempo.

Ad ogni modo, anche qualora U fosse in grado di dimostrare l'inadempimento di A, resta fermo il principio secondo cui, in assenza di una clausola risolutiva espressa, egli non potrebbe agire giudizialmente per ottenere la risoluzione della transazione, in quanto a ciò osterebbe il disposto di cui all'art. 1976 c.c.

Caso 4: Successioni e Donazioni

La 75enne V è proprietaria di una casa bifamiliare con terreno a Brema. Poiché vuole trasferirsi da suo figlio ad Amburgo, vende a K con un contratto notarile la casa di Brema per il prezzo di 250000€ in Febbraio 2012. Davanti al notaio Not1, le parti concludono anche il contratto di trasferimento di proprietà ed autorizzano il notaio a richiedere la registrazione della transazione nel registro immobiliare non appena K avrà versato il prezzo sul conto del notaio.

Dopo che suo figlio ha convinto V che il prezzo di vendita era troppo basso, V, di nuovo con un contratto notarile, rivende la stessa casa a N per il prezzo di 310000€ il 20.3.2012. Anche in questo caso, le parti concludono il contratto di trasferimento di proprietà davanti ad un notaio (Not2) e stipulano inoltre una riserva di priorità in favore di N (Auflassungsvormerkung ai sensi del § 883 BGB). La riserva viene registrata sul registro immobiliare il 10.4.2012.

Dopo che K ha pagato il prezzo, il primo notaio richiede in data 30.04.2012 la registrazione della transazione nel registro immobiliare. La registrazione di K come nuovo proprietario avviene il 29.5.2012.

Quando Not2 vuole procedere alla registrazione della proprietà di N, l'ufficiale del registro rifiuta ciò in assenza di una prova del consenso di K.

1) Può N ancora diventare proprietaria della casa? Cosa deve chiedere da K per raggiungere quest'obiettivo?

2) Ammettiamo che V e N abbiano indicato al notaio Not2 un prezzo di vendita fittizio, cioè solo 200.000€ invece di 310.000€, per risparmiare sulle tasse. Cambia la soluzione giuridica del caso?

3) Ammettiamo che grazie alla riserva di priorità, N venga registrata come nuova proprietaria il 20.7.2012 e chiedi a K la consegna della casa. Però nel frattempo, K ha fatto installare un nuovo sistema di riscaldamento nella casa per 25000€, il che ha aumentato il valore della casa di 20000€. N considera questi lavori come utili (e li avrebbe fatti anche lei) ma non ritiene di dover compensare K. Può N richiedere la consegna della casa da K?

Soluzione

Giovanni Brianda

Bibliografia: BIANCA C. M., *Diritto Civile, Il contratto*, Vol. III, Milano, 2008; CANDIAN A., *Garanzie Finanziarie (diritto comunitario)*, in *Enciclopedia del diritto*, 2012, p. 612 e ss.; CAPOZZI G., *Dei singoli Contratti*, Milano, 1988; CAPOZZI G., *Il tramonto del consensualismo*, in *Dir. e Giur.*, 1980, p. 743; CARINGELLA F. BUFFONI L., *Manuale di diritto civile*, Roma, 2013; FERRARA F., *Teoria del negozio illecito*, Padova, 1914; GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, Vol. II, Padova, 2009; GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006; LUMINOSO A., *Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, in *I contratti tipici e atipici*, Milano, 1995; MARICONDA G., *La trascrizione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, vol. XIX, Torino, 1985; MASI A., *Il possesso, la nuova opera e il danno temuto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Vol. VIII, Torino, 1982; MATTEO L., in *Comm. cod. civ.*, diretto da Cendon, vol. IV, Torino, 1999; NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti dalle lezioni*, II, Milano, 1964; PUGLIATTI S., *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965; ROMANO S., *La pretesa nullità di negozi elusivi di norme fiscali*, in *I Contratti*, 12/2008, p. 1162; ROPPO V., *Il Contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica-Zatti, Milano, 2011; TORRENTE A. SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2011; TROISI B. CICERO C., *I possessi*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato*, Napoli, 2005.

Premessa

Il presente lavoro, che prende le mosse dalla soluzione di un caso concreto, ha lo scopo di rappresentare un'occasione di riflessione su aspetti particolarmente interessanti in materia di principio consensualistico e sue conseguenze applicative (anche con riferimento alle esperienze al proposito maturate in altri ordinamenti), trascrivibilità della vendita di cosa altrui, effetti della simulazione del prezzo nella compravendita immobiliare e quantificazione del rimborso in caso di miglioramenti effettuati dal possessore. L'ottica adottata è stata quella di sfruttare i problemi concretamente sottoposti come spunto per vagliare, analizzare ed approfondire le fattispecie astratte sottese al caso, fino a giungere, conclusivamente, a soluzioni (si spera) giuridicamente accettabili. Per perse-

guire tale risultato si è voluto fare ricorso ad uno stile volutamente “ibrido”, a mezza via tra lo scritto scientifico ed il parere legale.

Il c.d. “principio consensualistico” o del “consenso traslativo” è sancito dall’art. 1376 c.c., secondo il quale «*nei contratti aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato*».

L’impostazione accolta dal legislatore italiano, così come da quello francese e portoghese, si discosta nettamente dalle scelte effettuate in altri contesti normativi. Occorre fare riferimento, in particolare, a quello tedesco, nel quale le esigenze di sicurezza e certezza dei traffici giuridici hanno notoriamente assunto una valenza particolare e, prima ancora, a quello della Roma antica.

In effetti, è noto come nel diritto romano, ai fini della produzione dell’effetto reale, per il completamento della fattispecie negoziale fosse necessaria la consegna materiale della cosa, non essendo in realtà sufficiente la semplice prestazione del consenso. Si distingueva, pertanto, tra *titulus acquirendi* (ossia il contratto intercorso tra le parti) e *modus acquirendi* (rappresentato da particolari istituti di trasmissione del possesso come la *mancipatio*). Analoga costruzione giuridica è rinvenibile, seppur con forme differenti ed evolute, nel diritto germanico, nel quale ad un contratto con effetti esclusivamente obbligatori deve poi necessariamente seguire sia un altro contratto che trasferisca la proprietà del bene sia l’atto della consegna, con riferimento ai beni mobili, ovvero l’intavolazione, con riferimento agli immobili¹⁰⁰.

In Italia, Francia e Portogallo, come invece si accennava, l’effetto del trasferimento della proprietà, o di altro diritto, non richiede alcun atto materiale né giuridico, poiché la consegna rappresenta soltanto un’obbligazione contrattuale: se il venditore non consegna il bene compravenduto al compratore, quest’ultimo può agire certamente in giudizio per far valere l’inadempimento della controparte ma, comunque, è già divenuto proprietario del bene.

Nei paesi di *common law*, ancora, si accoglie il principio in base al quale è la volontà delle parti stesse a determinare il momento in cui deve verificarsi l’effetto traslativo: nel caso in cui tale volontà non risulti dal regolamento contrattuale, si presume che i contraenti abbiano voluto trasferire la titolarità del diritto per effetto del mero consenso.

In Italia, la circostanza che il consenso, eventualmente prestato anche sol-

100 Per brevi approfondimenti sul punto cfr. BIANCA C. M., *Diritto Civile, Il contratto*, Vol. III, 2008, p. 528 e ss. e CARINGELLA F. BUFFONI L., *Manuale di diritto civile*, 2013, p. 892 e ss.

tanto verbalmente o per *facta concludentia*, sia sufficiente a produrre l'effetto reale pone il problema della tutela dei terzi, sia relativamente ad un generico interesse di conoscere chi sia il proprietario di un certo bene, sia con riferimento alla più concreta possibilità, per la verità neanche tanto remota, che il bene da essi acquistato provenga in realtà *a non domino*¹⁰¹.

E' in funzione di tale esigenza che, storicamente, ha assunto significato la distinzione tra requisiti di validità e requisiti di opponibilità del contratto, individuabili questi ultimi, in caso di beni mobili, nell'alveo delle norme di cui agli artt. 1153 e ss. c.c. e, in caso di beni immobili e mobili registrati, nelle disposizioni dettate in materia di trascrizione dagli artt. 2643 e ss. c.c.¹⁰².

In pratica, soltanto nel caso in cui venissero rispettate le regole ora ricordate il compratore potrebbe ritenersi al sicuro da eventuali pretese avanzate da terzi sul medesimo bene. Al contrario, in caso di disputa con il venditore, egli sarebbe da considerarsi proprietario sulla base tanto del già citato art. 1376 c.c. quanto delle norme che disciplinano i requisiti di validità e gli effetti del contratto.

In altre parole, lo stesso soggetto, il compratore, potrebbe essere qualificato come proprietario rispetto al suo dante causa, il venditore, ma non rispetto ad ulteriori soggetti, i terzi, che avessero acquisito diritti sulla cosa conseguendone il possesso o trascrivendo per primi il proprio acquisto. La disputa tra questi e il compratore verrebbe risolta in favore dei primi, e ciò rappresenta il necessario temperamento al principio consensualistico, il quale, se applicato rigidamente, richiederebbe di dare prevalenza a chi abbia acquistato prima il bene secondo il noto criterio "*prior in tempore potior in iure*". Tuttavia, è evidente come il mero criterio cronologico sarebbe foriero di dubbi ed incertezze, soprattutto con riguardo alle transazioni (la maggior parte) che possono essere concluse senza il rispetto di alcuna formalità particolare. Si spiega, pertanto, perché il nostro legislatore abbia effettuato le scelte sopra riportate.

E' opportuno, allora, chiedersi il motivo di opzioni tanto differenti tra ordinamenti, quello italiano e tedesco, in realtà storicamente prossimi sotto molteplici punti di vista.

101 Infatti, sulla base del noto principio "*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*" la cessione di un diritto da parte del soggetto che, in realtà, non ne è il vero titolare non potrebbe produrre alcun effetto.

102 Così, a prescindere dall'avvenuto passaggio di proprietà tra alienante ed alienatario in virtù del principio consensualistico, l'acquisto di beni mobili sarà opponibile ad eventuali terzi se la consegna del bene sarà avvenuta sulla base di un titolo idoneo e in presenza della buona fede dell'acquirente, mentre quello di beni immobili e mobili registrati se si sarà adempiuto all'onere pubblicitario di iscrizione del relativo atto nei pubblici registri.

La spiegazione va ricercata nelle diverse valutazioni di fondo operate dai singoli legislatori, i quali hanno inteso dare diversa soluzione al problema del bilanciamento tra interessi e valori confliggenti. Si può dire, in altre parole, che le diverse discipline poggino su basi di politica giuridica ed economica divergenti.

In effetti, gli ordinamenti che fondano la trasmissione della proprietà sulla consegna della cosa o sulla trascrizione nei pubblici registri offrono maggiore tutela sia all'alienante, il quale, nel caso di mancato pagamento da parte dell'acquirente, potrebbe rifiutarsi legittimamente di consegnare il bene, bloccando così il meccanismo traslativo (almeno finché non abbia ricevuto quanto gli è dovuto), sia all'acquirente stesso, poiché se nel frattempo il bene perisse per cause ignote, il dante causa non potrebbe da lui pretendere alcunché (e tale risultato, come si evidenzierà a breve, sarebbe inammissibile per il nostro ordinamento).

Viceversa, accogliere il principio del consenso traslativo significa concretizzare il *favor* per la rapida circolazione della ricchezza. Basti pensare che un soggetto, venuto in possesso del bene secondo le modalità di cui all'art. 1153 c.c., diviene comunque proprietario sebbene il cedente ne abbia a sua volta acquisito il possesso tramite atto fraudolento (es. furto); oppure, si rifletta sulla circostanza che il compratore, in caso di perimento della cosa prima della consegna per causa non imputabile al venditore, è comunque tenuto al pagamento del prezzo per un bene che non esiste più (dunque, uno spostamento patrimoniale avviene comunque); ed infine, si consideri la possibilità per il compratore di acquistare la proprietà del bene proponendosi di conseguire la liquidità necessaria attraverso la rivendita del medesimo bene ad un prezzo superiore.

E' chiaro che nelle ipotesi ora delineate il bisogno di tutela del reale proprietario viene sacrificato per soddisfare la «*necessità di agevolare la circolazione dei beni*»¹⁰³. Ciò perché, si afferma, sarebbe impensabile, oltre che irrealistico, accollare sui consociati che vogliono porsi al riparo dalle pretese dei terzi l'onere di indagare, per ogni singolo acquisto quotidianamente effettuato, sui titoli di provenienza del bene acquistando per giungere, almeno, fino ad un acquisto a titolo originario.

Tali considerazioni e valutazioni devono essere inserite in quel più ampio contesto che da autorevole dottrina viene definito dell'«*indirizzo produttivistico della codificazione*», locuzione con la quale ci si riferisce, da una parte, alla finalità generale che il legislatore italiano si prefiggerebbe nel regolare la materia delle obbligazioni e dei contratti e, dall'altra, al criterio ermeneutico di base per la comprensione di norme e istituti la cui applicazione, evidentemen-

103 TORRENTE A. SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, 2011, p. 583.

te, pone problemi di bilanciamento di interessi differenti¹⁰⁴.

Tuttavia, dall'analisi della realtà economico-giuridica dei paesi in cui è stata effettuata la scelta di non adottare il principio del consenso traslativo non emergono quelle sofferenze del sistema che i sostenitori del consensualismo avevano catastroficamente paventato nel caso di sua mancata adozione¹⁰⁵.

D'altra parte, come osservato da attenta dottrina, il principio consensualistico subisce ampi temperamenti su fronti differenti, a cominciare da quelli posti in essere dallo stesso legislatore in materia di costituzione di garanzie reali e di trasferimento dei titoli di credito¹⁰⁶.

Si pensi, ad esempio, alla dibattuta questione dell'ammissibilità nel nostro ordinamento della figura del c.d. "pagamento traslativo", atto consistente nell'adempire una preesistente obbligazione attraverso il trasferimento della proprietà su un bene¹⁰⁷. Problema di non poco momento, giacché prendere posizione

104 GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, II, 2009, p. 66

105 E' evidente, viceversa, che un sistema basato sul principio del consenso traslativo sarà caratterizzato da un alto contenzioso vertente sull'accertamento della proprietà in caso di doppia alienazione. Tale risultato, d'altra parte, non appare in linea con la ratio sottesa all'adozione del principio medesimo.

106 CAPOZZI G., *Il tramonto del consensualismo*, in *Dir. e Giur.*, 1980, p. 743.

107 I termini del problema possono così essere brevemente riassunti: è dubbio se nel nostro ordinamento giuridico l'effetto reale in favore di un soggetto possa attuarsi anche al di fuori della dicotomia causale rapporto di scambio-liberalità e, in particolare, se possa essere utilizzato per finalità solutorie, in quanto tali non implicanti lo scambio del consenso, attinenti ad un preesistente rapporto contrattuale. Nel nostro ordinamento, in effetti, la vicenda traslativa è normalmente configurata in via unitaria ed immediata con l'incontro dei consensi nel contratto di compravendita o di donazione (per effetto del già citato principio consensualistico di cui all'art. 1376), pertanto è dubbio se, sulla falsariga del modello tedesco o austriaco, essa possa essere disarticolata in due atti differenti, il primo con cui le parti programmano il trasferimento della proprietà, il secondo, meramente solutorio, con cui il soggetto obbligato, anche in via unilaterale, realizza l'effetto traslativo. Per salvare il dogma del principio consensualistico, negando che l'effetto reale possa prodursi al di fuori del binomio vendita-donazione, si è affermato in passato che gli atti adempitivi in discorso abbiano ad oggetto un *facere* (anziché, come verrà chiarito dopo, un *dare*), ed in particolare un *facere* consistente nella conclusione di un contratto. Quest'ultimo viene ricondotto, dalla suddetta dottrina, ora allo schema della vendita simulata nel prezzo (in quanto nessun corrispettivo viene versato), ora a quello della donazione (pur se priva di un reale intento liberale!). Tale posizione non pare più condivisibile, una volta accertato che, come si vedrà oltre, il principio consensualistico non è principio inderogabile (a differenza di quanto avviene in Francia).

Vengono ricondotte allo schema del pagamento traslativo, per la verità non senza contrasti, diverse ipotesi, tra le quali, solo per citarne alcune, il ritrasferimento del mandatario nel mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili, i confe-

in senso affermativo significa ammettere la possibilità di «una scissione tra *titulus* e *modus acquirendi* con consequenziale differimento dell'effetto traslativo ad un atto successivo a quello in cui viene manifestato il consenso al trasferimento del diritto»¹⁰⁸. E di parere positivo rispetto alla configurabilità dell'istituto sembra essere la stessa giurisprudenza che si è pronunciata sul punto¹⁰⁹.

E' interessante notare, ai fini della soluzione del caso sottoposto, come nel nostro sistema sussista una sequenza negoziale, forse riconducibile nell'alveo del pagamento traslativo, che secondo alcuni rappresenterebbe plasticamente la scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*: ci si riferisce all'ipotesi del contratto definitivo con il quale, in adempimento di un obbligo assunto attraverso il contratto preliminare, si trasferisca la proprietà di un bene. Le somiglianze tra tale ricostruzione dogmatica e l'impostazione tipicamente tedesca diventano ancor più significative quando, eventualmente, il contratto di vendita concluso secondo il diritto straniero consti di una clausola di priorità in favore dell'acquirente¹¹⁰. In tal caso, infatti, si produrrebbero effetti prenotativi del tutto simili a quelli tipici della trascrizione del contratto preliminare ex art. 2645-bis c.c.

Ma si guardi, ancora, alla materia delle garanzie finanziarie - regolata oggi

rimenti di proprietà nelle società di persone, gli accordi patrimoniali traslativi in sede di separazione personale e di divorzio, il trasferimento di un immobile come adempimento di un'obbligazione naturale e, come si vedrà più oltre, la stipulazione del contratto definitivo di compravendita in esecuzione del preliminare.

108 CARINGELLA F. BUFFONI L., op. cit., p. 706. Nella direzione dell'ammissibilità della figura del pagamento traslativo si era già espresso, tra gli altri, NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti dalle lezioni*, II, Milano, 1964, p. 45 ss. Aveva assunto, invece, una posizione antitetica PUGLIATTI S., *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, p. 413 ss.

109 Cass. civ. 21 dicembre 1987, n. 9500, secondo la quale «*La proposta di trasferimento di un immobile, che un genitore rivolga al figlio minore per eseguire quanto concordato con il coniuge nel verbale di separazione consensuale a titolo di contributo per il mantenimento del minore, malgrado sia espressamente qualificata come proposta di donazione, è diretta a dar vita ad un contratto atipico e gratuito che si perfeziona ai sensi dell'art. 1333 c. c., per effetto del mancato rifiuto*».

In altre parole, secondo la Giurisprudenza l'atto di adempimento contrattuale consistente nel trasferimento della proprietà di un bene avrebbe eccezionalmente natura negoziale anziché di atto in senso stretto (secondo la tradizionale classificazione), ed in particolare di contratto con obbligazioni del solo proponente.

110 Ci si riferisce alla c.d. *auflassungsvormerkung*, disciplinata dal § 883 del BGB. In base a tale norma, l'acquirente che voglia porsi al riparo dalle pretese di terzi ulteriori acquirenti del medesimo bene può far inserire all'interno del contratto un clausola di priorità grazie alla quale il suo acquisto sarà ritenuto vincente sugli altri effettuati da tali soggetti in epoca successiva alla data del contratto medesimo.

dal D.Lgs. 170/2004 in recepimento della direttiva n. 2002/47/Ce – che comprende ipotesi di trasferimenti di proprietà su strumenti finanziari a titolo di garanzia. In tali casi, a fini dell'effetto reale, si richiede tanto la sussistenza di un atto scritto quanto la consegna del bene (in questo caso la scritturazione contabile, trattandosi di garanzie su strumenti finanziari), attuandosi così un ricongiungimento tra requisiti di validità e requisiti di opponibilità del contratto¹¹¹. Interessante notare come tale previsione sia contenuta, paradossalmente, proprio in un testo normativo che ha come scopo dichiarato quello di favorire la produttività della codificazione a livello comunitario.

Tuttavia, l'esistenza di fattispecie che obiettivamente incidono su vigore e portata del principio consensualistico non autorizza ancora a considerare il principio stesso come ormai ininfluenza e del tutto destituito di fondamento¹¹². Non fosse altro per il fatto che esistono interi sottosistemi normativi (ad esem-

111 CANDIAN A., *Garanzie Finanziarie (diritto comunitario)*, in *Enciclopedia del diritto*, p. 612, la quale afferma che «la presenza del duplice requisito della forma del contratto di garanzia e della forma del negozio di esecuzione (ex uno latere) del primo introduce nella disciplina delle garanzie finanziarie un elemento sostanziale, perché in tal modo si dispone che i negozi debbano essere due. Ciò può sorprendere l'operatore italiano abituato al principio consensualistico ed alla conseguente regola per cui il contratto, almeno inter partes, produce immediatamente l'effetto reale. Invece nel sistema della direttiva n. 2002/47/Ce, cit., senza il negozio di esecuzione, mediante il quale le attività finanziarie vengono poste nel possesso, o nel controllo, del creditore o di un terzo, la disciplina in esame è inapplicabile. Per conseguenza, rimangono estranei a tale normativa il pegno di cosa futura ed il preliminare di pegno. In realtà, la disciplina dettata dalla direttiva e tradotta in norme interne dal d. lg. n. 170, cit. è assai vicina al sistema tedesco, e quindi emargina il principio consensualistico».

L'autrice prosegue affermando che l'innovazione di cui sopra rappresenta il prodotto dell'intenzione di eliminare, in favore dei secondi, la differenza tra gli ordinamenti che conoscono la distinzione tra requisiti di validità e requisiti di opponibilità del negozio (Italia, Francia e Belgio) e gli ordinamenti in cui tale distinzione non sussiste. Tale impostazione ha rilevanti conseguenze pratiche ad esempio in materia di procedure concorsuali, dal momento che il diritto degli Stati membri non potrà esigere requisiti ulteriori e diversi dalla validità dell'atto costitutivo della garanzia al fine di renderla opponibile anche ai terzi in tali sedi. Aggiungo io, con buona pace dei curatori e dei giudici fallimentari.

112 ROPPO V., *Il Contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica-Zatti, 2011, pp. 491-492, così riassume lucidamente il concetto: «Fattispecie del genere inducono a considerare la regola consensualistica dell'art. 1376 non come principio assoluto, ma come semplice tendenza o preferenza del sistema, che non esclude zone governate da una regola diversa». In pratica, secondo l'Autore non vi sarebbe «alternativa secca fra strutture normative, di cui l'una escluda radicalmente l'altra senza residui; bensì dialettica e coesistenza di principi regolatori diversi, di cui l'uno dominante (ma non totalizzante) e l'altro minoritario (ma non azzerato)».

pio quello sulla trascrizione) che in buona parte su di esso fondano la propria ragion d'essere.

Come si diceva, infatti, i meccanismi del “possesso vale titolo” e, per quel che qui più interessa, della trascrizione rappresentano il necessario temperamento alla rigida e formalistica applicazione del principio.

In particolare, alla luce dell'art. 2644 c.c. la tempestiva trascrizione determina l'opponibilità dello stesso ai terzi che, pur disponendo di un titolo di acquisto di data anteriore, non abbiano ancora trascritto. In altre parole, in caso di doppia alienazione di un immobile, acquista la proprietà del bene non già chi abbia per primo concluso il contratto, bensì colui che per primo abbia trascritto il proprio atto di acquisto.

Emerge con tutta evidenza, allora, la funzione di temperamento assunta dalla disciplina sulla trascrizione rispetto ad un principio che, da una parte, favorisce la velocità degli scambi ma, dall'altra, rende assai più incerta la posizione di proprietario e terzi.

In effetti, il consenso alla vendita potrebbe essere prestato più volte per lo stesso bene, e l'unico strumento per dirimere il conflitto tra i diversi acquirenti consisterebbe nell'applicazione secca del criterio “*prior in tempore potior in iure*”, a sua volta portato del più generale principio “*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*”. Con grave danno per la certezza dei traffici giuridici.

Risulta in tal modo evidente come la compresenza nel nostro ordinamento di due norme quali l'art. 1376 c.c. e l'art. 2644 c.c. possa generare non poche incertezze. Tuttavia, dalla lettura combinata delle due disposizioni si può verosimilmente concludere che «*il mero consenso sia sufficiente ai fini dell'effetto traslativo, ma non ai fini della conservazione del medesimo*»¹¹³.

Diverse sono le teorie che si fronteggiano per stabilire quale sia la natura giuridica dell'acquisto avvenuto in data posteriore ma prioritariamente trascritto. Mentre alcuni sostengono trattarsi di acquisto a titolo originario, sulla base di una fattispecie a formazione progressiva in cui la trascrizione assume eccezionalmente efficacia costitutiva, altri (la maggior parte) insistono sulla natura derivativa, nonostante l'alienante non avesse più, perché ormai non più proprietario, il potere di disporre. Più convincente appare l'opinione che vede nella trascrizione del secondo acquirente un condizione risolutiva legale all'acquisto prioritariamente fatto, il cui verificarsi risolve *ex tunc* gli effetti prodotti dalla prima compravendita.

Precisato tutto quanto sopra, può finalmente giungersi alla soluzione del caso sottoposto.

113 CARINGELLA F. BUFFONI L., op. cit., pp. 913-914.

Si tratta di un'ipotesi classica di doppia alienazione immobiliare, in cui la proprietaria V vende dapprima a K (al prezzo di 250.000€) e successivamente a N (al prezzo di 310.000€). K trascrive il proprio acquisto per primo (29/5/2012), ma N gode di una "riserva di priorità" registrata in data 10/4/2012. Di tale ultimo istituto si darà conto più avanti, nell'ambito dell'analisi di fattispecie analoghe rinvenibili all'interno dell'ordinamento italiano.

Si precisa che quando N procede alla registrazione del proprio acquisto, il conservatore del registro immobiliare «rifiuta ciò in assenza di una prova del consenso di K». Questo risultato, nell'ottica del diritto tedesco, è normale, in quanto la trascrizione, come detto, ha efficacia costitutiva del diritto di proprietà.

Per il diritto italiano, invece, la trascrizione ha mera efficacia dichiarativa. In altre parole, il conservatore dei registri immobiliari si limita a prendere atto di un effetto traslativo che, per il richiamato principio consensualistico, si è già verificato in seno al contratto da trascrivere. Tuttavia, proprio perché l'effetto traslativo si verifica già al momento della stipula davanti al notaio, V, vendendo a N in un momento cronologicamente successivo alla vendita in favore di K, vende in realtà qualcosa che non è più sua: siamo, dunque, in presenza di una vendita di cosa altrui.

1) Il primo problema riguarda la tutela di N e la trascrivibilità del suo acquisto.

Com'è noto, secondo l'art. 1478 c.c. il venditore non trasferisce ancora la proprietà di alcun bene, ma si limita ad obbligarsi ad acquistare la cosa dal proprietario per trasmetterla successivamente al compratore. Il contratto di cosa altrui, pertanto, è un contratto con effetti esclusivamente obbligatori (o meglio, come si vedrà in seguito, ad effetti reali differiti), in base al quale il compratore diventa (automaticamente) proprietario soltanto nel momento in cui il venditore acquista o fa acquistare la proprietà della cosa compravenduta.

N, resa edotta dal conservatore di tale situazione, può allora scegliere tra:

A) agire ai sensi dell'art. 1479, comma 1, c.c.. Secondo la norma il compratore che venga a conoscenza *ex post* dell'altruità della *res* può chiedere la risoluzione del contratto se nel frattempo il venditore non gli ha fatto acquistare la proprietà, oltre al risarcimento del danno, alle restituzioni e ai rimborsi secondo le regole dettate in materia di evizione *ex art.* 1483 c.c.;

B) chiedere al conservatore di procedere comunque alla trascrizione. N, infatti, potrebbe avere interesse a trascrivere comunque, sia per la possibilità che il

titolo di K si riveli in un secondo momento invalido, sia perché, ai sensi dell'art. 2644, comma 2, c.c. (che tratta proprio dell'ipotesi della doppia alienazione immobiliare) la seconda trascrizione sarebbe sì inefficace nei confronti del primo trascrivente, ma non nei confronti di tutti gli altri consociati. In altri termini, la seconda trascrizione sarebbe colpita da inefficacia relativa e non da nullità.

Tale seconda ipotesi merita però qualche chiarimento. E' dubbio, infatti, se sia trascrivibile un negozio caratterizzato da effetti esclusivamente obbligatori, in quanto l'elencazione di cui all'art. 2643 c.c. contempla tra gli atti tassativamente trascrivibili solo quelli che producono effetti reali.

La dottrina più tradizionale sostiene l'impossibilità di trascrivere fintanto che il venditore non abbia proceduto ad acquistare la proprietà dell'immobile compravenduto, ciò perché, da una parte, l'iscrizione dovrebbe avvenire contro un soggetto che non risulta essere titolare del diritto e, dall'altra, non sussisterebbe ancora nei confronti di quest'ultimo un titolo idoneo alla trascrizione medesima¹¹⁴. Quest'ultima, pertanto, risulterebbe *ab origine* priva di qualsiasi efficacia¹¹⁵. Inoltre, la riferita tipicità di cui all'art. 2643 riguarderebbe non già l'atto in sé, quanto piuttosto l'effetto da esso prodotto, con l'ovvia conseguenza di non poter trascrivere un effetto che ancora non si è prodotto

Secondo un'altra impostazione, che appare preferibile perché più attenta sia al dato sistematico che a quello letterale delle norme coinvolte, la vendita sarebbe immediatamente assoggettabile a trascrizione¹¹⁶. Infatti, il principio della continuità delle trascrizioni cui fa riferimento l'avversa posizione, in base al quale le iscrizioni in favore dell'acquirente non producono effetto se non sono stati trascritti gli atti anteriori di acquisto (art. 2650, comma 1, c.c.), individue-

114 BIANCA C. M., op. cit., pp. 582-583, secondo il quale «*Contro la trascrivibilità della vendita di cosa altrui va invece rilevato che la trascrizione è in ogni caso una formalità di per sé pregiudizievole per colui a carico del quale essa è eseguita, e che non sembra quindi che possa aver luogo per un contratto al quale il soggetto gravato sia del tutto estraneo*».

115 MATTEO L., in *Comm. cod. civ.*, diretto da Cendon, vol. IV, Torino, 1999, p. 899, il quale rileva, appunto, che in caso di vendita di cosa altrui mancherebbe il soggetto contro il quale effettuare la trascrizione, tale non potendo essere considerato il venditore al momento della conclusione del contratto (in quanto non proprietario).

116 MARICONDA G., *La trascrizione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, vol. XIX, 1985, p. 84. L'Autore afferma condivisibilmente che la trascrizione della vendita di cosa altrui assume una sua efficacia anche a prescindere dall'art. 2644, poiché ai sensi dell'art. 1159 c.c. «*la trascrizione di un atto, astrattamente idoneo a trasferire la proprietà di un bene immobile, posto in essere da chi non era proprietario, produce, a favore dell'acquirente possessore in buona fede che abbia trascritto il suo acquisto, l'usucapione del diritto con il decorso di dieci anni dalla trascrizione. Non vi è dubbio quindi che la immediata trascrivibilità sia possibile e che ad essa siano collegati effetti positivi*».

rebbe un onere per l'acquirente che volesse rendere opponibile ai terzi il proprio acquisto, e non già un requisito della trascrizione. Ai fini di quest'ultima non è necessario che nel momento in cui essa viene richiesta l'alienante risulti essere il precedente dante causa, e così via risalendo la catena degli acquisiti anteriori. Infatti, essa sortirà comunque un effetto prenotativo, poiché «*nel momento in cui verrà ripristinata la continuità, con la trascrizione dell'atto anteriore del quale era stata a suo tempo omessa la pubblicità, l'atto «a valle» acquisterà a sua volta piena efficacia*»¹¹⁷.

E tale ricostruzione risulta ancor più fondata sol che si consideri l'eventualità che il venditore di cosa altrui venda due volte lo stesso bene: se non venisse ammessa la trascrivibilità del suo acquisto, il primo acquirente resterebbe sprovvisto di qualsiasi tutela rispetto agli ulteriori subacquirenti dal non proprietario¹¹⁸.

117 TORRENTE A. SCHLESINGER P., op. cit., p. 1373, il quale così prosegue: «*Poiché, però, prevale sempre la regola fondamentale di cui all'art. 2644 cod. civ., se prima che venga ripristinata la continuità delle trascrizioni un terzo trascrive il proprio acquisto [...] sono fatte salve le sue ragioni*». Uno degli argomenti richiamati dalla dottrina tradizionale è che se si ammettesse la trascrivibilità della vendita di cosa altrui, attribuendole il suddetto effetto prenotativo, resterebbe privo di tutela l'avente causa dal reale proprietario, in quanto, essendo i registri a base personale e non reale, l'acquirente, esaminandoli, non troverebbe alcuna iscrizione contro il suo dante causa. Basti un esempio per comprendere meglio: Terzo compra da Secondo un immobile di Primo, trascrivendo l'acquisto contro Secondo in gennaio. Quarto acquista dal reale proprietario Primo, ignorando la precedente trascrizione (per la personalità delle iscrizioni nei registri immobiliari) e trascrivendo a sua volta l'acquisto contro Primo in maggio. Secondo la teoria tradizionale, se la trascrizione di Terzo avesse efficacia prenotativa, intervenuta in settembre una vendita tra Primo e Secondo, l'acquisto di Quarto verrebbe travolto. Questa posizione, tuttavia, omette di considerare la clausola di salvezza contenuta nella norma di cui all'art. 2650 c.c., secondo la quale, appunto, sono fatte in ogni caso salve le ragioni del terzo che trascrive il proprio acquisto prima che venga ripristinata la continuità delle trascrizioni. Infatti, l'art. 2644 richiamato dall'art. 2650 stabilisce un principio, quello della priorità temporale della trascrizione vincente, avente come presupposto che i due acquisti siano avvenuti dallo stesso dante causa, ed è innegabile che Quarto abbia trascritto prima di Secondo. Piuttosto, l'effetto prenotativo spiegherà i suoi effetti tra acquirenti dallo stesso soggetto non proprietario (nel nostro esempio da Secondo). In definitiva, l'avente causa dal reale proprietario che abbia trascritto il proprio acquisto è posto al riparo dalle pretese avanzate da terzi, anche nell'eventualità che si ammettesse la trascrivibilità della vendita di cosa altrui. In questo senso si esprime anche MARICONDA G., op. cit., p. 85, secondo il quale la trascrizione non avrebbe certamente la finalità di dirimere i conflitti tra aventi causa dal reale proprietario e aventi causa dal venditore, bensì di risolvere l'altro conflitto tra diversi aventi causa da quest'ultimo.

118 MARICONDA G., op. cit., p. 85, afferma al proposito che «*non si capisce perché*

Di questo avviso sembra essere la stessa giurisprudenza di legittimità, che, esprimendosi per il caso di vendita di cosa futura, articola interessanti argomentazioni circa il rapporto tra vendita con effetti reali differiti e trascrizione. La riconosciuta trascrivibilità della vendita di cosa futura, della vendita sospensivamente condizionata e del contratto preliminare depone nel senso che fattore determinante ai fini dell'adempimento pubblicitario, anche se con effetti meramente prenotativi, sia l'attitudine, anche solo potenziale, alla produzione di un qualsivoglia effetto reale¹¹⁹. In effetti, l'art. 2643 n. 1 c.c. si limita a stabilire genericamente che si debbano rendere pubblici col mezzo della trascrizione i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili, ma nulla dice in merito al momento in cui l'effetto traslativo debba verificarsi¹²⁰. Pertanto, prendere posizione in senso favorevole alla trascrivibilità degli atti con effetti reali differiti confermerebbe, anziché smentire, il principio di tipicità degli effetti richiesti ai fini della trascrizione.

Se, allora, non sembrano sussistere ragioni di natura sostanziale ostative al-

chi, già correndo il rischio che il suo venditore non diventi proprietario o che comunque non gli faccia mai acquistare la proprietà del bene trasferito, deve aggiungere un altro consistente nella possibilità di un ulteriore trasferimento da parte del venditore a favore di un altro soggetto che magari sarà più pronto ad effettuare la trascrizione del suo acquisto subito dopo che il venditore sarà diventato proprietario del bene trasferito».

119 Cfr. Cass. civ. 10 luglio 1986, n. 4497, secondo la quale «*La compravendita d'immobile futuro - e quindi la domanda relativa al suo accertamento - è soggetta a trascrizione, perché, pur non determinando il trasferimento della proprietà del bene al compratore per effetto del solo consenso delle parti, non costituisce un negozio a formazione successiva, ma configura un'ipotesi di vendita obbligatoria, idonea a produrre l'effetto traslativo della proprietà al momento in cui l'immobile venga ad esistenza e rientra, quindi, nell'ampia dizione dell'art. 2643 n. 1 cod. civ., cioè tra i contratti che trasferiscono la proprietà degli immobili», nonché Cass. civ. 10 marzo 1997, n. 2126, secondo la quale «*la trascrizione - legittima, ai sensi dell'art. 2643 cod. civ. - di una vendita di cosa futura è idonea a rendere opponibile il relativo diritto, allorché verrà ad esistenza, agli acquirenti dello stesso bene che non hanno trascritto o hanno trascritto posteriormente il loro titolo, ma è irrilevante ai fini (art. 111 cod. proc. civ.) dell'opponibilità all'acquirente di bene futuro della domanda trascritta nei confronti del suo dante causa prima della venuta ad esistenza di tale bene».**

120 Ed in effetti la dottrina più attenta non parla in questi casi di contratti ad effetti obbligatori, utilizzando quindi una locuzione fuorviante rispetto alla natura degli effetti dei negozi in cui si innestano, bensì di contratti ad effetti reali semplicemente differiti. In questo senso vedi LUMINOSO A., *Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, in *I contratti tipici e atipici*, Milano, 1995, p. 76. Pertanto, anche a voler ammettere che oggetto di trascrizione siano gli effetti e non gli atti (presupposto peraltro discutibile, visto il dato letterale dell'art. 2643 c.c.), non sussistono giustificazioni sufficienti per negare la trascrivibilità della vendita di cosa altrui.

la trascrivibilità della vendita di cosa altrui, può ipotizzarsi una soluzione ai problemi formali che la posizione tradizionale ha sollevato rispetto ad una eventualità del genere. A tal proposito, attenta dottrina afferma che, analogamente a quanto previsto dalla legge in tema di vendita condizionata (artt. 2659, ultimo comma, e 2668, III comma, c.c.) in un primo momento, potrebbe procedersi a trascrizione del contratto concluso, con indicazione nella nota dell'altruità della cosa (ex art. 2659, ultimo comma, c.c.); successivamente, quando il venditore avesse conseguito la titolarità del diritto, si procederebbe alla trascrizione dell'acquisto in favore dell'alienante e contro il reale proprietario, provvedendo alla cancellazione della suddetta indicazione¹²¹.

Stando così le cose allora, N non avrà alcuno strumento per conseguire la proprietà dell'immobile contro la volontà di K. N, semmai, avrà la facoltà di domandare, ai sensi dell'art. 1479 comma 1 c.c., la risoluzione del contratto intercorso con V, oltre alla restituzione del prezzo pagato ed al risarcimento degli ulteriori danni. In alternativa, potrà comunque chiedere la trascrizione del suo acquisto con le modalità sopra indicate, l'eventuale fissazione di un termine entro cui pretendere l'adempimento da parte di V (ex art. 1183 cod. civ.), oltre al risarcimento dei danni subiti ed alla riduzione del prezzo.

2) La seconda questione riguarda l'ipotesi della dichiarazione di un prezzo fittizio nella vendita tra V e N: cambiano le soluzioni finora prospettate?

Con il D.L. 223/2006 è stato previsto che in caso di acquisto di immobile adibito ad uso abitativo il pagamento delle imposte di registro, ipotecarie e catastali sia effettuato assumendo come base imponibile il valore catastale dell'immobile e non più il prezzo pattuito e dichiarato nell'atto notarile. Pertanto, non ha più senso per il compratore procedere alla dichiarazione di un prezzo inferiore per risparmiare sui tributi; anzi, la dichiarazione di un prezzo fittizio comporta l'assoggettamento della transazione ad imposte calcolate proprio sul valore realmente pattuito dai contraenti, oltre che a gravose sanzioni di natura amministrativa e ad eventuali responsabilità anche penali. Inoltre, sempre secondo il suddetto decreto, è fatto obbligo alle parti, sotto propria responsabilità, di rendere dichiarazione veritiera in ordine alle modalità adottate ai fini del pagamento del prezzo convenuto.

Di conseguenza, sarebbe da considerare irragionevole, secondo le norme italiane, il comportamento di V ed N tendente a dissimulare una parte del prez-

121 CAPOZZI G., *Dei singoli Contratti*, Milano, 1988, p. 117.

zo di compravendita, tenendo anche conto che gli onorari notarili sono ridotti nella misura del 30% nel caso di indicazione del reale corrispettivo e richiesta di tassazione sul valore catastale.

Fatte queste doverose premesse, deve essere chiarito se l'eventuale simulazione del prezzo intercorsa tra le parti possa assumere una qualche rilevanza sostanziale e mutare le soluzioni finora prospettate. E' necessario, cioè, definire quali effetti potrebbero prodursi sul contratto una volta accertata e sanzionata la pratica simulatoria in questione.

Può utilmente essere ricordato che la simulazione rappresenta un fenomeno di per sé accolto e tutelato dal legislatore, che solo occasionalmente viene interpretato come un pericolo per l'ordinamento. Com'è noto, infatti, simulazione del contratto (assoluta o relativa, totale o parziale) e violazione di norme imperative sono fenomeni ontologicamente differenti e solo ipoteticamente coincidenti: con la simulazione si dichiara ufficialmente cosa diversa da quella voluta, mentre col contratto illecito o in frode alla legge la dichiarazione è effettivamente voluta, ma ha una particolare finalità antiggiuridica: violare o aggirare una norma imperativa. Ora, se questo è vero in linea astratta, come accennato, esistono delle fattispecie in cui la simulazione può essere posta in essere con la finalità di violare una o più disposizioni imperative di legge.

Nel nostro caso, queste possono essere individuate nell'art. 35, comma 21, del D.L. 223/2006, con cui si prevede che *«le parti hanno comunque l'obbligo di indicare nell'atto il corrispettivo pattuito»*, e che *«se viene occultato, anche in parte, il corrispettivo pattuito le imposte sono dovute sull'intero importo di quest'ultimo e si applica la sanzione amministrativa dal cinquanta al cento per cento della differenza tra l'imposta dovuta e quella già applicata in base al corrispettivo dichiarato, detratto l'importo della sanzione eventualmente irrogata ai sensi dell'articolo 71 del medesimo decreto del Presidente della Repubblica n. 131 del 1986»*, nell'art. 71 del D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, secondo il quale *«Se il valore definitivamente accertato dei beni o diritti di cui al terzo e al quarto comma dell'articolo 51, ridotto di un quarto, supera quello dichiarato, si applica la sanzione amministrativa dal cento al duecento per cento della maggiore imposta dovuta. Per i beni e i diritti di cui al quarto comma dell'articolo 52 la sanzione si applica anche se la differenza non è superiore al quarto del valore accertato»*, e, infine, nel successivo art. 72, che così stabilisce: *«Se viene occultato anche in parte il corrispettivo convenuto, si applica la sanzione amministrativa dal duecento al quattrocento per cento della differenza tra l'imposta dovuta e quella già applicata in base al corrispettivo dichiarato, detratto, tuttavia, l'importo della sanzione eventualmente irro-*

gata ai sensi dell'articolo 71»¹²².

Per sgombrare il campo da qualsiasi dubbio, allora, sembra corretto configurare preliminarmente l'ipotesi in commento non come una fattispecie di elusione fiscale (secondo uno schema avvicicabile alla frode contrattuale ex art. 1344 c.c.), bensì come una forma di evasione, giacché viene perpetrata una violazione diretta delle suddette norme imperative¹²³.

Occorre interrogarsi quali possano essere, eventualmente, le conseguenze civilistiche rispetto alla violazione della legislazione fiscale.

Parte della dottrina, applicando *de plano* le sanzioni civilistiche anche all'ipotesi in cui ad essere violate siano norme fiscali e tributarie, afferma *sic et simpliciter* la nullità del contratto posto in essere, identificando l'elemento patologico della fattispecie ora nell'illiceità dei motivi comuni ad entrambe le parti, ora nell'illiceità della causa, ora nella sua mancanza¹²⁴.

A ben vedere, tuttavia, non sembra potersi affermare *tout court* che l'evasione fiscale realizzata attraverso un'operazione simulatoria produca conseguenze equiparabili a quelle ipotizzabili in caso contratto con causa illecita. Chi conclude un atto simulato può agire per i più diversi scopi, compreso il risparmio sugli oneri fiscali e tributari; in questi casi ci si trova davanti ad un'eventuale irregolarità fiscale-tributaria che, in quanto tale, deve essere trattata esclusivamente secondo la relativa disciplina di settore, anche con riferi-

122 Gli articoli 71 e 72 sono stati così modificati dal Decreto Legislativo 18 dicembre 1997, n. 473.

123 ROMANO S., *La pretesa nullità di negozi elusivi di norme fiscali*, in *I Contratti*, 12/2008, p. 1162, per la quale la «*evasione fiscale è violazione diretta della norma tributaria e volontario inadempimento dell'obbligo di contribuzione, in quanto il contribuente impedisce la valutazione del presupposto di imposta ai fini dell'imposizione fiscale*» mentre con l'elusione il contribuente «*riesce a sottrarsi (in tutto o in parte) all'obbligo di contribuzione, evitando il configurarsi del presupposto di imposta nella forma prevista dalla norma impositiva, ed ottiene un risparmio senza violazione diretta della legge tributaria*».

124 E' utile dare conto, ai fini della nostra indagine, del dibattito sulle conseguenze civilistiche della diversa ipotesi dell'elusione fiscale, che si è riaperto in seguito alla sussistenza del contrasto giurisprudenziale insorto all'interno della stessa Corte di Cassazione tra la sentenza 21 ottobre 2005, n. 20398 e la successiva 12 maggio 2005, n. 20816 favorevole alla nullità del contratto per assenza di causa. Con quest'ultima si affermava che, sussistendo un generale divieto di abusare dell'autonomia privata, la conclusione di negozi senza alcuna ragione economica, al solo fine di creare il presupposto per l'applicazione di un regime impositivo agevolato, priverebbe il contratto dello scopo economico-concreto e, di conseguenza, della causa. Il contrasto, come si vedrà successivamente, è stato risolto dalle Sezioni Unite, con una soluzione che pare auspicabile anche per l'ipotesi di contratto con cui si perseguono finalità di evasione fiscale.

mento alle sanzioni applicabili. E tale affermazione si giustifica per almeno tre ordini di considerazioni.

Anzitutto, il Fisco potrebbe applicare il trattamento tributario più adeguato all'operazione soltanto se si ammettesse che l'assetto degli interessi regolato dalle parti resta in piedi. Affermare la nullità del contratto significherebbe, paradossalmente, impedire l'irrogazione di sanzioni (nonché la produzione di ulteriori conseguenze, come si vedrà oltre) che hanno come presupposto proprio l'esistenza di un negozio valido ed efficace. E' noto, infatti, come la nullità cancelli retroattivamente il contratto e tutti i suoi effetti dalla realtà giuridica. E si è visto che le sanzioni di cui agli artt. 35 D.L. del 223/2006 e 71 e 72 del D.P.R. 131/1986 assumono come base di calcolo proprio quanto dichiarato dalle parti contraenti.

In secondo luogo, è la stessa amministrazione finanziaria che con un intervento chiarificatore in materia di elusione fiscale si è fatta portatrice di un principio generale, estensibile anche all'ipotesi dell'evasione, secondo il quale le norme dettate nella materia fiscale e tributaria possono esplicare i loro effetti soltanto in tali ambiti, senza produrre conseguenze alcuna quanto alla validità dei negozi sottesi alle anzidette violazioni¹²⁵.

Infine, come accennato, la giurisprudenza si è negli anni costantemente pronunciata nel senso che è scorretto rinvenire soluzioni sul piano civilistico a problematiche di tutt'altra natura¹²⁶. Si è poi giunti, con le Sezioni Unite, ad un arresto (in materia di elusione ma pertinente anche rispetto all'evasione fiscale), secondo il quale i contratti con cui si perseguono finalità vietate dalla legge fiscale sono, tutt'al più, inopponibili all'amministrazione finanziaria e soggetti ad eventuale riqualificazione¹²⁷.

Qualche considerazione a parte merita l'affermazione secondo la quale dovrebbe dichiararsi la nullità del contratto tutte le volte in cui questo sia lo

125 Circolare del Ministero delle Finanze 19 dicembre 1997, n. 320, 24-27, ove si legge che *«dall'esame della norma antielusione [...] emerge chiaramente che essa può spiegare i suoi effetti esclusivamente nell'ambito tributario, ferma restando, pertanto, la validità, ai fini civilistici, degli atti posti in essere dal contribuente, ancorché questi siano inopponibili all'amministrazione finanziaria»*.

126 Cfr. Cass. civ. 27 ottobre 1984, n. 5515, e più recentemente Cass. civ. 22 luglio 2004, n. 13621, secondo le quali *«la frode fiscale costituisce un illecito che trova solo nel sistema tributario la propria sanzione e non importa, pertanto, la nullità dei contratti con i quali viene commessa»*.

127 Cfr. Cass. civ. SS. UU. 23 dicembre 2008, n. 30057, secondo la quale, in caso di operazioni elusive che importino indebiti vantaggi fiscali, è ammessa la possibilità di *«dichiarare inopponibili all'Amministrazione finanziaria i benefici fiscali derivanti dalle operazioni»*.

strumento per realizzare condotte integranti una fattispecie di reato¹²⁸.

Attenta dottrina, che si è occupata del problema, ritiene non comminabile la sanzione della invalidità qualora la norma penale violata, ancorché imperativa, non sia portatrice di interessi generali e superindividuali, ossia, in altre parole, quando sia posta esclusivamente allo scopo di tutelare lo Stato inteso come persona e non come comunità¹²⁹.

In questo senso si è espressa anche la giurisprudenza che, con orientamento pressoché costante, sostiene la non necessaria coincidenza tra illiceità penale ed illiceità civile, almeno tutte le volte in cui, come in questo caso, non siano in gioco valori di ordine pubblico.

Visto tutto quanto sopra, allora, e ferme restando le eventuali sanzioni penali ed amministrative a carico di V ed N, la realizzazione di una simulazione relativa del prezzo, finalizzata al risparmio sugli oneri fiscali, non cambierà la soluzione giuridica del caso, poiché neanche in fase di patologia contrattuale tali aspetti assumono rilevanza sostanziale¹³⁰. Semmai, la simulazione del prezzo nel contesto di una compravendita immobiliare potrà acquistare interesse con riferimento ad eventuali fattispecie collegate, quali, ad esempio, l'azione revocatoria, nell'ipotesi di insolvenza o fallimento del venditore, l'esercizio di prelazioni legali e riscatti o, ancora, la considerazione della maggiore plusvalenza in caso di successiva rivendita.

128 Si pensi, ad titolo di esempio, al reato di “dichiarazione infedele”, punibile quando l'ammontare dell'imposta evasa raggiunga soglie normativamente predeterminate.

129 FERRARA F., *Teoria del negozio illecito*, Padova, 1914, p. 23, già un secolo fa affermava che «quando si tratta soltanto di uno scopo di polizia, di finanza, di disciplina, allora il divieto che ne scaturisce non tocca all'esistenza ed efficacia del negozio vietato, ma può produrre secondo i casi delle penalità, delle multe, dei provvedimenti disciplinari e simili». Più recentemente si esprime così GALGANO F., op. cit., p. 319 e ss.: «Sono da considerare imperative, in linea di principio le norme penali: il fatto che un precetto sia penalmente sanzionato esprime, infatti, il più alto grado di imperatività, mostra come il precetto sia posto a salvaguardia di un valore di rilevante importanza. Ma ciò vale solo in linea di principio: non vale quando la sanzione penale risulti posta a presidio, anziché dell'interesse generale, delle esigenze di governo dei pubblici poteri; non a protezione cioè dello Stato-comunità, bensì a garanzia dell'efficiente azione dello Stato-persona [...]. Così non comporta nullità del contratto la frode fiscale, quantunque penalmente sanzionata, e in generale la contrarietà del contratto a norme tributarie».

130 Non è una circostanza casuale, vien da pensare a questo punto, che in sede di concorso notarile si chieda ai candidati di risolvere le problematiche sottoposte occupandosi esclusivamente degli aspetti sostanziali della fattispecie e di tralasciare, invece, quelli di natura fiscale e tributaria, che vengono affrontati a livello teorico in sede di eventuale colloquio orale.

3) Il terzo problema attiene alla possibilità per N di far valere la clausola di priorità stipulata e divenire così proprietaria dell'immobile, rifiutandosi nel contempo di indennizzare K per i miglioramenti fino ad allora apportati.

Come accennato nel corso del presente lavoro, la clausola di priorità inserita secondo il § 883 BGB all'interno del contratto di compravendita, e poi debitamente trascritta, produce effetti analoghi alla trascrizione che, ai sensi del "nuovo" art. 2645-bis c.c., può farsi, secondo il diritto italiano, del contratto preliminare. Si parla, a tal proposito, di effetti prenotativi, poiché il trasferimento della proprietà realizzato attraverso il contratto definitivo viene fatto retroagire, attraverso una finzione giuridica, al momento in cui è effettuata la trascrizione del preliminare, con precedenza rispetto alle altre trascrizioni nel frattempo maturate.

In particolare, come precedentemente si è visto, la trascrizione del contratto definitivo rappresenta una forma di condizione risolutiva legale rispetto agli effetti del diverso contratto di compravendita concluso prima di tale momento ma dopo la trascrizione del preliminare. Dato il meccanismo di retroattività tipico della condizione risolutiva, V deve essere allora considerato, medio tempore, semplice possessore dell'immobile in oggetto.

Secondo quanto previsto dall'art. 1150, commi 2 e 3, c.c. il possessore «*ha anche diritto a indennità per i miglioramenti recati alla cosa, purché sussistano al tempo della restituzione. L'indennità si deve corrispondere nella misura dell'aumento di valore conseguito dalla cosa per effetto dei miglioramenti, se il possessore è di buona fede; se il possessore è di mala fede, nella minor somma tra l'importo della spesa e l'aumento di valore*».

Il problema fondamentale della fattispecie sottoposta è stabilire se K, nel periodo tra la trascrizione del preliminare e la trascrizione del definitivo di N, abbia posseduto secondo buona fede e se, conseguentemente, abbia diritto al rimborso dell'intero valore dei miglioramenti apportati o solo della minor somma tra lo speso ed il migliorato.

L'art. 1147, comma 1, c.c. sancisce che «*E' possessore di buona fede chi possiede ignorando di ledere l'altrui diritto*», pertanto, secondo una prima lettura delle norme in questione, potrebbe ritenersi che chi possiede cosciente dell'esistenza di un preliminare di vendita sullo stesso bene, precedentemente trascritto e verosimilmente destinato a tramutarsi in definitivo con efficacia retroattiva, possiede evidentemente consapevole della precarietà del proprio titolo per l'esistenza di diritti altrui con esso incompatibili.

Tale ricostruzione, tuttavia, non pare del tutto condivisibile. La norma con-

sta di due elementi, uno soggettivo, l'ignoranza, l'altro oggettivo, l'esistenza di un diritto altrui incompatibile. Mentre per la valutazione del primo occorrerebbe effettuare indagini rispetto alla fattispecie concreta, impossibili in questa sede, quanto al secondo deve essere osservato che la sussistenza di un preliminare precedentemente trascritto non comporta la nascita per il promissario acquirente di diritti incompatibili rispetto a quelli di colui che successivamente abbia ottenuto, sullo stesso bene, la trascrizione di un contratto di vendita. Il primo avrà diritto ad ottenere la stipulazione del definitivo, il secondo ad esercitare le facoltà del proprietario, compreso il possesso, perché tale è divenuto.

In altre parole, manca l'integrazione dell'elemento oggettivo consistente nella lesione dell' "altrui diritto", trattandosi di situazioni soggettive, la titolarità di un diritto personale e la titolarità di un diritto reale, compatibili perché foriere per i loro titolari di prerogative differenti¹³¹.

Inoltre, è vero che la trascrizione del definitivo assume caratteri di retroattività, ma è altrettanto vero che tale retroattività attiene agli effetti della trascrizione, mentre è indubbio che l'effetto traslativo della proprietà si verifica solo al momento della conclusione del definitivo. Senza considerare che quest'ultimo momento è soltanto un'eventualità, e la sua mancata verifica risolverebbe, secondo le modalità e i termini di cui all'art. 2645 *bis* c.c., qualsivoglia effetto prodotto dal preliminare in oggetto¹³².

Occorre sottolineare, inoltre, che se si accedesse alla prima tesi, dovrebbe ammettersi che, in situazioni analoghe, chi ha acquistato un bene, pagandone il relativo prezzo e risultandone a tutti gli effetti proprietario, sarebbe costretto

131 Questa affermazione merita una precisazione. Esistono dei casi, per la verità abbastanza frequenti, in cui le parti decidono di anticipare già in sede di stipulazione del contratto preliminare alcuni degli effetti tipici del definitivo, come l'immissione dell'acquirente nel possesso e il pagamento di una parte del prezzo. E' chiaro che in ipotesi di questo genere, qualora il preliminare venisse trascritto, le soluzioni finora prospettate cambierebbero, in quanto è evidente che proprietario e promissario acquirente si troverebbero su posizioni tra loro incompatibili. La detenzione del secondo, pienamente legittima, renderebbe di mala fede il possesso del primo.

Sulla configurabilità del contratto preliminare ad effetti anticipati si veda Cass. civ. SS. UU. del 27 marzo 2008, n. 7930, secondo la quale al contratto preliminare tipicamente considerato accederebbero (sulla base di una ricostruzione forse un po' macchinosa) un rapporto qualificabile come comodato ed un ulteriore pattuizione consistente in un mutuo gratuito.

132 Cfr. MASI A., *Il possesso, la nuova opera e il danno temuto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Vol. VIII, 1982, p. 486, secondo il quale nell'analoghi ipotesi del possessore che effettui miglioramenti in pendenza di giudizio di rivendica «la domanda giudiziale non costituisce in mala fede il convenuto». Ritengo, allora, che *a fortiori* non possa essere considerato in mala fede il legittimo proprietario che possieda in pendenza di trascrizione del contratto definitivo altrui.

ad attendere lunghi periodi prima di poter operare su di esso (anche fino a 3 anni, secondo il disposto dell'art. 2645 *bis*, comma 3, c.c.), e ciò per evitare di vedersi rimborsare dal titolare del preliminare somme inferiori rispetto a quelle effettivamente versate.

In definitiva, K, almeno fino alla trascrizione del contratto definitivo di N, si troverebbe legittimamente nella piena titolarità di tutte le facoltà dominicali a lui concesse dal titolo goduto, compreso il possesso. Pertanto, sussisterebbe per lui il diritto al rimborso di tutte le somme impiegate per la realizzazione dei miglioramenti¹³³.

Da parte sua N, trascritto il definitivo, avrebbe la possibilità di procedere con azione di rivendica ex art. 948 c.c. nel caso in cui K persistesse nel rifiuto di consegnare l'immobile. Quest'ultimo tuttavia, nell'ambito di tale giudizio e mediante domanda riconvenzionale¹³⁴, potrebbe pretendere legittimamente il rimborso per i suddetti miglioramenti, ed eccepire, così, il suo diritto di ritenzione: secondo l'art. 1152 c.c., infatti, *«Il possessore di buona fede può ritenere la cosa finché non gli siano corrisposte le indennità dovute, purché queste siano state domandate nel corso del giudizio di rivendicazione e sia stata fornita una prova generica della sussistenza delle riparazioni e dei miglioramenti»*¹³⁵.

In altre parole, K ben potrebbe opporsi, almeno fino al pagamento di quanto a lui dovuto, alla riconsegna dell'immobile ormai perso¹³⁶. Sussisterebbero, infatti, i tre requisiti richiesti per l'esercizio del diritto di ritenzione: la buona

133 Cfr. Cass. civ. 9 agosto 1983, n. 5337, che, in materia di quantificazione del credito, così si esprime: *«L'art. 1150 cod. civ. distingue, agli effetti dei diritti del possessore, le riparazioni dai miglioramenti e dalle addizioni, in quanto, mentre per le prime gli riconosce il diritto al rimborso delle spese incorse, costituente un debito di valuta, sottoposto alla disciplina dell'art. 1277 cod. civ., per quanto concerne i miglioramenti e le addizioni gli attribuisce il diritto ad una indennità che, avendo funzione di reintegrazione patrimoniale, va considerata debito di valore e, pertanto, deve essere determinata tenendo conto della svalutazione monetaria verificatasi fino alla data della liquidazione»*.

134 Cfr. Cass. civ. 31 gennaio 1989, n. 601, secondo la quale la ritenzione di cui all'art. 1152 dà luogo ad una vera domanda e non a una mera eccezione, come tale non proponibile per la prima volta in appello.

135 Secondo la dottrina certamente prevalente il diritto di ritenzione fonda la sua ratio in ragioni di equità che giustificano, eccezionalmente, il ricorso a forme di autotutela e coercizione indiretta private. In questo senso si vedano GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, p. 238 e TORRENTE A. SCHLESINGER P., op. cit., p. 324.

136 TROISI B. CICERO C., *I possessi*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato*, Napoli, 2005, p. 121, i quali affermano che *«Chi esercita la ritenzione non pone in dubbio il diritto altrui sulla cosa, semplicemente ne impedisce l'immissione nel possesso»*.

federe del possessore, la formulazione di relativa domanda nell'ambito di un giudizio di rivendica e, infine, la prova generica dei miglioramenti¹³⁷.

Infine, è utile chiarire che, trovando diretta applicazione al caso sottoposto la disciplina di cui sopra, non sarebbe invocabile da N la normativa sull'arricchimento senza causa che, come è noto, assume carattere meramente residuale.

Stando così le cose, allora, K potrebbe legittimamente rifiutarsi di consegnare l'immobile a N, almeno fino all'avvenuto rimborso dei 25.000€ spesi per l'installazione nella casa del nuovo sistema di riscaldamento.

137 Potrebbe residuare il dubbio se l'installazione di un impianto di riscaldamento abbia integrato, di per sé, l'elemento fattuale del possesso. Sembra doversi dare risposta positiva, giacché non può negarsi che, in ossequio a quanto disposto dell'art. 1140 c.c, la condotta di chi faccia miglioramenti ad un immobile, considerandolo proprio, integri un'attività corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà.