

# IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ  
DI SIENA  
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 18 - dicembre 2018

LA RIPETIZIONE DELL'INDEBITO DI COSA  
DETERMINATA PERITA O ALIENATA, TRA  
SOSTANZIALE DISAPPLICAZIONE DOTTRINALE ED  
EFFETTIVA INAPPLICAZIONE GIURISPRUDENZIALE

Flavio Rocchio

**LA RIPETIZIONE DELL'INDEBITO DI COSA DETERMINATA  
PERITA O ALIENATA, TRA SOSTANZIALE DISAPPLICAZIONE  
DOTTRINALE ED EFFETTIVA INAPPLICAZIONE  
GIURISPRUDENZIALE<sup>o</sup>**

**Flavio Rocchio**

*Professore a contratto,  
Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

*Un recente intervento della Corte di cassazione sull'art. 2038 c.c. stimola a fare il punto di dottrina e giurisprudenza sulla disciplina dell'indebito di cosa determinata di cui sia impossibile la restituzione in natura (artt. 2037-2038 c.c.), inducendo a prospettare l'inoperatività di detta disciplina, almeno stando alla sua interpretazione letterale e sistematicamente coerente.*

*A recent decision held by the Corte di Cassazione gives the chance to examine both case law and legal doctrine on the artt. 2037-2038 of the Italian civil code concerning the limitations met by the recovery of undue performance in case of impossibility to return the good in kind.*

**Sommario:**

1. Una nuova applicazione dell'art. 2038 c.c.
2. La proprietà dell'*accipiens indebiti* ai sensi degli artt. 2037 e 2038 c.c.
3. La dottrina sugli artt. 2037 e 2038 c.c.
4. La giurisprudenza sugli artt. 2037 e 2038 c.c.
5. Conclusioni

---

<sup>o</sup> Saggio sottoposto a double-blind peer review.

## 1. Una nuova applicazione dell'art. 2038 c.c.

Di recente la giurisprudenza è tornata a pronunciarsi con riferimento all'art. 2038 c.c. Poiché le applicazioni di questa norma sono rarissime, è inevitabile che sia sorta curiosità; presto sopita, però.

Infatti, la pronuncia in questione ha ritenuto che l'alienazione prevista dall'art. 2038 c.c. implichi anche la vendita forzata<sup>1</sup>. Nel caso di specie, era accaduto che l'acquirente di un bene in forza di un contratto poi dichiarato nullo, aveva nel frattempo subito l'esecuzione forzata per espropriazione di quel bene. Sul presupposto della mala fede dell'acquirente, questo è stato condannato a pagare all'alienante il valore del bene, ai sensi dell'art. 2038, comma 1°, c.c. Sennonché, come detto, quella decisione non interessa più di tanto, perché probabilmente non è corretto considerare alienazione anche la vendita forzata; ma ne viene comunque l'impossibilità della restituzione in natura da parte dell'*accipiens indebiti* e, ogni volta che ciò avvenga, l'*accipiens indebiti* in mala fede è tenuto alla restituzione del valore della cosa ricevuta, ai sensi degli artt. 2037 e 2038 c.c.

Sarebbe stata più interessante, la decisione, se l'alienante avesse agito sì in via di ripetizione dell'indebitato di cosa determinata, ma non per conseguire il valore della cosa indebitamente consegnata, bensì, sul presupposto del mancato acquisto della proprietà da parte dell'*accipiens indebiti*, chiedendo il risarcimento del danno in misura superiore al valore della cosa; oppure chiedendo l'indennizzo da arricchimento senza causa, nonostante il perimento fortuito del bene, nei confronti dell'*accipiens indebiti* che fosse stato in buona fede; oppure ancora se l'alienante avesse agito contro il soggetto acquirente nell'ambito dell'esecuzione forzata, a cui la nullità fosse opponibile ai sensi dell'art. 2652, n. 6, c.c.

Anche negli altri casi che risulta abbiano fatto applicazione dell'art. 2038 c.c., così come dell'omologo art. 2037 c.c., non si sono verificate queste ipotesi di maggiore interesse: vuoi perché la *restitutio in integrum* non era stata impedita dal caso fortuito, oppure l'alienante non aveva chiesto il risarcimento del danno in misura superiore al valore della cosa<sup>2</sup>; vuoi perché l'invalidità comunque non era opponibile al terzo acquirente dall'*accipiens indebiti*<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cass., 28 marzo 2017, n. 7867, in *Giur. it.*, 2018, 2101, con nota di ZANCHI, *Esecuzione forzata e applicazione oggettiva dell'art. 2038 c.c.*

<sup>2</sup> Cass., 17 aprile 1993, n. 4553, in *Foro it.*, 1994, I, 1752, un caso di alienazione; Cass., 28 aprile 1992, n. 5056, un caso di trasformazione; Cass., 5 agosto 1988, n. 4849, un caso di alienazione; mentre di Cass., 15 dicembre 1982, n. 6918 si conosce solo la massima.

<sup>3</sup> Cass., 1° febbraio 2002, n. 1289, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2808.

## 2. La proprietà dell'*accipiens indebiti* ai sensi degli artt. 2037 e 2038 c.c.

Il perché del minore interesse che destano i richiamati precedenti giurisprudenziali risiede nel fatto che, in tutti quei casi, la tutela giurisdizionale richiesta e accordata ai sensi degli artt. 2037 e 2038 c.c. avrebbe potuto essere richiesta e accordata anche in forza di altre previsioni dell'ordinamento: non è quindi venuta in considerazione la "esclusività" e la "straordinarietà" della disciplina degli artt. 2037 e 2038 c.c. in tema di impossibilità di restituzione in natura della cosa consegnata indebitamente; straordinarietà dovuta al fatto che, nonostante la *solutio indebiti* non abbia efficacia traslativa, quella disciplina presuppone invece a livello testuale che l'*accipiens* sia proprietario della cosa ricevuta indebitamente.

Infatti, innanzitutto l'*accipiens* di mala fede, anche in caso di alienazione (di per sé fatto proprio dell'*accipiens*) e in caso di perimento dipendente da un suo fatto proprio (distruzione, trasformazione o consumazione), non è tenuto al risarcimento del danno subito dal *solvens*, eventualmente anche in misura superiore al valore della cosa, come dovrebbe essere se il perimento riguardasse una cosa del *solvens*, bensì è tenuto solo al pagamento di un importo pari al massimo al valore della cosa<sup>4</sup>.

Inoltre, l'*accipiens* di buona fede è tenuto al pagamento di un indennizzo da arricchimento senza causa anche in caso di perimento fortuito del bene, appunto in quanto proprietario della cosa perita fortuitamente, in ossequio al principio *res perit domino*<sup>5</sup>. Mentre, se il proprietario della cosa fosse il *solvens*, allora sarebbe lui a dover sopportare il rischio del fortuito e nulla gli sarebbe dovuto dall'*accipiens* di buona fede, neppure a titolo di arricchimento senza causa.

Infine, l'acquisto del terzo dall'*accipiens indebiti* è salvo immediatamente e in ogni caso, a prescindere dal suo stato di buona fede, il

---

<sup>4</sup> Non si fa il caso dell'*accipiens* di buona fede, in quanto questo stato psicologico comunque esclude la responsabilità risarcitoria.

<sup>5</sup> Non si fa il caso dell'*accipiens* di mala fede, in quanto la sua responsabilità si può spiegare comunque con una sua condizione di mora (GALLO, *Ripetizione dell'indebito. L'arricchimento che deriva da una prestazione altrui*, in *Dig. it. IV civ.*, XVIII, Torino, 1988, 6; CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da Perlingeri, Napoli, 2004, 189), ordinaria per fatto illecito ex art. 1219, comma 2°, c.c. secondo alcuni (BRECCIA, *La buona fede nel pagamento dell'indebito*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 134 ss.) o straordinaria (BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968, 177), o una situazione assimilabile alla mora (BARGELLI, *op. cit.*, 358).

che dimostra che il terzo ha acquistato dall'*accipiens indebiti* quale proprietario, non richiedendosi i presupposti per un acquisto *a non domino*.

### 3. La dottrina sugli artt. 2037 e 2038 c.c.

Senonché, come anticipato e come del resto è noto, il trattamento come proprietario dell'*accipiens indebiti* è incompatibile col principio di causalità, per cui il vizio del rapporto fondamentale (da cui dipende la natura indebita della consegna) vizia a sua volta l'atto di trasferimento, sicché l'inefficacia originaria o sopravvenuta di un contratto impedisce che chi abbia consegnato in esecuzione di quel contratto abbia perso la proprietà della cosa consegnata.

A fronte di questa antinomia, gli atteggiamenti possono essere due. Il primo, è di ritenere che gli artt. 2037 e 2038 c.c. siano un refuso se non un relitto "storico", ossia siano stati introdotti nel codice civile mutuandoli puramente e semplicemente dalla tradizione romanistica in tema di efficacia traslativa, pur essendo detta tradizione stata superata dal principio di causalità.

Il secondo atteggiamento è invece quello di sforzarsi di rendere compatibili i predetti articoli col principio di causalità. Sforzo cui si è dedicata la dottrina producendo risultati pregevoli, articolati in due direzioni.

La prima direzione è quella di chi<sup>6</sup>, proprio considerando gli artt. 2037 e 2038 c.c. come presupponenti la proprietà dell'*accipiens indebiti* (con una serie di serratissime argomentazioni che qui vengono condivise e riportate, anche se non integralmente in quanto filtrate dalla sensibilità di chi scrive), ritiene applicabili dette norme ai soli casi in cui si manifesti un'esigenza di equità (la stessa che, storicamente, aveva portato alla nascita dell'azione di ripetizione) in quanto l'*accipiens indebiti* abbia acquistato la proprietà in deroga al principio di causalità<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> ARGIROFFI, *Sul concorso delle azioni di rivendicazione e di ripetizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 608 ss.; ID., *Ripetizione di cosa determinata e acquisto "a non domino" della proprietà*, Milano, 1980; ID., *Caducazione del contratto ad efficacia reale*, Napoli, 1984; ID., *La rivendica del venditore*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 1 ss.; ID., *Delle azioni a difesa della proprietà, Artt. 948-951*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2011.

<sup>7</sup> Casi che, lo si ammette, sono rarissimi; per chi scrive, neppure configurabili. Infatti, si fa il caso di un acquisto per accessione in forza di un contratto di superficie nullo: caso in cui, però, gli impoverimenti hanno già una regolamentazione specifica nell'art. 936 c.c. Altro caso che si fa è quello della mancanza dei presupposti per l'annullamento, per errore sull'esatto importo del debito (che è di 50 anziché di 100 come ritenuto), di una prestazione (del valore

La seconda direzione è quella di chi (ossia la dottrina maggioritaria, di cui di sèguito si dà conto), considerando invece gli artt. 2037 e 2038 c.c. come non presupponenti la proprietà dell'*accipiens indebiti*, ritiene di integrare gli artt. 2037 e 2038 c.c. in modo da ricondurli a sistema ma, al contempo, "manipolandoli", neppure riuscendo totalmente nell'intento. Ricondurli a sistema, in questa seconda direzione, significa cercare di conciliare la disciplina testuale degli artt. 2037 e 2038 c.c. con il ritenuto mancato acquisto del diritto di proprietà in capo all'*accipiens indebiti*.

In dettaglio, la non responsabilità risarcitoria dell'*accipiens indebiti* di mala fede (in tesi) non proprietario (oltre il valore della cosa), ai sensi degli artt. 2037 e 2038 c.c. (che invece limitano la responsabilità al valore della cosa), e ciò anche nel caso in cui l'impossibilità della restituzione in natura dipenda da un fatto proprio dell'*accipiens*, viene superata ammettendo comunque il concorso, con la responsabilità restitutoria, della responsabilità risarcitoria secondo le regole generali<sup>8</sup>. Ciò però in qualche modo forzando la volontà del legislatore; che invece, quando ha voluto prevedere la responsabilità risarcitoria dell'*accipiens indebiti* di mala fede (senz'altro) non proprietario, oltre il valore del bene irrestituibile, l'ha fatto espressamente (art. 948 c.c.: «corrispondergliene il valore, *oltre a risarcirgli il danno*»; v. anche artt. 935, 937 e 939 c.c.).

Dall'altro lato, la responsabilità per il caso fortuito dell'*accipiens indebiti* di buona fede (in tesi) non proprietario, ai sensi dell'art. 2037 c.c., viene semplicemente negata, ritenendo imprecisa la formulazione della norma in questione<sup>9</sup>, ossia fornendole un'interpretazione antiletterale.

Infine, la salvezza dell'acquisto del terzo acquirente dall'*accipiens indebiti* (in tesi) non proprietario, ai sensi dell'art. 2038 c.c., viene spiegata ritenendo che detta norma presupponga comunque un acquisto a titolo

---

di 100) in luogo di adempimento: se davvero si trattasse di un annullamento privo di presupposti, a mio parere l'arricchimento avrebbe una causa, non ne sarebbe privo, per cui non ci sarebbe da regolamentare la corresponsione di un indennizzo; peraltro, nel caso di specie, si tratterebbe di un errore sulla c.d. *causa solvendi*, che sarebbe fonte di nullità, ossia l'*accipiens* non avrebbe acquistato la proprietà.

<sup>8</sup> SIRENA, *La ripetizione dell'indebitito*, in *Diritto civile*, a cura di Lipari e Rescigno, vol. III, t. 1, *Obbligazioni. Il rapporto obbligatorio*, coordinato da Zoppini, Milano, 2009, 534 ss.; BARGELLI, *Perimento e deterioramento della cosa indebitamente ricevuta*, in AA.VV., *Ripetizione d'indebitito*, a cura di Bargelli, Torino, 2014, 359.

<sup>9</sup> TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, 140; SIRENA, *La ripetizione dell'indebitito*, cit., 534 ss.

originario da parte del terzo<sup>10</sup>. Il che comporta l'ennesima forzatura della norma, che non richiede né la buona fede né il decorso di un certo termine per la salvezza del diritto del terzo; né prevede una qualche condizione possessoria dei terzi; né è prevista la trascrivibilità dell'azione di ripetizione dell'indebito nei confronti dei terzi che non abbiano acquistato a titolo originario. Al contempo, questa forzatura potrebbe non considerarsi del tutto riuscita, in quanto l'acquisto del terzo è fatto salvo anche se gratuito, mentre la donazione di cosa altrui (essendo in tesi l'*accipiens indebiti* non proprietario) non può essere considerata titolo idoneo al trasferimento di proprietà, ai fini di un acquisto *a non domino*, secondo l'attuale configurazione giurisprudenziale che la ritiene valida al più quale donazione obbligatoria<sup>11</sup>. Mentre nessun pregio ha il richiamo agli artt. 1776 e 535, comma 2°, c.c.<sup>12</sup>, come altre ipotesi di salvezza dell'acquisto del terzo *a non domino*, in quanto queste norme regolano solo la responsabilità dell'alienante in buona fede, non anche i presupposti e gli effetti dell'acquisto del terzo.

#### 4. La giurisprudenza sugli artt. 2037 e 2038 c.c.

Venendo alla giurisprudenza, non si può dire che essa non abbia mai applicato o anche solo richiamato gli artt. 2037 e 2038 c.c.: ma non li ha mai applicati in modo tale da aver consapevolmente trattato l'*accipiens indebiti* come un proprietario o meno.

In particolare (v. sopra, § 1), la giurisprudenza non risulta mai essersi occupata di un'azione *ex artt. 2037 o 2038 c.c.* di risarcimento del danno contro l'*accipiens indebiti* di mala fede, per il caso di distruzione, consumazione, trasformazione o alienazione della cosa, in cui il danno del *solvens* fosse superiore al valore della cosa: non risulta esserle mai capitato di accogliere quell'azione sul presupposto del concorso della responsabilità restitutoria dell'arricchimento con la responsabilità risarcitoria; né di rigettarla negando quel concorso.

La giurisprudenza non risulta essersi mai occupata di un'azione *ex art. 2037 c.c.* contro l'*accipiens indebiti* di buona fede in caso di perimento fortuito della

---

<sup>10</sup> MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"*, III ed., Milano, 1975, 224, nota 108; NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998, 95.

<sup>11</sup> Cass., S.U., 15 marzo 2016, n. 5068 in *Riv. notariato*, 2016, 521.

<sup>12</sup> BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974, 59.

cosa: non risulta esserle mai capitato di accogliere quell'azione contro l'*accipiens* di buona fede secondo l'interpretazione letterale dell'art. 2037 c.c., né di rigettarla secondo l'interpretazione antiletterale dell'art. 2037 c.c.

Infine, la giurisprudenza non risulta essersi mai occupata di un'azione restitutoria ex art. 2038 c.c. contro il terzo acquirente da *accipiens indebiti*: non risulta esserle mai capito di accogliere quell'azione sul presupposto del mancato perfezionamento di un acquisto a titolo originario da parte del terzo, né di rigettarla nonostante il mancato perfezionamento di un acquisto a titolo originario da parte del terzo.

## 5. Conclusioni

Visto, dunque, che la dottrina è costretta a forzate e comunque insoddisfacenti interpretazioni antiletterali degli artt. 2037 e 2038 c.c., e visto che la giurisprudenza di fatto non si è posta il problema dell'interpretazione antiletterale o meno di dette norme, vale allora la pena quantomeno chiedersi se non sia piuttosto opportuno riconoscere agli artt. 2037 e 2038 c.c. la natura di relitti storici, nati con riferimento a un sistema di *solutio indebiti traslativa* ed erroneamente conservati in un sistema fondato, all'opposto, sul principio causalistico<sup>13</sup>.

Superando così i noti problemi di coordinamento degli artt. 2037 e 2038 c.c. con le impugnative contrattuali, che tanto hanno impegnato e impegnano la dottrina senza arrivare a un punto d'approdo condiviso<sup>14</sup>. E lasciando così regolare l'impossibilità della restituzione di cose determinate dalle norme, già presenti e coerenti col principio causalistico, in tema di rivendicazione, risarcimento del danno per inadempimento dell'obbligo di custodia (art. 1177 c.c.: obbligo incluso in quello di *riconsegna* di fonte legale), e arricchimento senza causa.

Vediamo quindi quale sarebbe la regolamentazione della restituzione dell'indebito di cosa determinata, affidata unicamente alle norme che sicuramente presuppongono il mancato acquisto della proprietà da parte dell'*accipiens indebiti*, anche in antitesi agli artt. 2037 e 2038 c.c.

---

<sup>13</sup> Mi pare che, nella sostanza, sia questa la posizione di BRUNI, *Contributo allo studio dei rapporti tra azioni di caducazione contrattuale e ripetizione dell'indebito*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, 173 ss.

<sup>14</sup> Cfr. BARGELLI, "*Sinallagma rovesciato*" e *ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 87 ss.

1) Perimento della cosa per caso fortuito: nulla è dovuto, salvo il caso e la disciplina della mora (art. 1221 c.c.).

2) Perimento della cosa per causa imputabile all'*accipiens indebiti* consapevole dell'obbligo di restituirla (in mala fede): è dovuto il risarcimento del danno anche oltre il valore della cosa.

3) Perimento della cosa per causa imputabile all'*accipiens indebiti* ignaro dell'obbligo di restituirla (in buona fede originaria e persistente fino al momento del perimento): non è dovuto il risarcimento del danno ma solo un indennizzo per arricchimento senza causa.

4) Alienazione della cosa conoscendo l'obbligo di restituirla (mala fede originaria o sopravvenuta al momento dell'alienazione): è dovuto il risarcimento del danno anche oltre il valore della cosa.

5) Alienazione della cosa senza conoscere l'obbligo di restituirla (buona fede originaria e persistente fino al momento dell'alienazione): non è dovuto il risarcimento del danno ma solo un indennizzo per arricchimento senza causa.

6) In ogni caso il terzo acquirente dall'*accipiens indebiti* è tenuto alla restituzione della cosa ai sensi dell'art. 948 c.c., nei limiti in cui la mancanza del debito gli sia opponibile (alla luce della disciplina delle invalidità e delle risoluzioni nei confronti dei terzi, nonché della disciplina della trascrizione) e salvo sempre un suo acquisto a titolo originario.