PERSONA E MERCATO

Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Anno 2015 - Numero 3

Saggi

Fattispecie e altre figure di certezza, di Giuseppe Benedetti * ……... p. 67

Brevi note in tema di regole e principi, di Andrea Proto Pisani * …….. p. 73

Valore economico della garanzia ipotecaria tra suddivisione e frazionamento, di Fabio Addis … p. 76

Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni: appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutori, di Stefano Pagliantini …… p. 86

Materiali e commenti

Altruità del bene ed acquisto per occupazione, di Alberto Venturelli …… p. 33

Attualità

Diritti e doveri per la conservazione della "casa comune", di Andrea Proto Pisani * ……. p. 19

Persona e Mercato è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

Direzione:
Giuseppe Vettori
Comitato di direzione:
Fabio Addis; Giuseppina Capaldo; Ernesto Capobianco; Massimo Confortini; Giovanni Di Rosa; Pasquale Femia; Massimo Franzoni; Carlo Granelli; Francesco Macario; Marisaria Maugeri; Emanuela Navarretta; Fabio Padovini; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Antonio Rizzi; Pietro Sirena; Massimo Zaccheo.
Comitato dei revisori:
Josè Luis Argudo Periz; Vincenzo Barba; Giovanni Francesco Basini; Carmelita Camardi; Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla; Sebastiano Ciccarello; Giovanni D'Amico; Rocco Favale; Giancarlo Filanti; Cecilia Gomez Salvago Sanchez; Eva Leccese; Antonio Palmieri; Leonardo Perez Gallardo; Valerio Pescatore; Maddalena Rabitti; Antonio Saccoccio; Massimo Proto; Andrea Renda; Claudio Scognamiglio; Anna Maria Siniscalchi; Vincenzo Verdicchio.
Segreteria di redazione:
Mario Mauro
Redazione:
Antonio Gorgoni; Serena Meucci; Salvatore Orlando; Carlo Pilia; Fabrizio Piraino; Alberto Venturelli
E-mail:
info@personaemercato.it
Web:
www.personaemercato.it

Persona e Mercato è testata registrata in data 9/10/2000 al n. 4995 dell'elenco della stampa periodica curato dal Tribunale di Firenze.

ISSN 2239-8570

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l'integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

Hanno collaborato a questo numero: Fabio Addis; Giuseppe Benedetti; Stefano Pagliantini; Andrea Proto Pisani; Alberto Venturelli.

Ad eccezione degli scritti di Giuseppe Benedetti e Andrea Proto Pisani, tutti i contributi pubblicati su questo numero sono stati oggetto di valutazione positiva e anonima da parte di un membro del Comitato dei revisori.

Saggi

FATTISPECIE E ALTRE FIGURE DI CERTEZZA*

Di Giuseppe Benedetti

***SOMMARIO:** 1. L'eclissi della fattispecie. - 2. Il piano politico. Oggettività della previsione legislativa e soggettività del giudice. Il tempo della conservazione e il tempo dell'innovazione. - 3. La crisi e l'esigenza di tutela della persona: i rimedi. - 4. Abbandono della fattispecie e riferimento a diritti, principi, valori. - 5. Tipologia dei principi e loro configurazione. - 6. La motivazione come elemento costitutivo del comando. - 7. La vocazione ermeneutica del diritto. - 8. La retorica scienza delle buone ragioni - 9. La topica. I valori. - 10. Conclusioni.*

1. L'eclissi della fattispecie

Un tema, teorizzato specie da chi scrive nell'orizzonte del diritto europeo, sebbene non abbia il sapore della novità, ha ormai fatto irruzione sul tavolo di lavoro dei civilisti: il tramonto della logica della fattispecie, sorpassata da quella del rimedio.

In occasione di un recente convegno fiorentino ho formulato qualche riflessione dando avvio di risposta a tre domande.

a) Su quale piano si muove il problema della fattispecie ?
b) Se si pone tra parentesi la categoria della fattispecie, col suo contenuto previsionale e precettivo, come si riempie lo spazio lasciato vuoto ?
c) A quali saperi altri può attingere il civilista?

2. Il piano politico. Oggettività della previsione legislativa e soggettività del giudice. Il tempo della conservazione e il tempo dell'innovazione.

La prima domanda pone un problema preliminare: la determinazione del piano su cui si muove il discorso sulla fattispecie.

Il profilo è duplice: a) l'esame della convenienza, che è problema essenzialmente politico; b) quello del congegno legislativo, di ordine strutturale, e della ricostruzione concettuale, di ordine teorico.

La questione della fattispecie come problema politico si può riassumere così. L'applicazione della norma trova la sua tecnica, lineare e sicura, nello strumento logico della sussunzione apodittica, che suppone la fattispecie astratta dove il caso concreto viene sussunto. In difetto della previsione specifica, quale procedimento dovrà seguire l'interprete, rimanendo interprete, nell'individuare la disciplina più adeguata al caso di specie ?

* Articolo in corso di pubblicazione sulla Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile

Tutto ciò che si toglie alla previsione, propria della fattispecie, si deve concedere al (o, se volete, si carica sul) giudice. Ma questi è in grado di assolvere il compito ? Quali sono i pericoli ?

È bene avvertire che non è questione germogliata ora sul terreno della prospettiva rimediale. È problema antico.

Qualche rapido richiamo, che rifiutando sapore erudito, potrà aiutare a dimensionare il discorso.

Già Aristotele (*Retorica*), in poche battute, pone il problema proprio sul piano politico. Solo la citazione di brevi passi: "… conviene che le leggi stabilite correttamente, per quanto possibile, si pronuncino di per sé stesse riguardo a tutti i casi e lascino il meno possibile ai giudici". Motiva con due ordini di ragioni, di tipo soggettivo: " In primo luogo perché individuare uno o pochi uomini assennati e capaci di legiferare è più facile che trovare molti"; in secondo luogo, "le legislazioni derivano da individui che hanno a lungo riflettuto, mentre i verdetti sono emanati nell'immediato". E chiude ponendo seri dubbi, anzi escludendo, che il giudice possa essere neutrale.

Non si pensi che queste idee rimangano aggrappate al filosofo del IV secolo, seppure di grande autorità e nel contesto ateniese di legislatori famosi: in realtà la questione, con diverse intonazioni, arriva fino ai nostri giorni.

Un aureo libretto, fresco di stampa, d'un illustre collega, riprende il discorso, reificandolo, per così dire. E infatti lo svolge con riferimento a un principio oggettivo, ineludibile e irrinunciabile: la "certezza del diritto".

Afferma che "diritto e certezza sono inscindibili". Alle insidie dei valori "il saggio legislatore oppone regole lineari e perentorie, capaci di imprimere sicurezza alle relazioni umane".

I *bona* sul piano politico sono: "stabilità di rapporti, solidità dei traffici, inattaccabilità degli effetti negoziali".

E conclude confermando l'ammonimento ciceroniano: "*Legum omnes servi sumus, ut liberi esse possumus*".

Attraversando con notevole spregiudicatezza i secoli, e passando per l'Età dei Lumi, in cui l'ideale di libertà e uguaglianza di tutti gli uomini di fronte alla legge si esprime nell'esaltazione della sua maestà, si giunge all'oggi in cui perdura un certo giuspositvismo, più o meno denunziato, che ancora esalta l'antica massima dura lex sed lex.

I tempi sono mutati, l'assolutismo della legge è stato battuto dal pensiero novecentesco. La svolta è radicale.

Questi richiami intendono solo confermare che il problema della fattispecie è innanzitutto questione politica: la sua soluzione dunque si coglie sul piano della storia. Sono i tempi, più che i sistemi giuridici - come dice René David - che assegnano al giurista di ogni latitudine e di ogni sistema direttive diverse: c'è il tempo della conservazione, c'è il tempo della innovazione. E in questa noi ci stiamo dentro. Ciò non significa negare il rilievo del problema del linguaggio tecnico (convenzionale) che il giurista è tenuto ad adeguare all'internazionalità del discorso. Diversità di linguaggio che vuol dire diversità di impianto epistemologico.

Così la fantasia mossa dalla sensibilità etica del giudice, in generale del giurista, è provocata ad assumere un preciso orientamento politico che meglio si addice all'oggetto, presupposto - metateoretico direbbe Betti - per un approccio adeguato al problema che si tratta di risolvere. Per esempio col diritto europeo.

3. La crisi e l'esigenza di tutela della persona: i rimedi.

Qui dovrei fermarmi ad analizzare le ragioni della crisi. La ricca letteratura sul punto mi consiglia solo qualche cenno.

Sincopando il discorso si può dire che dopo l'annuncio della Morte di Dio, la Scuola del Sospetto, le decostruzioni postmoderne, il fallibilismo popperiano, per cui l'errore è entrato a far parte della struttura della conoscenza, rendono difficile parlare di certezze assolute: il sapere si è aperto a configurare un'oggettività critica, che, come vedremo, non nega l'esigenza epistemologica.

Per quanto ha tratto al diritto, nel rispondere alla domanda che sale dalla coscienza sociale, l'astuzia della ragione può volgersi a cercare tutele della persona, riconoscendone la centralità, senza indugi e mascheramenti, in un orizzonte situazionale.

Anche in questa prospettiva è dato perseguire un disegno che tende a un'oggettività di rigore epistemologico. Essenziale e ineludibile per il giurista-interprete.

Sale la domanda della tutela delle situazioni giuridiche soggettive, in qualche modo violate, e delle aspettative deluse, che attendono d'essere soddisfatte con prontezza ed effettività: l'attenzione si concentra sui rimedi, da rinvenire in modo agile e concreto nella totalità complessa transnazionale, che divengono perciò la risposta immancabile dell'ordine giuridico a quella domanda. Risposta della quale è fertile artefice l'interprete.

In questo quadro i riferimenti sono i diritti, principi, valori, custoditi nello scrigno del sistema nel suo essere diritto.

Il tramonto della fattispecie indurrebbe oblio del tempo ?

La risposta negativa salta immediatamente all'occhio del giurista, abituato com'è a giocare con il tempo nelle sue scansioni di passato, presente e futuro. Giurista, quotidianamente piegato nell'elaborare le previsioni normative, che rispetto al loro accadere sono già passato, il quale però, per essere inteso e applicato, va immerso nel presente (secondo l'interpretazione storica in funzione evolutiva); comprensione che è ineludibilmente condizionata da un'anticipazione di senso, la precomprensione, colorata dalla tradizione, dalla quale la comprensione prende avvio.

Ma di più, nell'orizzonte dell'idea che predica la contemporaneità del giurista il tempo, dalla dimensione cronologica, dilaga in una connotazione ontologica. Il tempo avvolge la persona e perciò la cultura del diritto, che di quella disciplina i comportamenti.

4. Abbandono della fattispecie e riferimento a diritti, principi, valori.

Siamo così trascorsi alla seconda domanda.

L'indagine strutturale, dopo quella politica, suppone a mio avviso il problema delle fonti, che nell'era della complessità aperta si sono moltiplicate di numero e diversificate per origine e peso, e perciò pongono anche il problema, delicato e controverso, della loro gerarchia. Non va dimenticato il ruolo che nel processo di attuazione della regola, ripercorrendo antichi modelli, è stato assegnato alla dottrina.

Sulle situazioni giuridiche soggettive nella logica rimediale la letteratura giuridica è ricca. Il tema è di grande importanza e complessità. È l'era dei diritti (come dice Vettori). Ma proprio quella ricchezza m'induce a fermarmi sull'altro punto, i principi, il cui solo nome provoca già disorientamento circa il senso da attribuire.

Che cos'è il principio ? Non è facile uscire dal variegato labirinto semantico che il sapere d'ogni genere ha finito con l'offrire. Perciò ritengo più utile radicare il nostro breve discorso sull'uso consolidato del linguaggio tecnico-giuridico. È opinione diffusa che i principi non siano norme. Il problema converge tutto sulla formulazione dei principi e sul loro contenuto. Se la norma viene di solito ricondotta a un enunciato condizionale, con una protasi, che prevede la figura del fatto condizionante, e l'apodosi, che stabilisce un trattamento giuridico (se A, allora B), i principi non sembrano riconducibili a tale struttura. E tuttavia essi assumono un diverso grado di generalità: hanno una portata altamente generale, ad esempio il principio di parità nel diritto, più delimitata ad un settore dell'ordinamento, il principio della buona fede e di tutela dell'affidamento nell'area contrattuale.

C'è di più. Si è distinta, seguendo la stessa lettera della legge, una triplice terminologia: i principi fondamentali, i principi generali e i principi senza aggettivo.

Ma qui interessa concentrare il discorso sui principi formulati dal giudice. A tale proposito mi pare illuminante il richiamo alla disciplina contenuta nel Codice di procedura civile. La Corte di Cassazione, secondo l'art. 384, comma 2, quando accoglie il ricorso, cassa la sentenza rinviando la causa ad altro giudice, il quale deve attenersi al principio di diritto stabilito dalla Corte. Il comma 1 dello stesso articolo aveva già previsto in termini generali: "La Corte enuncia il principio di diritto… quando decide a norma dell'articolo 630, primo comma, n. 3".

In altra direzione, la stessa normativa, a proposito della inammissibilità del ricorso, richiama i principi del giusto processo (art. 360 bis), rinviando all'ordine costituzionale (art. 111 Cost.).

5. Tipologia dei principi e loro configurazione.

L'art. 384 c.p.c. rinvia al principio di diritto stabilito dalla Corte di Cassazione, ma qui si apre un problema: come si conforma il principio, quando questo deve essere opera del giudice ? Il giudice lo configura, ma anch'esso non è tenuto a tematizzarne il concetto, il metodo e la struttura. Che è compito della dottrina.

La configurazione del principio può muovere da fonti diverse, e avere gradi di astrazione diversi; richiede un procedimento astrattivo che può servirsi della logica deduttiva e di quella induttiva.

In questa prospettiva potremmo definire il principio come l'esito di una sorta di astrazione tipologica della *ratio decidendi*; in altri termini, la massima della decisione astratta e tipizzata.

Ma ora tocca aprire il discorso ad una veduta più generale, e perciò facciamo ricorso alla filosofia. L'indicazione più vicina al nostro discorso è quella che definisce il principio come "proposizione generale, anche desunta per induzione dall'esperienza, che possa servire da premessa maggiore in un sillogismo". Per chiarezza, e non per argomento di autorità, devo dire che la definizione è presa di peso da Kant (*Critica alla Ragion Pura*).

Tale definizione del principio lo porta così nell'area della conoscenza. E cioè nel terreno gnoseologico ed epistemologico. Siamo sboccati nel tema ineludibile dell'interpretazione, dimora del giurista, che, come vedremo subito, consente di

fluidificare gli irrigidimenti concettuali rivitalizzando l'esperienza fenomenologica fondamentale.

6. La motivazione come elemento costitutivo del comando.

Dall'analitica esistenziale aristotelica sulla fragilità del giudice il discorso deve trascorrere all'obiettiva validità dell'argomentazione, sulla quale si fonda la decisione del giudice. Che ha da essere ragionevole e convincente nell'orizzonte di verità e giustizia. Il discorso deve spostarsi dal soggetto all'oggetto. E in specie, alla motivazione come centro del decidere: essa deve essere giusta, e cioè strutturata in precisi e rigorosi statuti epistemologici, spesso dettati dalla legge stessa.

Il discorso si apre così sull'ermeneutica, sapere antico, da sempre frequentato dal giurista, tant'è che le più moderne e autorevoli teorie, come quella di Gadamer, assumono a mo' di archetipo l'*hermeneutica iuris*; e qui è necessario dare consistenza al discorso che pone in rilievo come il diritto sia categoria originaria, non derivata, con una sua precisa struttura che sorpassa le diverse culture.

Proprio perciò credo che tutto l'impianto della logica rimediale trovi il suo ineludibile strumento nell'ermeneutica come scienza. Il vuoto della fattispecie va coperto dall'interpretazione, caratterizzata da rigore argomentativo e trasparenza.

La connessione intrinseca tra dispositivo e motivazione, dominata dal nesso di consequenzialità, esalta il valore della motivazione. Ciò è confermato dalla norma che comanda al giudice, "quando il dispositivo sia conforme al diritto, ma la motivazione è errata, di correggerla" (art. 384, comma 4, c.p.c.). La motivazione non è mai orpello, ha da essere argomentata in modo giusto, anche nell'ipotesi in cui il dispositivo sia conforme al diritto, che a una mentalità fattista potrebbe apparire un lusso inutile.

Il rigore argomentativo e il nesso di consequenzialità, in ordine alla decisione, sul terreno del diritto positivo assumono così valore scientifico. Di più, la motivazione diviene momento costitutivo del comando, ne è fondamento e ragione.

La fragilità del giudice entra nell'ombra: il fascio di luce si concentra tutto sull'argomentazione.

7. La vocazione ermeneutica del diritto.

Le conclusioni cui siamo giunti possono sintetizzarsi in una formula: la vocazione ermeneutica del diritto.

Qui non è dato aprire un discorso generale sull'ermeneutica, che ci porterebbe troppo lontano. Ma per intendere quel che ho detto, e quello che sto per dire, è necessario avere in chiaro due punti: 1) il pensiero più moderno si è orientato a negare la contrapposizione - escludente - tra ontologia ed epistemologia ermeneutica, quasi l'una dovesse escludere l'altra: l'ontologia della comprensione si coniuga con l'epistemologia dell'interpretazione perché deve risolvere l'antinomia dialettica dell'essere col dover essere (della norma). Essa sintetizza il non ancora reale col già necessario deontologico.

2) L'orientamento etico dell'interpretazione la conduce alla filosofia della pratica: non è un caso che Gadamer, campione dell'ontologia, concluda il suo discorso ermeneutico con l'esaltazione della *phronesis*, che traduco come saggezza prudente. È il tentativo di recuperare l'etica al dominio della ragione.

L'essere alcuni canoni ermeneutici posti, o se si vuole, imposti dalla legge, non contraddice ma conferma quanto abbiamo detto. I canoni ermeneutici legali non escludono, anzi si armonizzano con la logica naturale.

8. La retorica scienza delle buone ragioni

Il mio discorso ha detto assieme di interpretazione e di argomentazione. È tempo di dare spazio all'argomentazione come scienza autonoma e come *techné* discorsiva. Siamo così alla terza domanda.

La retorica, caduta in discredito già nelle pagine di Platone ed Aristotele - il quale però con una svolta decisiva del suo pensiero dedicò alla retorica un trattato che ancora rimane punto di riferimento esemplare - dopo aver attraversato nel tempo momenti di fortuna e di sfavore, ha avuto nel secolo appena trascorso una notevole ripresa di studi, tra i quali spicca - oltre ad Alexy - il Trattato dell'argomentazione di Perelman e Olbrechts-Tyteca, che ha dato fondamento, come dice il sottotitolo, alla *nuova retorica*. E non è un caso che questo coincida e si innesti nel massimo fulgore del pensiero ermeneutico. Il quale rimane, comunque, la dimora del civilista.

Accantonata l'ambizione di tematizzare il discorso sull'argomentazione, mi pare però necessario ricordare quanto Bobbio dice nella Prefazione dell'opera appena richiamata: "La teoria dell'argomentazione è lo studio metodico delle buone ragioni, in cui gli uomini parlano e discutono di scelte che implicano il riferimento a valori, quando hanno rinunciato ad imporle con la violenza o a strapparle con la coazione psicologica, cioè alla sopraffazione o all'indottrinamento".

I giuristi, risvegliati dal sonno dogmatico, nell'età della Crisi, cercano l'*arché*, i principi primi: così tendono a fare giustizia.

La nuova retorica è la scienza delle buone ragioni. Essa si caratterizza come tensione al consenso del destinatario del discorso, il suo *telos* è di persuadere. La notazione è importante quando è riferita al discorso che deve tenere il giudice. Diversamente, almeno in parte, da quanto insegna la filosofia, e di grande autorità, da Platone fino a Perelman, credo che nel linguaggio tecnico-giuridico i termini di *persuasione* e *convinzione* debbano intendersi e rapportarsi come sto per dire. Il giudice può convincersi delle ragioni di una sola parte ovvero di ambedue; pesandole con la sua bilancia delibera nel senso conclusivo. Il convincimento però deve calare nella motivazione della decisione, che è del giudice, anche se attinge alle argomentazioni delle parti, perché il giudice è terzo, servitore della terzietà del diritto. In questa prospettiva si può parlare di oggettività. E perciò la motivazione deve essere, nonché costitutivamente necessaria, trasparente: essa deve lasciarsi controllare e modificare.

Oggettività che non è calcolo matematico. Il sillogismo di cui si serve la retorica è un sillogismo critico, fondato sul ragionevole, non a caso qualificato come sillogismo retorico.

Perciò il ruolo del sillogismo nell'argomentazione giuridica non può esser messo in disparte: riposto in soffitta è il sillogismo apodittico, che abbiamo appreso sui banchi di scuola; bisogna andare oltre, volgersi ad altra figura, come il sillogismo critico, già teorizzato da Aristotele e definito come *entimema*.

La sillogistica attraversa il tempo giungendo ai nostri giorni.

9. La topica. I valori.

Ma si può dire di più. Il giurista che abbandona la logica della fattispecie deve aprirsi all'ermeneutica, alla retorica, ma anche alla *topica*, ritornata in auge dopo il libro di Vieweg, che nell'ambiente dei giuristi ha suscitato una certa risonanza, *Topica e giurisprudenza*.

Non è un caso che su questi temi si addensi l'attenzione dei giovani studiosi. Nell'ultimo numero di una rivista dedicata essenzialmente al diritto europeo compare un ricco saggio dedicato proprio al *topos* della ragionevolezza, fondamentale nel sistema di *common law* ma oggi decisamente utilizzato anche dai nostri giudici.

Il luogo (*topos*) della ragionevolezza conferisce rilievo alle circostanze concrete nelle quali la ragione opera, o di fronte alle quali giudica. Esso esclude l'infallibilità: assunta tale consapevolezza critica, rinuncia a un atteggiamento di assolutismo e si piega a una valutazione concreta, prudente, saggia, non contraria alla ragione critica, anzi da essa agilmente suggerita in un preciso orizzonte situazionale.

Vorrei ribadire che la retorica viene caratterizzata dalla sua tensione al convincimento dell'ascoltatore. Questo punto mi pare importante perché il consenso costituisce oggi un valore fondamentale sul piano etico e politico delle istituzioni democratiche. Al consenso fa richiamo il politico nel motivare le proprie scelte, e nell'operare le scelte proprio in funzione di esso. Ma il consenso ha assunto anche un significato sul piano della teoria generale del diritto: basti pensare alla teorizzazione del diritto vivente secondo la quale il fatto, accompagnato dal consenso, fa diritto, affermata anche da parte di chi è rimasto fedele al metodo positivo.

L'approdo del discorso ai valori non deve porre in ansia il giurista, sotto la minaccia della tirannia dei valori, perché il rinvio è già nella legge. Più che teorizzarlo voglio fare un esempio che dia immediatamente il segno di questo itinerario, richiamando un testo assai significativo, che ne suggerisce il percorso: fatto, diritto, valore.

L'esempio che intendo addurre si trova nella disciplina generale del contratto dettata dal nostro codice civile. L'art. 1321 da' la definizione di contratto: il punto di rilevanza ermeneutica è la parola *accordo*, il fatto giuridico che ne costituisce l'essenza. L'art. 1322, che ha come rubrica *autonomia privata*, dispone: "le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti posti dalla legge". Qui i punti di rilevanza ermeneutica sono due: *possono* e *liberamente*. Il possono esprime un potere, che la legge riconosce al privato, di dettare regola vincolante ai propri interessi. Il potere che si esprime come autonomia privata si può definire prestruttura del contratto, che ne costituisce l'esplicazione. La formula della rubrica enuncia un principio. Questo punto di vista teorico consente, come dimostra in modo altissimo il negozio di Betti, di ricostruire momenti essenziali della sua *Teoria*: la critica al dogma della volontà, il potere di autoregolamento, la causa come funzione e così via.

E infine l'avverbio *liberamente* che richiama la libertà come valore fondante, criterio e misura dell'attività del privato che opera in regime di autonomia.

Mi sembra un bell'esempio di dettato legislativo, scritto da chi le leggi le sapeva scrivere, un rinvio significativo di momenti diversi ma connessi, fatto, potere, principio, valore. La dottrina non deve avere timore di seguire questi itinerari, tracciati già dalla stessa legge.

10. Conclusioni.

Vorrei concludere con poche proposizioni. Il concetto di fattispecie non va eliminato dal discorso del civilista, e perciò da quello del giudice. La prospettiva rimediale non scaccia la logica su cui si fonda la fattispecie. In questa direzione, forse, va letto un recente scritto su *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto* (in questa Rivista, 2013).

La fattispecie - come ne stiamo discutendo - non indica un contenuto ma una struttura, uno schema logico, e si riduce a un concetto, se si vuole una categoria. Che, in quanto tale, sta.

I concetti si usano se servono e quando servono. L'opportunismo metodologico enunciato da Einstein è stato, dalla filosofia, teorizzato.

Se si mette tra parentesi la fattispecie, il discorso del giurista si fonda su un'argomentazione attendibile, e più, convincente.

Le strutture logiche del discorso convincente sono appunto analizzate e teorizzate dalla nuova retorica, che così assume un rilievo integrativo dell'ermeneutica.

Perciò vorrei chiudere auspicando nelle facoltà giuridiche corsi di retorica. Non sembri una novità sconcertante. Anche se caduta in discredito, come ho già accennato, si deve ricordare che la retorica si è insegnata in tutti i tempi, e autorevolmente insegnata. Basti richiamare un nome illustre, vanto del pensiero italiano, Giambattista Vico, che ha trascorso il suo magistero sulla cattedra universitaria di retorica. Per la verità, ha coltivato l'ambizione, mai realizzata, di essere chiamato al diritto civile. Come ricorda la storia, la cattedra fu assegnata a un tal Domenico Gentile. Questi giochi non si incontrano solo nell'università di oggi. Tuttavia il fatto, considerato da lontano, può volgersi in positivo, e letto come eterogenesi dei fini: Giambattista Vico, piegato a un *menage* di vita più modesto, ha però scritto la Scienza Nuova.

BREVI NOTE IN TEMA DI REGOLE E PRINCIPI *

Di Andrea Proto Pisani

1. Recenti interventi (sulla *Riv. dir. civ.*, sulla *Riv. dir. proc.* e su *Dir. pubblico*) di autorevoli giuristi e recenti convegni hanno richiamato l'attenzione sulla differenza tra regole e principi, evidenziando in particolare la pericolosità dei principi riguardo alla certezza e prevedibilità delle decisioni giudiziarie.

2. Le regole sarebbero espresse da testi di legge contenenti norme generali e astratte le quali per un verso indicherebbero i fatti della c.d. fattispecie legale astratta per altro verso gli effetti giuridici ad essa ricollegati.

2.1. E' sin d'ora osservare che talvolta (ma non infrequentemente) la fattispecie legale astratta ricollegherebbe gli effetti giuridici (a loro volta più o meno analiticamente individuati) in tutto o (più spesso) in parte a fatti incerti o perché individuati attraverso clausole generali (implicanti il richiamo a valutazioni o valori) o perché costituiti da fenomeni propri di scienze opinabili diverse dalla scienza giuridica.

2.2. Salvo i così ricadenti sub 2.1 le regole per risalente (ma tralaticia) tradizione sarebbero individuabili in modo (tendenzialmente) certo e quindi facilmente prevedibile attraverso il ricorso alla analisi del linguaggio e alla deduzione logico-sistematica "con esclusione rigorosa di argomenti extrasistematici, religiosi, morali, politici, e economici". L'applicazione delle regole per risalente (ma tralaticia) darebbe luogo a giudizi della specie verità/falsità.

2.3. Croce e delizia dell'interprete sarebbe poi la (frequente) ipotesi in cui la fattispecie concreta non sia disciplinata da una regola "precisa" e pertanto la lacuna (ai sensi del capoverso dell'art. 12 delle preleggi) debba essere integrata tramite la c.d. analogia da regole dettate per così simili (il ricorso all'analogia è sempre sotto la spada di democle data dal suo concorrere in via di esclusione con il c.d. argomento *a contrarîs*) e, in mancanza, tramite il ricorso dei principi generali dell'ordinamento, principi che sono regole altamente indeterminate (non tipicizzate) o ricadono sotto i rilievi di cui *infra* 3.

3. I principi enunciati dal codice civile (correttezza, buona fede, ecc.ecc.), o dalla Costituzione, o dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, o dalla c.d. carta di Nizza o da regolamenti o convenzioni della UE ecc., pur essendo tutti affermati da disposizioni vigenti nell'ordinamento, sarebbero (molto spesso) meri valori senza fattispecie.

3.1. I principi o valori (legalmente riconosciuti) sarebbero interpretati non sulla base (solo) della analisi del linguaggio e soprattutto di deduzioni logico-sistematiche, bensì prevalentemente tramite giudizi fondati sulla retorica, cioè su valutazioni caratterizzate dalla persuasività, ragionevolezza, coerenza interna ecc. e soprattutto spesso a seguito del bilanciamento con altri valori di rango superiore o anche di pari rango.

3.2. A differenza delle regole, i principi per loro natura tendono ad una evoluzione più rapida a se-

* Articolo in corso di pubblicazione sul Foro Italiano

guito di mutamenti del costume o della realtà sociale.

4. L'irrompere dei principi nel mondo del diritto, a differenza di quanto sembrerebbe dagli scritti e dai convegni che hanno costituito l'occasione di queste mie rapide (rapidissime) note non è fenomeno di questi ultimi anni.

4.1. Tutto il lento evolversi della teoria dell'interpretazione giuridica mostra come (dall'inizio del secolo scorso a oggi) i vari metodi interpretativi (anche quelli meramente esegetici) implicano sempre e inevitabilmente opzioni valutative, anche se la cultura di un astratto logicismo induce gli operatori giuridici (dottrina e giurisprudenza) a non esplicitare sempre con la dovuta chiarezza quali sono i valori alla cui stregua sono effettuate le opzioni valutative ultime che inducono a scegliere il singolo metodo adottato per giustificare il risultato accolto (ma v. di recente per una chiara indicazione dei valori alla cui stregua si effettua la scelta interpretativa Cass. sez. un. 25255/14, *Foro it*. 2015, I, 862 ss. e *ivi* 944 la mia nota di commento).

4.2. Non è inutile richiamare l'attenzione sulla circostanza che un filosofo del diritto (Luigi Lombardi Vallauri) nel suo corso universitario individua ben 24 metodi di interpretazione che approssimativamente possono dare luogo a 72 (o addirittura 144) risultati interpretativi accettabili, risultati sulla cui base è davvero effettuata la scelta fra singolo metodo.

4.3. E' da notare poi che il fenomeno delle clausole generali (e anche l'attribuire rilevanza a fatti - quali ad es. bene di interesse artistico, correttezza di bilancio, concorrenza sleale, ecc. ecc.- individuabili solo attraverso spesso complessi ed incerti saperi specialistici non giuridici) è fenomeno assai risalente nel tempo al quale la dottrina, anche della prima metà del secolo scorso, si è quasi sempre riferita con giudizi altamente elogiativi evidenziandone il significato di concetti valvola o di polmone dell'ordinamento. E ciò pur nella piena consapevolezza del loro dar luogo a fattispecie incomplete necessitanti di integrazioni quasi sempre di carattere valutativo.

4.4. Se salto qualitativo vi è stato, esso risale per il nostro ordinamento al 1° gennaio 1948, data di entrata in vigore della nostra costituzione.

Pur consapevole dei molti ritardi della nostra cultura giuridica (ritardi che si sono protratti anche fino al decennio successivo al 1956, anno in cui entrò in funzione la Corte costituzionale) mi sembra sia da rilevare che a seguito della costituzione del 1948 (costituzione la cui prima parte è in gran parte costituita da principi, o quanto meno da regole non analitiche) l'interprete teorico e pratico è stato chiamato ad effettuare molto spesso interpretazioni sistematiche delle singole regole della legge ordinaria con i principi costituzionali.

Così che è quanto meno dal 1 gennaio del 1948 che si sarebbe dovuto assistere al fenomeno della irruzione dei principi nel mondo del diritto.

4.5. Nonostante il carattere accentrato del nostro controllo di costituzionalità, non si può fare netta distinzione di competenze tra giudici c.d. ordinari e Corte costituzionale. La storia della giurisprudenza della nostra Corte costituzionale, storia cui qui si può solo molto fugacemente accennare, è che la Corte, sin dalle sue primissime sentenze interpretative di rigetto prima implicitamente, (poi esplicitamente dalla fine degli anni ottanta ad oggi) ebbe chiaramente ad affermare che, prima di sollevare questioni di legittimità costituzionale, è dovere del giudice effettuare, offrire –nei limiti delle possibilità offertile anche dalle più ardite interpretazioni sistematiche- interpretazioni della legge ordinaria (si suole dire oggi) costituzionalmente orientate (e, direi, questo vale anche ove il giudice, per salvare il testo di legge ordinaria, sia chiamato a fare veri e propri bilanciamenti fra principi costituzionali). Il che del resto è (in gran parte pur con grosse diversità) conforme anche ai rapporti tra legge nazionale e legge (superiore) europea (UE).

5. Se i (banali) rilievi svolti precedentemente colgono l'essenza della contrapposizione regole/principi ne segue che per un verso la valutatività (l'operare dei valori) nella interpretazione è fenomeno da sempre esistito, per altro verso dal 1948 in poi (con l'entrata in vigore della Costituzione e poi della legislazione *lato sensu* europea) è di certo quantitativamente (non qualitativamente) aumentato. L'operatore giuridico (dottrina e giudice) è chiamato sempre più a interpretazioni complesse di cui sistematicamente fanno parte regole (fattispecie legali astratte) e principi (valori).

Di qui (dal 1948 in poi) l'aumento quantitativo della incertezza, della imprevedibilità (se si vuole della incalcolabilità).

6. Di qui discende (non il negare la realtà dei valori ma)la necessità di prendere atto della estrema importanza di fare funzionare meglio gli strumenti istituzionali che possono ridurre i fattori (patologici) che incidono sulle incertezze, imprevedibilità ecc. ecc.

6.1. Il processualcivilista (o anche l'arido procedurista come io sono solito qualificarmi) non può allora non richiamare l'attenzione (non solo sulla legislazione, sulla cattiva tecnica normativa che troppo spesso è fonte di per sé di inutile –nel senso che non derivano da principi o valori- incertezza, imprevedibilità ecc. ecc.) sul funzionamento della Corte di cassazione quale Corte suprema avente per l'appunto la ragione del suo esistere nella assicura-

zione (tendenziale, dinamica, non statica) della uniformità della interpretazione giurisprudenziale.

6.2. Di qui (come ho osservato da ultimo in due scritti apparsi nel fascicolo di marzo del 2015 sul *Foro italiano*): a) di superare l'attuale situazione di crisi, di vera e propria paralisi della corte di cassazione italiana, Corte di cassazione che da fonte di certezza, di prevedibilità ecc., è (salvo l'eccezione di alcune sentenze delle sezioni unite) divenuta essa stessa fonte di incertezza ecc. (e non perché chiamata ad applicare fattispecie complesse intrise di principi, ma solo o soprattutto per il suo abnorme carico di lavoro: 100.000 ricorsi pendenti a fine anno, 30.000 ricorsi decisi ogni anno, 250 circa per ogni consigliere). I rimedi a mio avviso sono possibili; li ho indicati più volte (v. da ultimo *Foro it*. 2015, V, 188 ss.) ma sinora sono rimasto inascoltato (non solo dal mitico legislatore ma anche dall'ambiente degli operatori giuridici che lavorano nel "palazzaccio" di piazza Cavour); b) necessità di individuare le modalità (a costituzione invariata) idonee a consentire il controllo della Corte di cassazione per violazione di legge anche nei confronti delle decisioni oggi devolute al Consiglio di stato ove questo giudice sia chiamato (come sempre più frequentemente accade a seguito della, a mio avviso abnorme, estensione della giurisdizione c.d. esclusiva) ad applicare le stesse leggi, lo stesso "diritto", in tema di obbligazioni, responsabilità e contratti una volta riservato al solo giudice ordinario (*id*. 2015, V, 184 ss.).

VALORE ECONOMICO DELLA GARANZIA IPOTECARIA TRA SUDDIVISIONE E FRAZIONAMENTO

Di Fabio Addis

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. La situazione fattuale decisa dal Tribunale di Roma. – 3. L'apparato motivazionale della pronuncia. – 4. I termini del dibattito giurisprudenziale. – 5. La distinzione tra quote di suddivisione del finanziamento e quote di frazionamento dell'ipoteca.

1. Il problema

La confutazione della concezione individualista della proprietà, che, attraverso l'idea del c.d. «diritto reale fondamentale», ha per lungo tempo trovato supporto concettuale nella distinzione tra la relazione interna, di natura «esclusiva», con la *res* e la fissazione di limiti «esterni», fondati sul perseguimento della funzione sociale, ha indotto più volte il compianto Maestro al quale il presente scritto è dedicato a sottolineare che la descrizione del contenuto del diritto di proprietà è possibile solo se l'analisi del dato positivo delinea le esigenze e i bisogni dei terzi diversi dal proprietario, così da chiarire quali condotte quest'ultimo possa tenere per esercitare legittimamente il diritto di scegliere la destinazione economica del bene, in cui si sostanzia il carattere «assoluto» della sua situazione giuridica soggettiva[1].

Così argomentando, Michele Costantino non è riuscito solo a dimostrare che la determinazione della figura della proprietà è ineludibilmente condizionata dall'ordinamento giuridico vigente e non può tradursi nell'evocazione di un concetto astrattamente pieno ed illimitato, ma deve necessariamente confrontarsi con le molteplici fonti di produzione nor-

[1] Cfr. M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1965, spec. p. 123 ss.; ID., *L'ipotesi*, in *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, a cura di M. Costantino, Milano, 1978, p. 4 s. (entrambi questi scritti, con i titoli di *Contenuto, esercizio e tutela giuridica della proprietà* e di *Funzione sociale e diritti degli «altri»*, possono altresì leggersi in ID., *Rischi temuti, danni attesi, tutela privata*, Milano, 2002, pp. 3 ss. e 68 s.); ID., *Disciplina del territorio e sfruttamento delle risorse idriche: partecipazione e tutela*, in *Le nuove frontiere del diritto e il problema dell'unificazione*, Atti del Congresso internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari, 2-6 aprile 1975, I, Milano, 1979, p. 175 s.; ID., *La proprietà nel sistema dei diritti reali e nella legislazione speciale successiva alla Costituzione*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cura di A. Pizzorusso e V. Varano, I, Milano, 1985, p. 15 ss.; ID., *Esercitazione su nevrosi per richiami impropri a nozione astratte*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, II, Milano, 2004, p. 878 s.; ID., *Il diritto di proprietà tra diritto comunitario e diritto interno*, in *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Atti del Convegno di studi, Siena, 18-19 ottobre 2002, a cura di M. Comporti, Milano, 2005, p. 45 ss.; ID., *Il diritto di proprietà*, 2ª ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, VII, 1, Torino, 2005, p. 251 ss.

mativa, ivi comprese quelle di natura non statualistica[2].

Egli ha altresì avviato la ricerca delle ricadute applicative sottese alla ridefinizione della contrapposizione tra diritti assoluti e relativi già teorizzata da altra parte della dottrina, la quale, rilevando la necessità di abbandonare ogni riferimento ai destinatari dell'efficacia giuridica del diritto, ha limpidamente enunciato la possibilità di costruire in termini strutturali anche la relazione proprietaria: «di per sé, infatti, la relazione tra il soggetto ed il bene è priva della nota caratterizzante della giuridicità. La giuridicità suppone che la relazione sia garantita dall'ordinamento giuridico; e la garanzia è data nell'unico modo atto a procurare al titolare del diritto assoluto il soddisfacimento del proprio interesse: cioè coll'impedire che altri vi interferiscano. Nel descrivere, pertanto, la posizione di potere del titolare del diritto assoluto, e nell'analizzare la struttura del diritto stesso, non appare possibile prescindere dalla connessione con la posizione di tutti gli altri soggetti, che dalla relazione col bene oggetto del diritto sono, per l'appunto, esclusi: la posizione dell'uno trova la sua dimensione proprio nella posizione degli altri»[3].

Se i corollari insiti in questo rilievo fossero stati adeguatamente valutati dalla giurisprudenza, la pronuncia che queste brevi note intendono sottoporre ad una rivalutazione critica non sarebbe stata, con ogni probabilità, emanata, perché il giudice avrebbe potuto risolvere il problema a lui sottoposto attribuendo decisiva importanza alla limitazione del potere dispositivo del proprietario insita nella prelazione riconosciuta al titolare di un'ipoteca sul bene promesso in vendita e alla conseguente necessità di salvaguardare il valore economico della garanzia del relativo diritto di credito preservandolo da irragionevoli trasformazioni indotte da comportamenti ai quali il creditore non ha prestato il proprio consenso[4].

Il Tribunale di Roma, invece, attraverso un'originale interpretazione dell'art. 39, 6° co., t.u.b., ha deciso che, in presenza di una garanzia ipotecaria iscritta su un complesso immobiliare, l'Istituto di credito deve sottostare al piano di frazionamento dell'ipoteca richiesto dai promissari acquirenti di una singola unità immobiliare del complesso all'atto della conclusione dei relativi contratti di vendita, purché in essi sia stata manifestata la volontà degli acquirenti stessi di accollarsi una parte del finanziamento concesso al costruttore del complesso, a nulla rilevando che il suddetto Istituto non abbia avuto la concreta possibilità di conoscere ed accettare il relativo piano di frazionamento.

Secondo quanto si legge nella pronuncia, il frazionamento stesso, «in quanto atto unilaterale di rinuncia all'indivisibilità dell'ipoteca, avente caratte-

[2] Per una più ampia valutazione dell'incidenza che questo rilievo può avere nella ricostruzione dei connotati caratterizzanti il c.d. «diritto privato regionale», sia consentito il rinvio a F. ADDIS, *Fonti legali della proprietà e decentramento normativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 15 ss.; e, con particolare riferimento alla dimensione spaziale della proprietà, ID., *Sui limiti verticali della proprietà fondiaria*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, a cura di Pagliantini, E. Quadri e Sinesio, I, Milano, 2008, p. 15 ss.

[3] Così F. SANTORO PASSARELLI, voce *Diritti assoluti e relativi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 757; e in ID., *Libertà e autorità nel diritto civile. Altri saggi*, Padova, 1977, p. 59, le cui conclusioni, con particolare riferimento alla necessità di distinguere tra mera rilevanza del diritto e del relativo titolo costitutivo ed opponibilità ai terzi dello stesso, sono puntualmente riprese e sviluppate da G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988, spec. p. 34 ss.; ID., *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995, spec. p. 41 ss.

[4] La più sicura conferma dell'assunto è offerta dal combinato disposto degli artt. 754 e 2809, 2° co., c.c., che, sancendo il principio di indivisibilità dell'ipoteca, rafforzano la protezione del creditore conferendogli il diritto di ottenere il soddisfacimento in forma esecutiva del proprio credito su tutti i beni vincolati, così da precludere ai proprietari di questi ultimi la possibilità di opporre la divisione tra loro del debito: cfr. G. GORLA, *Pegno e ipoteca*, 2ª ed., in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1955, p. 424 s.; D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XIX, Milano, 1956, p. 96 s.; G. TAMBURRINO, *Della tutela dei diritti. Delle ipoteche*, in *Commentario del codice civile Utet*, VI, 3, Torino, 1970, p. 72 s.; M. FRAGALI, voce *Ipoteca (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 772; A. CHIANALE, voce *Ipoteca*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, X, Torino, 1992, p. 163 s.; ID., *I diritti reali*, VI, *L'ipoteca*, 2ª ed., in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2010, p. 68 s.; ID., *Ipoteca*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro e U. Morello, V, *Diritti reali di garanzia*, Milano, 2014, p. 320 s.; G. GORLA e P. ZANELLI, *Del pegno e delle ipoteche*, 4ª ed., in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1992, p. 220 ss.; A. RAVAZZONI, *L'ipoteca*, 2ª ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XX, 2, Torino, 1998, p. 13 s.; ID., *Le ipoteche*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, fondato e già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2006, p. 65 ss.; P. BOERO, *Le ipoteche*, 2ª ed., in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1999, pp. 153 s. e 209; F. MASTROPAOLO e A. e T. TAVERNITI, *Privilegi e ipoteche*, in *I contratti di garanzia*, a cura di F. Mastropaolo, II, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 1169 ss.; nonché, con particolare riferimento all'indivisibilità dei debiti ereditari garantiti da ipoteca, L. BULLO, Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur. *Per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, Padova, 2005, spec. p. 354 ss.; G.F. BASINI, *L'oggetto della comunione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009, p. 42 ss.; A. CIATTI, *La comunione ereditaria e la divisione*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*, 2ª ed., a cura di R. Calvo e G. Perlingieri, II, Napoli, 2015, p. 1333 s.

re dichiarativo, non può costituire fonte di nuove obbligazioni per il terzo acquirente che non vi abbia partecipato, il quale rimane obbligato nei confronti del mutuante nei limiti in cui si è accollato il debito e può opporre al creditore le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta. Ne consegue l'illegittimità della suddivisione che non abbia rispettato le quote di accollo pattuite dal mutuatario con i terzi acquirenti, aumentandone l'ammontare»[5].

La pericolosità della soluzione – destinata a provocare rilevanti conseguenze economiche sfavorevoli per la banca e ad agevolare una complessiva ed ingiustificata diminuzione della garanzia ipotecaria – è solo apparentemente temperata dal grado di giudizio in cui è stata resa e dalla conseguente possibilità di una sua radicale confutazione nel successivo sviluppo giudiziario della controversia.

Il giudice di merito, infatti, ha sottolineato che la sua decisione è conforme a quanto già osservato dalla Cassazione in due recenti pronunce, sicché il compito ricostruttivo che si vuole cercare di svolgere in questo scritto non può esaurirsi nella descrizione delle caratteristiche fattuali della controversia in esame e nella conseguente individuazione della *ratio decidendi* della pronuncia e della sua corrispondenza al dato positivo invocato, ma deve altresì investire le posizioni del giudice di legittimità e l'adeguatezza del loro richiamo.

2. La situazione fattuale decisa dal Tribunale di Roma.

Nel caso deciso dalla sentenza esaminata, una società cooperativa a responsabilità limitata aveva stipulato con i suoi soci una serie di contratti preliminari di compravendita di appartamenti in corso di ultimazione, realizzati anche grazie ad un cospicuo finanziamento ottenuto – con unico contratto di mutuo – da un istituto di credito, garantito da ipoteca sull'intero complesso immobiliare.

Infruttuosamente scaduto il termine per la stipulazione dei contratti definitivi e sopravvenuto un procedimento di liquidazione coatta amministrativa a carico della cooperativa (nonché l'avvio di un'inchiesta penale nei confronti degli amministratori), i promissari acquirenti avevano convenuto in giudizio la società per chiedere il trasferimento della proprietà sugli appartamenti *ex* art. 2932 c.c., nonché l'istituto di credito affinché il giudice accertasse – previa contestazione della validità del contratto di finanziamento – «l'obbligo della banca di procedere al frazionamento del mutuo e della garanzia secondo le quote risultanti dai prospetti contabili allegati ai preliminari»[6].

Il Tribunale rigetta la domanda di sentenza costitutiva in mancanza della suddivisione del finanziamento e del frazionamento della relativa garanzia ipotecaria.

Parimenti infruttuosa è la richiesta di accertamento della nullità del contratto di mutuo: per quanto il Tribunale rigetti le eccezioni della banca, che aveva contestato la carenza di interesse in capo agli attori, sono ritenute infondate nel merito tutte le pretese ragioni di invalidità del contratto, variamente collegate all'illiceità della causa, alla violazione degli artt. 38 e 39 t.u.b. e alla possibilità di individuare una lesione del principio della *par condicio creditorum* (art. 2741 c.c.) nel fatto che l'istituto di credito si era assicurato una garanzia più ampia ed incisiva di quella correlata ad un precedente finanziamento (concesso tuttavia da altra banca) ripianato dal nuovo mutuo.

In apparente conformità ad un orientamento della Cassazione, adottato senza alcuna consapevolezza critica dei presupposti fattuali che lo giustificano, il giudice di primo grado accoglie invece la richiesta di frazionamento rilevando che la banca – in quanto beneficiata dalla parziale assunzione del debito accollato dai promissari acquirenti all'atto della conclusione del preliminare – deve necessariamente suddividere la sua pretesa restitutoria e frazionare la relativa garanzia ipotecaria in quote corrispondenti a quelle indicate nel medesimo contratto.

3. L'apparato motivazionale della pronuncia.

L'ampia parte della motivazione dedicata all'affermazione della validità del contratto di mutuo non presenta elementi di particolare innovatività e si risolve nel richiamo di orientamenti giurisprudenziali consolidati, specialmente per quanto attiene alla marginale utilità precettiva che i giudici sono soliti attribuire alla specifica finalità del finanziamento, anche quando espressamente enunciata nel relativo contratto[7].

[5] Così Trib. Roma, 6 ottobre 2014, n. 19554, inedita.

[6] Così Trib. Roma, 6 ottobre 2014, n. 19554, cit.

[7] La più recente conferma dell'assunto è offerta dal riconoscimento giurisprudenziale della validità del contratto di mutuo avente ad oggetto una somma eccedente il limite indicato dall'art. 38, 2° co., t.u.b., che è stato così qualificato come norma di mera condotta, alla cui violazione conseguirebbero solo sanzioni di natura amministrativa e pecuniaria: cfr. Cass., 28 novembre 2013, n. 26672, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 381 ss., con nota di D. TOMMASINI, *Il superamento del limite di finanziabilità nel credito fondiario*; in *Fall.*, 2014, p. 407 ss., con nota di L. BALESTRA, *Il superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario tra regole di validità e regole di*

Le articolate contestazioni dei promissari acquirenti miravano, infatti, a far emergere un'illecita distrazione del finanziamento ottenuto, deducendola dal fatto che esso risultava – secondo la formulazione letterale del contratto – diretto a garantire solo la costruzione del complesso immobiliare e, al contrario, era stato – sia pure in parte – impiegato dalla cooperativa per ripianare una sua preesistente esposizione debitoria.

L'impossibilità di far discendere da tale circostanza una specifica ragione di nullità del contratto di mutuo è ampiamente dimostrata dal giudice sulla base del carattere esclusivamente pattizio dell'espressa enunciazione della finalità del finanziamento che, in quanto derivante esclusivamente dall'accordo delle parti, non può essere invocata da terzi estranei alla stipulazione per contestare la validità del contratto.

Il carattere «fondiario» del mutuo, in altri termini, non vale ad individuare nella legge il titolo giustificativo di uno specifico impegno del mutuatario all'impiego della somma per finalità connesse all'attuazione del programma edilizio e non giustifica la pretesa di terzi alla verifica del puntuale rispetto di quest'ultimo. L'eventuale mancato perfezionamento del programma assume i contorni di un inadempimento, che provoca un rilevante pregiudizio solo all'Istituto di credito, facendogli perdere la possibilità di invocare il principio di estensione dell'ipoteca agli immobili edificati ed incrementando le conseguenti difficoltà di restituzione del finanziamento, collegabili al fatto che il mutuatario, ritardando o evitando la consegna degli appartamenti, rischia altresì di perdere i pagamenti dei potenziali acquirenti, che avrebbe dovuto impiegare per l'adempimento del mutuo. Tali circostanze legittimano esclusivamente la reazione dell'Istituto di credito, conferendogli la possibilità di invocare la risoluzione del contratto, ma non possono inficiare – *a posteriori* – la validità della pattuizione.

Questo esito argomentativo appare coerentemente fondato sul principio di relatività degli effetti del contratto, che dal carattere pattizio di una disposizione fa discendere l'assenza in capo ai terzi dell'interesse a verificarne il grado di effettiva attuazione[8].

Stupisce, tuttavia, che il medesimo giudice non abbia esitato a seguire, nella stessa sentenza, un principio diametralmente opposto imponendo all'Istituto di credito l'obbligo di procedere alla suddivisione del mutuo e al frazionamento della garanzia ipotecaria secondo il piano di ripartizione fissato nel contratto preliminare.

È infatti vero – come rileva la sentenza in commento – che l'art. 39, 6° co., t.u.b., in presenza di un «edificio o complesso condominiale per il quale può ottenersi l'accatastamento delle singole porzioni che lo costituiscono», legittima «il debitore, il terzo acquirente, il promissario acquirente o l'assegnatario del bene ipotecato o di parte dello stesso, questi ultimi limitatamente alla porzione immobiliare da essi acquistata o promessa in acquisto o in assegnazione», a chiedere alla banca di procedere «alla suddivisione del finanziamento in quote e, correlativamente, al frazionamento dell'ipoteca a garanzia».

La medesima previsione, tuttavia, nulla dispone in ordine ai criteri con cui procedere al frazionamento e, segnatamente, non stabilisce che la quota di accollo del finanziamento contenuta nel contratto (preliminare o definitivo) avente ad oggetto una singola porzione del complesso immobiliare debba automaticamente – in mancanza di alcuna manifestazione di assenso dell'istituto di credito – tradursi in un identico frazionamento dell'ipoteca, senza che questa possa essere proporzionata in base al concre-

comportamento: a proposito di un (clamoroso) equivoco da parte della Cassazione; in *Contr*., 2014, p. 439 ss., con note di S. PAGLIANTINI, *La logica (illogica) dell'art. 38 t.u.b. ed il canone (mobile) della Cassazione*; e G. D'AMICO, *Sull'ambito di applicazione della disciplina del credito fondiario*; in *Corr. giur*., 2014, p. 923 ss., con note di M. PIAZZA, *Sul superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario*; e M. MARTINO, *Sulla sorte del mutuo fondiario che viola i limiti di finanziabilità: un recente, criticabile arresto della Cassazione*; in *Giur. comm*., 2014, II, p. 156 ss., con nota di G. FALCONE, *Ancora sul superamento dei «limiti di finanziabilità» nelle operazioni di credito fondiario*; in *Banca, borsa e tit. cred*., 2014, II, p. 123 ss., con note di A.A. DOLMETTA, *Identità del credito fondiario e «premio dell'irragionevolezza»* (consultabile, con il titolo *Credito fondiario e limite di finanziabilità*, anche in *Vita not*., 2014, p. 37 ss.); U. MINNECI, *Mutui fondiari e interesse del cliente: «est modus in rebus»*; S. MALVAGNA, *Credito fondiario, nullità «a vantaggio del cliente» e legittimazione di altri*; e F. ONNIS CUGIA, *La regola dell'art. 117, 8° co., t.u.b. e il credito fondiario*.

[8] Una felice sintesi è offerta, sul punto, da G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, 2ª ed., Padova, 2009, p. 378 s.: «il legislatore italiano del 1942, sotto il titolo "Degli effetti giuridici" riunisce nel capo V tutte le norme che, pur in diverso modo e sotto diversi profili, disciplinano i vari aspetti effettuali del contratto. L'art. 1372, 2° co., c.c. prevede il principio di relatività e al tempo stesso dà rilievo ad alcuni aspetti della tematica discussi nell'ambiente tedesco. Con l'uso del termine "efficacia", più ampio di quello di "effetti", la legge vuol alludere alla capacità espansiva e a quel particolare (e per certi versi eccezionale) tipo di proiezione effettuale che, al di là dell'intenzione delle parti, il contratto può avere. Il riferimento all'efficacia … finisce per confinare con l'idea stessa di rilevanza del contratto nei confronti dei terzi, mentre gli "effetti" che lo stesso produce ai sensi dell'art. 1372 sono una conseguenza logica dell'essere il negozio un regolamento d'interessi e si producono quindi solo fra le parti. Insomma, dal significato letterale dei termini impiegati dal legislatore e dalla sistematica adottata emerge una diversa valutazione del contratto a seconda che s'intenda regolare l'assetto d'interessi che le parti hanno programmato o le conseguenze che da esso possono derivare per i terzi».

to valore dell'unità immobiliare singolarmente venduta[9].

Nel caso di specie, tale rilievo assume importanza decisiva, perché la banca – non opponendosi all'ipotesi del frazionamento ma avendo come unico interesse quello di non subire una riduzione del valore complessivo dell'ipoteca frazionata – aveva inviato al consorzio un piano di riparto del frazionamento dell'ipoteca significativamente diverso da quello allegato ai singoli contratti, perché fondato sull'effettivo stato di avanzamento dei lavori e sul conseguente valore di ogni unità immobiliare non ancora ultimata.

Nelle premesse ai preliminari, invece, era semplicemente stabilito che «è tuttora in corso di frazionamento il mutuo… onde le parti… sono venute nella determinazione di stipulare il presente atto preliminare di assegnazione allegando allo stesso il prospetto riepilogativo dei costi di costruzione… e della quota di mutuo da frazionarsi, garantito dalla ipoteca corrispondente, sempre da frazionarsi, e fin d'ora accollato dal singolo assegnatario e risultato dal suddetto prospetto allegato»[10].

Il giudice di merito, qualificando la clausola appena riportata come accollo esterno cumulativo della quota di finanziamento *ex* art. 1273 c.c., ha ritenuto che il consenso dell'Istituto di credito – allo stato non provato – non fosse necessario né per il valido perfezionamento dell'atto né per la ripartizione della quota di frazionamento dell'ipoteca, che, in virtù del già citato art. 39, 6° co., t.u.b., avrebbe dovuto essere calcolata in modo corrispondente alla quota accollata.

La parificazione tra quote di accollo e quote di frazionamento potrebbe, tuttavia, determinare una significativa riduzione della garanzia ipotecaria, a misura che il mutuatario, non facendo accollare l'integrale capitale maggiorato degli interessi, continui ad essere debitore esclusivo di una parte di esso, ma riesca a cedere l'intero complesso immobiliare: i vari acquirenti, infatti, potrebbero ottenere la cancellazione di tutte le quote frazionate di ipoteca previo adempimento dell'obbligazione pecuniaria oggetto di accollo, lasciando l'istituto di credito privo di garanzia reale per la somma ancora da restituire[11].

Poiché siffatto esito – ineludibilmente imposto dall'affermazione di un obbligo di frazionamento che non riconosce all'Istituto di credito alcun ruolo nella determinazione delle relative quote – è evidentemente sfavorevole al medesimo Istituto, è necessario concludere che, così argomentando, il giudice non ha esitato ad attribuire alla clausola contenuta nel preliminare un'eccezionale «efficacia transitiva» sfavorevole nei confronti di terzi, consentendo di estendere a chi non ha partecipato alla sua redazione effetti di natura prevalentemente negativa, in netto contrasto con i principi generali del sistema giuridico, che riconoscono solo la capacità dell'atto di autonomia privata – unilaterale o bilaterale – di produrre effetti favorevoli nei confronti di terzi, senza – ma mai contro – la loro volontà[12].

---

[9] Cfr. G. Falcone, in *Testo unico bancario*, Commentario a cura di M. Porzio, F. Belli, G. Losappio, M. Rispoli Farina e V. Santoro, Milano, 2010, p. 394 s.; M. Pellegrini, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, 3ª ed., I, Padova, 2012, p. 444 ss.; F. Giorgianni e C.M. Tardivo, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, 3ª ed., Milano, 2012, p. 577; nonché, per una puntuale disamina della versione della norma antecedente al 2005, in cui – a differenza di quella qui esaminata – il diritto al frazionamento era concesso solo al debitore e al terzo acquirente del bene ipotecato, E. Capanna, *La garanzia ipotecaria*, in *La nuova legge bancaria. Il Testo unico delle Leggi sulla intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione*, Commentario a cura di P. Ferro-Luzzi e G. Castaldi, I, Milano, 1996, p. 636 ss.

[10] Così Trib. Roma, 6 ottobre 2014, n. 19554, cit.

[11] Cfr. P. Sirena, *Il frazionamento dell'ipoteca nel credito edilizio*, in www.fondazionenotariato.it, p. 1: «avendo ottenuto un credito fondiario di 100 al fine di costruire un edificio, l'imprenditore mutuatario successivamente vende le 5 unità abitative che ne fanno parte, convenendo con il compratore di ciascuna che si accolli una quota del mutuo pari a 10. Se si seguisse il più recente insegnamento del giudice di legittimità, il successivo frazionamento del mutuo fondiario non potrebbe non rispettare tali quote di accollo: quindi, nell'esempio che si è fatto, frazionata l'ipoteca, quest'ultima risulterebbe gravare su ciascun appartamento per una somma non superiore a 10. Ora se è vero che, sempre per stare all'esempio, gli appartamenti sono 5 e che il compratore di ciascuno si è accollata una quota del mutuo pari a 10, ne consegue che, frazionata l'ipoteca, la banca si vede ridurre il complessivo montante ipotecario da 100 (ossia, l'importo originario del mutuo ipotecario) a 50 (ossia, la somma delle quote che i terzi acquirenti si sono accollati): si vede quindi dimezzare la garanzia ipotecaria».

[12] La più compiuta teorizzazione dell'assunto si deve a G. Benedetti, *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 1297 s.; e in *Studi in onore di Emilio Betti*, V, Milano, 1962, p. 792 s.; Id., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 197 ss.; Id., *Gratuità e rifiuto*, in *Il principio di gratuità*, a cura di A. Galasso e S. Mazzarese, Milano, 2008, p. 461 s. Sia pure entro ricostruzioni a volte divergenti in ordine alla struttura di singole manifestazioni positive del medesimo principio, confermano l'esistenza di quest'ultimo anche R. Sacco, *Contratto, e negozio a formazione bilaterale*, in *Studi in onore di Paolo Greco*, II, Padova, 1965, pp. 954 s. e 972; M. Bin, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1966, p. 164 s.; R. Cicala, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione «novativa» del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968, pp. 184 s., nota 223, e 193 s.; E. Perego, Favor legis *e testamento*, Milano, 1970, p. 120 s.; L.V. Moscarini, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, p. 125 ss.; Id., voce *Rinunzia. I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1991, p. 3 s.; e in Id., *Diritto privato e interessi pubblici. Scritti minori*, I, *Obbligazioni e contratti*, Milano, 2001, p. 246; Id., *Il contratto a favore di terzi*, 2ª ed., in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2012, pp. 27 s. e 71 ss.; C. Donisi, *Il problema dei negozi giuridici unila-*

4. I termini del dibattito giurisprudenziale.

La critica appena prospettata non può essere agevolmente confutata dal richiamo di orientamenti giurisprudenziali che – ad una più attenta lettura – si presentano solo apparentemente conformi all'assunto fatto proprio dalla sentenza in esame.

Del tutto improprio si rivela, anzitutto, il richiamo della più risalente pronuncia di Cassazione sul tema[13].

Nonostante il principio di diritto formulato nella massima sia identico a quello posto a fondamento della decisione qui commentata, il caso che ha originato l'intervento del giudice di legittimità è sensibilmente diverso, perché caratterizzato dal fatto che l'istituto di credito aveva proposto un piano di frazionamento dell'ipoteca, alternativo rispetto a quello contenuto nel contratto di vendita, dopo più di un anno dalla stipulazione e dalla trascrizione di quest'ultimo, pretendendo di imporlo all'acquirente del singolo appartamento che aveva già versato integralmente il prezzo e, dunque, aveva estinto la quota di mutuo accollata con il contratto.

I giudici di merito, muovendo da una puntuale applicazione del principio di relatività degli effetti del contratto ed attribuendo natura pattizia al frazionamento dell'ipoteca, avevano respinto la richiesta dell'istituto di credito, in ragione dell'inopponibilità all'acquirente di un frazionamento «eseguito, senza la sua partecipazione, dopo l'acquisto del bene»[14]. L'ipoteca relativa all'unità immobiliare acquistata non avrebbe più potuto garantire la differenza tra la somma oggetto dell'accollo e la restante quota di mutuo, perché ormai cancellata dall'avvenuta estinzione parziale del debito che l'istituto di credito aveva di fatto accettato ricevendo senza contestazioni il pagamento dall'acquirente[15].

Il giudice di legittimità, confermando tale decisione, si è limitato a correggere la motivazione della sentenza impugnata nella parte relativa alla qualificazione strutturale del frazionamento, precisando che esso costituisce atto unilaterale dell'istituto di credito al quale non può conferirsi la capacità di imporre al terzo acquirente – *senza il suo consenso* – obbligazioni diverse da quelle accollate all'atto della stipulazione del contratto di vendita[16].

Perde dunque gran parte della sua rilevanza applicativa il corollario teorizzato dalla Cassazione riguardo alla necessità che il frazionamento dell'ipoteca sia esattamente corrispondente alla quota di mutuo accollata dall'acquirente[17]: se quest'ultimo ha già eseguito il pagamento di tale quota senza che l'istituto di credito abbia proposto alcun piano di frazionamento alternativo, l'avvenuta estinzione parziale del debito – accettata dal creditore – provoca effetti estintivi sulla corrispondente quota di ipoteca, non essendovi ragioni per sostenere che il creditore già soddisfatto possa continuare a

terali, Napoli, 1972, pp. 46 s., 101 ss. e 133 ss., spec. 141 s., nota 155; ID., voce *Atti unilaterali*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1988, p. 6; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, p. 77 ss.; G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria e «decadenza»*, Napoli, 1980, p. 114 s.; V.E. CANTELMO, *Il diritto legale all'acquisto*, Napoli, 1980, p. 21 ss.; E. BRIGANTI, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, Napoli, 1981, p. 86 s.; A. DI MAJO, voce *Promessa unilaterale (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 49; e in ID., *Le promesse unilaterali*, Milano, 1989, p. 59 s.; F. MACIOCE, voce *Rinuncia (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 931; ID., *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, I, *Parte generale*, Napoli, 1992, p. 142 ss.; E. MINERVINI, *La prescrizione ed i «terzi»*, Napoli, 1994, p. 85; P. CALICETI, *Contratto e negozio nella stipulazione a favore di terzi*, Padova, 1994, p. 6 ss.; F. NADDEO, *Il rifiuto nella problematica contrattuale*, Napoli, 1999, p. 6 s.; S. MAZZARESE, Invito beneficium non datur*: gratuità del titolo e volontà di ricevere l'attribuzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 24 s.; e in *Il principio di gratuità*, cit., p. 171 s.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, 2ª ed., Padova, 2004, p. 192; A. ASTONE, *Contratto. Negozio. Regolamento. Contributo allo studio del negozio unilaterale*, Milano, 2008, pp. 102 ss. e 237 ss.

[13] Cfr. Cass., 20 marzo 2008, n. 7453, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Credito fondiario*, n. 11.

[14] Così Cass., 20 marzo 2008, n. 7453, cit.

[15] La decisione è conforme a Cass., 1 luglio 2005, n. 14084, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Indebito*, n. 5, che, però, si è occupata di un caso antecedente all'entrata in vigore dell'art. 39, 6° co., t.u.b.

[16] Il riferimento alla struttura unilaterale del frazionamento e alla sua funzione abdicativa è frequentemente riscontrabile anche in dottrina: cfr. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 92 ss.; E. GALLO, *Il frazionamento dell'ipoteca*, in *Foro pad.*, 1962, III, c. 74 ss.; e in *Riv. dir. ipot.*, 1962, p. 143 ss.; A. BUCCIANTE, *Frazionamento d'ipoteca ed annotazione*, *ivi*, 1964, p. 19 s.; M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 815; C.M. TARDIVO, *Mutui fondiari ed edilizi ed attività notarile: ipoteca e frazionamento*, in *Vita not.*, 1988, p. 880 ss.; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 78 s.; A. CHIANALE, *I diritti reali*, VI, cit., p. 71 ss.; ID., *Ipoteca*, cit., p. 322 s., il quale, tuttavia, contesta l'opportunità di ribadire identico rilievo in presenza di un frazionamento obbligato quale quello disposto dall'art. 39, 6° co., t.u.b.

[17] È però necessario precisare che proprio in questo principio si registra una netta difformità tra la pronuncia in esame e le conclusioni ricavabili, con riferimento a casi antecedenti all'entrata in vigore del t.u.b., da Cass., 14 dicembre 1990, n. 11916, in *Vita not.*, 1991, p. 429 ss., con nota di C.M. TARDIVO, *A proposito del frazionamento di mutui fondiari ed edilizi*; Trib. Napoli, 23 novembre 1998, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2000, II, p. 601 ss., con nota di C.M. TARDIVO; Cass., 12 febbraio 2003, n. 2073, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Credito fondiario*, n. 4; e Cass., 11 gennaio 2006, n. 264, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 518 ss.; e in *Giur. it.*, 2007, p. 861 ss. Tutte queste sentenze, infatti, si limitano a ribadire – senza prendere alcuna posizione sul rapporto tra suddivisione del finanziamento e frazionamento dell'ipoteca – che quest'ultimo, in assenza di un obbligo normativo quale quello introdotto dall'art. 39, 6° co., t.u.b., costituisce atto discrezionale del creditore e non può essere preteso dalla controparte.

pretendere – a carico di chi lo ha pagato – il mantenimento di una garanzia ipotecaria[18].

La conclusione non muta neppure per il secondo caso giurisprudenziale in cui, in tempi più recenti, il principio di diritto in esame risulta nuovamente affermato, ancorché con una non marginale omissione, che ha probabilmente indotto il Tribunale di Roma a formulare la decisione qui commentata[19].

In questo caso, infatti, il giudice di legittimità ha dichiarato inammissibile il ricorso presentato avverso la decisione resa in grado d'appello, in cui si era ordinata l'integrazione del contraddittorio in un giudizio instaurato dall'acquirente dell'appartamento nei confronti dell'istituto di credito in virtù dell'art. 39, comma 6 *ter*, t.u.b. Quest'ultima previsione dispone che, quando l'istituto di credito non procede tempestivamente al frazionamento del mutuo e dell'ipoteca nonostante la legittima richiesta proveniente dai soggetti indicati nel già citato 6° co. della medesima norma, il richiedente è legittimato a «presentare ricorso al presidente del tribunale nella cui circoscrizione è situato l'immobile», affinché venga designato un notaio «che, anche avvalendosi di ausiliari, redige un atto pubblico di frazionamento sottoscritto esclusivamente dal notaio stesso».

Confermata la necessità dell'integrazione del contraddittorio, il giudice di legittimità ha aggiunto – con un passaggio argomentativo evidentemente non necessario – che la quota di frazionamento dovrà essere identica a quella oggetto dell'accollo, non essendovi ragioni per imporre agli acquirenti delle singole unità immobiliari una garanzia ipotecaria più elevata della somma che essi stessi si sono impegnati a pagare.

È significativo notare che, a differenza di quanto rilevato dalla Cassazione nel 2008, questa volta non compare più alcun accenno alla necessità che l'acquirente presti il suo consenso al piano di frazionamento predisposto dall'istituto di credito.

Ciò appare facilmente comprensibile se posto in relazione con il caso analizzato dal giudice, in cui appunto la banca si era limitata ad opporsi al frazionamento, attendendo le deliberazioni dell'autorità giudiziaria in ordine alla nomina del notaio, anche in ragione dell'assenza – nel giudizio instaurato dall'acquirente – del venditore mutuatario e di altri acquirenti delle unità immobiliari facenti parte del complesso ipotecato.

La mancata specificazione di questo essenziale passaggio argomentativo si rivela, tuttavia, pericolosa per un lettore distratto, che potrebbe essere indotto a concludere che il giudice di legittimità abbia attribuito all'acquirente il diritto di determinare egli stesso la quota di frazionamento dell'ipoteca, anche a scapito dell'istituto di credito.

L'erroneità di siffatta prospettazione è anzitutto denunciabile ricordando che la controversia decisa dalla Cassazione nel 2013 ha conosciuto una successiva fase contenziosa volta appunto a definire – con l'ausilio del notaio – i rapporti tra quote accollate e frazionamento dell'ipoteca, senza alcun automatico recepimento delle eventuali proposte provenienti dal singolo acquirente.

Non si deve inoltre dimenticare che, nella vicenda appena analizzata, l'istituto di credito non aveva presentato alcun piano di frazionamento, contestando la stessa opportunità della sua realizzazione, in netto contrasto con il disposto dell'art. 39, 6° co., t.u.b., che non ammette un rifiuto del frazionamento da parte della banca [20].

Il giudice di legittimità – evidentemente consapevole dei possibili riflessi sfavorevoli per l'istituto di credito derivanti dall'affermazione incontrollata del principio di diritto teorizzato – aggiunge che, ammessa l'identificazione tra quote di accollo e quote di frazionamento, potrebbe determinarsi una diminuzione delle garanzie prestate, idonea a provocare la decadenza del debitore mutuatario – *ex* art. 1186 c.c. – dal beneficio del termine: l'istituto di credito, dunque, ove non si sia opposto al piano di frazionamento presentato dagli acquirenti, conserverebbe la possibilità di chiedere subito al mutuatario l'integrale restituzione del capitale e degli interessi, così da considerarlo immediatamente inadempiente ove essa non fosse regolarmente eseguita. «Il rischio che il mutuatario non sia in grado di soddisfare queste richieste è quello comune di insolvenza e viene accettato dalla banca nel momento in cui decide di erogare il denaro indipendentemente dal frazionamento contestuale della garanzia ipotecaria»[21].

Quest'ultimo inciso chiarisce il presupposto fattuale da cui il giudice di legittimità ha, in entrambe le pronunce, preso le mosse: *l'assenza di una proposta di frazionamento da parte dell'istituto di credito* che, rispettivamente, aveva accettato l'accollo ricevendo il pagamento da parte degli acquirenti (salvo poi accorgersi della potenziale dannosità dello stesso e cercare di ovviare a tale pregiudizio con

[18] Cfr. P. SIRENA, *op. cit.*, p. 1 s.

[19] Cfr. Cass., 21 giugno 2013, n. 15685, in *Foro it.*, 2013, I, c. 2816 ss., con nota di Al. PALMIERI.

[20] Individuano in ciò la reale portata precettiva dell'art. 39, 6° co., t.u.b. A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 674 s.; A. CHIANALE, *I diritti reali*, VI, cit., p. 71 s. Aggiungono invece che la norma attribuirebbe altresì un vero e proprio diritto potestativo al debitore o al terzo acquirente per l'ottenimento del frazionamento S. TONDO, *Nuovi appunti sull'ipoteca fondiaria*, in *Vita not.*, 1995, p. 99 s.; P. BOERO, *op. cit.*, p. 950.

[21] Così Cass., 21 giugno 2013, n. 15685, cit.

un tardivo piano di frazionamento alternativo) o si era semplicemente ed ingiustificatamente opposto alla richiesta di frazionamento legittimamente da essi presentata.

Solo questa circostanza fattuale ha indotto il giudice a prediligere la pattuizione convenuta tra mutuatario e terzo acquirente, prospettando che ad essa si facesse riferimento per procedere al frazionamento così da lasciare all'istituto di credito esclusivamente il rimedio eliminativo della decadenza dal beneficio del termine.

Tale esito appare dunque causalmente riconducibile all'assenza di iniziativa della banca, che – all'atto della stipulazione del mutuo o della conclusione dei contratti (preliminari o definitivi) di vendita delle singole unità immobiliari – non aveva presentato un piano di riparto corrispondente al reale valore dei beni ipotecati.

La conclusione, tuttavia, può e deve essere diversa in presenza di una situazione fattuale divergente e, segnatamente, quando l'istituto di credito – come appunto accade nella vicenda decisa dal Tribunale di Roma – si mostra intenzionato a proporre un piano di frazionamento ma si vede contrapporre un piano di accollo sensibilmente diverso e finalizzato a ridurre complessivamente la garanzia ipotecaria, così da legittimare il suo netto rifiuto, peraltro puntualmente desumibile dalla mancata ricezione dei relativi pagamenti, che i singoli promissari acquirenti non hanno eseguito anche in ragione del fatto che essi, a loro volta, hanno lamentato l'inadempimento del promittente venditore.

5. La distinzione tra quote di suddivisione del finanziamento e quote di frazionamento dell'ipoteca.

Non si deve infatti dimenticare che la controversia ha preso origine da una richiesta di sentenza costitutiva *ex* art. 2932 c.c., che, però, è stata respinta dal giudice in ragione di un argomento difficilmente confutabile, visto che, ai sensi dell'art. 8 d.lgs. 20.6.2005, n. 122, la suddivisione del finanziamento e il frazionamento dell'ipoteca costituiscono condizioni preliminari alla stipulazione del contratto definitivo avente ad oggetto un immobile da costruire, sicché l'assenza di tali requisiti impedisce altresì l'emanazione della sentenza costitutiva, chiamata a sostituirsi al contratto e non a sopperire alla mancanza dei suoi presupposti[22].

Per quanto a tale profilo il Tribunale non dedichi ulteriore attenzione, è tuttavia evidente che – escluso il ricorso all'art. 2932 c.c. – i promissari acquirenti conservano solo ragioni restitutorie e risarcitorie nei confronti del promittente venditore e dunque potranno ottenere la risoluzione dei contratti preliminari, riuscendo altresì a sottrarsi all'obbligo di pagamento nei confronti dell'istituto di credito, il quale, a sua volta, rimarrà creditore del solo mutuatario originario, peraltro manifestamente insolvente.

La necessità di pervenire ad un esito applicativo diverso da quello prospettato nella pronuncia – e di consentire all'istituto di credito di imporre il piano di frazionamento da lui stesso prescelto – è dunque confermata anche dalla sostanziale inutilità del ricorso allo strumento rimediale della decadenza dal beneficio del termine, che rivela tutti i suoi limiti in presenza di una procedura concorsuale, che porterà il mutuatario a restituire solo parte del finanziamento concretamente erogato.

Precludere all'istituto di credito il ricorso alla garanzia ipotecaria senza aver neppure accettato i pagamenti accollati dagli acquirenti significa consentire al contratto da questi ultimi stipulato di imporre un obbligo a terzi anche contro il loro rifiuto. Il che – oltre a porsi in evidente contrasto con i più elementari principi del diritto contrattuale – non trova alcuna giustificazione nella qualificazione strutturale dell'atto di frazionamento né nella disciplina che, più specificamente, lo riguarda[23].

Riesce in particolare incomprensibile l'ampia attenzione dedicata nella sentenza in esame all'art. 1273, ult. co., c.c., il quale dispone che «il terzo è obbligato verso il creditore che ha aderito alla stipulazione nei limiti in cui ha assunto il debito e può opporre al creditore le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta».

Muovendo dalla tradizionale identificazione di accollo esterno e contratto a favore di terzi, il Tribunale di Roma osserva che la clausola contenuta nel preliminare certifica l'accordo di debitore originario e terzo accollante e impone a quest'ultimo di subentrare al primo nei soli limiti della quota di finanziamento ivi indicata. Il creditore accollatario (istituto di credito) non potrebbe sottrarsi a tale ri-

[22] Cfr. A. AMORESANO, C. FERRENTINO ed A. FERRUCCI, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire ed istituti collegati*, Milano, 2008, p. 320 ss.; A. CHIANALE, *op. ult. cit.*, p. 76 s.; S. PERTILE, in *La tutela degli acquirenti da immobili da costruire*, Commentario al d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122 a cura di G. Sicchiero, Padova, 2005, p. 85 ss.; e, per una più ampia valutazione della tutela apprestata agli acquirenti di immobili da costruire, L. MEZZASOMA, *Il «consumatore» acquirente di immobili da costruire fra diritto al risparmio e diritto all'abitazione*, Napoli, 2008, spec. p. 50 ss.; P. MAZZAMUTO, *L'acquisto di immobili da costruire*, Padova, 2008, p. 1 ss.; S. SAJEVA, *Contrattazioni «sulla carta» e tutela dell'acquirente di immobili da costruire. Per un'interpretazione secondo Costituzione del d.lgs. n. 122 del 2005*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 1241 ss.

[23] Cfr. P. SIRENA, *op. cit.*, p. 2 s.

sultato, perché la pattuizione in tal modo conclusa – provocandogli in ogni caso effetti esclusivamente favorevoli – potrebbe essere tutt'al più resa irrevocabile da un suo consenso, ma non sarebbe condizionata nella sua efficacia dalla manifestazione di un'espressa volontà adesiva[24].

Non vi è alcuna necessità, per confutare tale passaggio argomentativo, di prendere posizione sui limiti di identificazione di accollo esterno e contratto a favore di terzi[25]. Anche ammettendone un'integrale equiparazione – e la conseguente irrilevanza del consenso del terzo per legittimare la stipulazione a suo favore – è facile accorgersi che la conclusione teorizzata presuppone il *carattere esclusivamente favorevole* degli effetti prodotti dall'accollo sul terzo creditore: ma è proprio questa circostanza che fa difetto nel caso in esame.

È inoltre inspiegabile che, per legittimare l'imposizione alla banca dell'obbligo di frazionare secondo quanto indicato nel preliminare, si ricorra ad una norma – l'art. 1273 c.c. – che autorizza il promissario acquirente ad opporre al creditore le eccezioni derivanti dal titolo dell'accollo solo quando il creditore stesso «ha aderito alla stipulazione»: tale situazione fattuale non è stata infatti dimostrata e, d'altra parte, risulta di impossibile accertamento probatorio, perché l'istituto di credito non ha ricevuto alcun pagamento dai promissari acquirenti e si è visto solo negare il consenso al piano di frazionamento che aveva presentato.

Non resta che il fragile argomento letterale desumibile dal già citato art. 39, 6° co., t.u.b., che riconosce il diritto «alla suddivisione del finanziamento in quote e, correlativamente, al frazionamento dell'ipoteca a garanzia».

La sentenza qui annotata – e le pronunce della Cassazione già analizzate – interpretano tale inciso come se imponesse una piena identificazione tra suddivisione e frazionamento, ma è possibile pervenire ad un esito opposto interpretando sistematicamente la norma alla luce di quanto indicato nei due commi immediatamente successivi, dove si precisano i tempi entro i quali l'istituto di credito deve dar seguito alla richiesta di frazionamento e il rimedio processuale attivabile in caso di infruttuosa scadenza di tali termini.

L'avverbio «correlativamente» vale, infatti, a chiarire che la banca non può limitarsi ad accogliere le proposte di accollo senza contestualmente frazio-

[24] Non si può escludere che il giudice sia stato condizionato, nell'elaborazione di questo passaggio argomentativo, dalle osservazioni di A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 677 s., secondo il quale la «natura giuridica della "suddivisione del finanziamento in quote"» muterebbe in ragione del soggetto che assume la relativa iniziativa, posto che, quando lo pretende il proprietario debitore, «la suddivisione viene operata in via preventiva, per assicurare la successiva possibilità di frazionamento dell'ipoteca, man mano che le singole unità immobiliare vengono alienate», così da porre in essere una «modificazione convenzionale del rapporto obbligatorio che viene attuata per rendere possibile il futuro accollo delle quote da parte dei singoli acquirenti», cioè un accordo che «consta di un atto ricognitivo del debito con una suddivisione non avente carattere novativo»; quando invece l'iniziativa è assunta dal terzo acquirente, questi pone in essere «l'accollo della quota di debito … (con il subentro, per quanto di competenza, nell'ipoteca)» e la legge «non prende posizione sul punto, se esso abbia natura liberatoria per il debitore. Il che, conseguentemente, dovrebbe portare ad escludere tale eventualità, tranne che nell'ipotesi in cui la liberazione del debitore fosse espressamente prevista nell'atto di suddivisione del finanziamento. Ma, all'uopo, occorre preliminarmente distinguere a seconda che la richiesta provenga dal singolo terzo acquirente o congiuntamente da tutti gli acquirenti, di modo che, in questo caso, l'intero debito possa venir suddiviso in quote (mentre, altrimenti, si verificherebbe solo l'accollo in una quota dell'intero debito, restando inalterato il residuo). Ma, al di là di questo, i problemi restano identici. Appare chiaro che ci si trova di fronte ad un accollo da parte del terzo acquirente nei confronti del debitore/costruttore: accollo al quale la specifica previsione legislativa vale ad attribuire rilevanza esterna – e, cioè, nei confronti del creditore il quale, in forza di legge, è obbligato a riconoscere questa rilevanza; e, però, in mancanza di specifico accordo o dichiarazione in questo senso, l'accollo non potrà essere liberatorio». Per quanto un'interpretazione letterale dei passi appena riferiti possa indurre a credere che l'autore abbia inteso conferire all'accordo di suddivisione del debito intervenuto tra proprietario-debitore e terzo acquirente una sorta di automatica vincolatività nei confronti del creditore ipotecario, con conseguente identificazione delle quote di suddivisione e di quelle di frazionamento dell'ipoteca, è sufficiente leggere la nota 67 che accompagna i medesimi passi per accorgersi della possibilità di una lettura alternativa degli stessi: in essa, infatti, si precisa che il riferimento alla «rilevanza esterna» dell'accollo intende richiamare «una non infrequente ipotesi di anticipazione di effetti giuridici», il che può essere spiegato solo presupponendo che il creditore sia obbligato al frazionamento per il solo fatto che le parti si siano accordate in ordine alla suddivisione e proprio ciò è ulteriormente confermato dalla prosecuzione della lettura del testo, in cui appunto si aggiunge (p. 679) che «una volta, comunque, avvenuta la suddivisione del debito, il frazionamento dell'ipoteca in parti rigorosamente proporzionali costituisce atto dovuto da parte del creditore (atto dovuto nel senso che egli non potrà sottrarvisi senza cadere in illecito, anche se poi i costi dell'atto stesso … fanno carico alla controparte)». Se tuttavia la rilevanza giuridica dell'accordo di suddivisione si esaurisce nell'imposizione dell'obbligo del frazionamento, all'istituto di credito rimane esclusivamente preclusa la possibilità di rifiutare quest'ultimo, senza che da questo rilievo possano trarsi ulteriori indicazioni per l'ipotesi in cui il medesimo istituto abbia proposto a sua volta un piano di frazionamento che tenga adeguatamente conto del valore economico della singola unità immobiliare, posto che, in quest'ultimo ordine di ipotesi, è proprio e solo il piano proposto dall'istituto ad assicurare il rispetto della regola di proporzionalità evocata anche dall'autore in esame.

[25] L'impossibilità di identificare accollo e contratto a favore di terzi, già finemente teorizzata da P. RESCIGNO, *Accollo e contratto a favore di terzi*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1953, I, p. 1 ss.; e in ID., *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, p. 220 ss., è ora ribadita da D. FARACE, in *Delle obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, *Artt. 1218-1276*, Torino, 2013, p. 922 ss., alle cui analitiche indicazioni bibliografiche è sufficiente rinviare per un quadro aggiornato del tema.

nare l'ipoteca. Esso mira, in altri termini, a sancire una corrispondenza puramente cronologica tra suddivisione e frazionamento, diretta ad impedire che la banca accetti i pagamenti delle quote accollate dagli acquirenti e continui a vantare una garanzia unitaria sull'intero complesso immobiliare fino a quando il mutuatario non abbia adempiuto integralmente l'obbligazione restitutoria.

Le modalità con le quali assicurare tale correlazione, tuttavia, rimangono affidate alla concreta dinamica della situazione fattuale, tanto che la stessa previsione in esame non impone a chi richiede il frazionamento di operarne, già all'atto della richiesta, l'effettiva determinazione[26].

Da questo punto di vista, è emblematica proprio la previsione dell'art. 39, comma 6 *ter*, t.u.b., il quale non consente l'automatica ripartizione secondo il piano ipotizzato dal richiedente neppure a fronte dell'omessa risposta dell'istituto di credito, imponendo, al contrario, l'instaurazione di una fase processuale – di natura contenziosa – destinata a conferire ad un notaio il compito di procedere al frazionamento[27].

Il richiedente, dunque, può imporre alla banca il proprio piano di riparto solo quando l'istituto di credito ha accettato l'accollo della quota di mutuo.

Fino a quel momento, la banca conserva la possibilità di mantenere integralmente la sua garanzia ipotecaria purché abbia cura di proporre un adeguato piano di frazionamento del finanziamento e dell'ipoteca.

[26] Cfr. P. SIRENA, *op. cit.*, p. 3 s.

[27] Il profilo non sfugge ad A. CHIANALE, *op. ult. cit.*, p. 73, secondo il quale «il frazionamento dell'ipoteca richiede il consenso del creditore e del debitore, nonché del terzo datore, qualora la determinazione delle quote di debito e di ipoteca sia rimessa alla loro libera pattuizione. Qualora invece il frazionamento costituisca un atto dovuto, in forza al cit. art. 39, 6° co., t.u.b., si deve ritenere sufficiente l'atto unilaterale portante il consenso prestato dalla banca». Similmente, A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 675 s. Meno chiaro, invece, S. BOATTO, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*, a cura di C. Costa, I, Torino, 2013, p. 380: «che nel rinnovato contesto suddivisione e frazionamento siano diritti rispetto ai quali la banca, purché in presenza delle relative condizioni, non ha alcun margine di discrezionalità, è circostanza che inequivocabilmente emerge dalle precisazioni quanto alla loro coercibilità. In questo senso militano l'apposizione di un termine entro il quale la banca deve soddisfare le richieste e più ancora l'espressa menzione del diritto del richiedente, a fronte dell'inerzia della banca, di presentare ricorso al presidente del tribunale nella cui circoscrizione è situato l'immobile (cui potrà seguire la designazione di un notaio al quale sarà delegata la procedura di frazionamento). Si tratta di precisazioni che dovrebbero escludere il rischio di reviviscenze dell'orientamento precedente, in particolare nella parte in cui seguitava a considerare il frazionamento come una concessione, e quindi come una facoltà, della banca». L'affermazione dell'obbligatorietà della suddivisione e del frazionamento, infatti, nulla è in grado di dire in ordine alle modalità di esecuzione del relativo adempimento e, in questa prospettiva, proprio il riconoscimento della funzione notarile esclude che l'arbitrio del proprietario del bene o della singola unità immobiliare possa sopperire all'inerzia o all'atteggiamento oppositivo della banca. Nelle decisioni arbitrali, merita attenzione Arbitro bancario finanziario Milano, 13 aprile 2011, in *Foro it.*, 2012, I, c. 301 ss., che ha riconosciuto a favore degli acquirenti dell'unità immobiliare esclusivamente il diritto al risarcimento dei danni provocati dall'irragionevole rifiuto del frazionamento da parte dell'istituto di credito, senza affermare la possibilità di imporre a quest'ultimo un piano corrispondente alle quote di suddivisione di finanziamento.

ECCEZIONE (SOSTANZIALE) DI RISOLUZIONE E DINTORNI: APPUNTI PER UNA NUOVA MAPPATURA DEI RIMEDI RISOLUTORI

Di Stefano Pagliantini

SOMMARIO: 1. Premessa: traccia per un problema. – 2. L'eccezione sostanziale di risoluzione in tre riletture dell'art. 1453. – 3. Prima fattispecie: inadempimento grave, eccezione di risoluzione e perdita del diritto al corrispettivo. – 4. Seconda fattispecie: il rifiuto dell'adempimento tardivo che solleva dalla domanda riconvenzionale di risoluzione.– 5. Il primato della risoluzione per atto unilaterale nei contratti di durata.– 6. Inadempimento essenziale e dichiarazione stragiudiziale di risoluzione: il discutibile rimando ad una tutela dell'affidamento. – 7. Segue: il recesso dal contratto per inadempimento nella cornice di cinque (nuovi) argomenti.– 8. Epilogo in quattro punti: risoluzione unilaterale ed idola fori.

1. Premessa: traccia per un problema.

Mentre il combinato disposto degli artt. 1442, comma 4 e 1449, comma 2 c.c. contempla la figura di un annullamento e di una rescissione opponibili in via di eccezione, notoriamente nulla di simile si legge nella trama degli artt. 1453 ss. c.c. È vero che l'art. 1495, comma 3, c.c., per il caso di vizi occulti, recita di un'azione redibitoria prescritta entro un anno dalla consegna con un acquirente, il quale non abbia corrisposto il prezzo, legittimato, se nel frattempo la *res tradita* sia perita in conseguenza dei vizi, ad opporre la risoluzione in via di eccezione "purché il vizio della cosa sia stato denunciato entro otto giorni dalla scoperta e prima del decorso dell'anno dalla consegna": Cass. 5226/1998 e Cass. 545/1985[1], al riguardo, non danno adito a dubbi e, tuttavia, potrebbe sempre notarsi che si è al cospetto di una norma *speciale* com'è d'altronde per la fattispecie che si legge d'altronde nell'art. 1667, comma 3, c.c., a proposito dell'eccezione opponibile dal committente, convenuto per il pagamento del prezzo, nel caso di difformità o di vizi occulti dell'opera appaltata, di nuovo purché la denunzia sia avvenuta entro 60 giorni dalla scoperta e "prima che siano decorsi i due anni dalla consegna"[2]. A mo' di argomento dirimente, stando almeno all'opinione che va per la maggiore[3], si adduce poi solitamente il rilievo

[1] Nel dettaglio Cass. 26 maggio 1998, n. 5226, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Vendita*, n. 63 e Cass. 30 gennaio 1985, n. 545, ivi, *Rep.*, 1985, voce cit., n . 83. Ma v. pure Cass. 3 febbraio 2000, n 1168, in *Giur. it.*, 2000, 1804, con nota di C.M. SCISO, *Una identità difficile: la garanzia per i vizi della cosa venduta*, sull'utilizzo dell'eccezione c.d. di inadempimento per ovviare ai vincoli limitanti la garanzia per i vizi.

[2] V., tra le altre, Cass. 17 maggio 2004, n. 9333, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, 856 ss. e Cass. 18 dicembre 1999, n. 14284, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Appalto*, n. 52.

[3] In luogo di tanti, ma in maniera *tranchant*, CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, in CARNEVALI – E. GABRIELLI – TAMPONI, *La risoluzione*, in *Tratt. Bessone*, XIII, Torino, 2011, 38 e 41 s.; ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, Padova, 2003, 21 ss.; ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011[2], 520; DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Tori-

che la figura di un'*eccezione sostanziale di risoluzione* urta col principio di una rigorosa tassatività delle fattispecie di risoluzione c.d. di diritto in virtù della regola, contenuta nell'art. 1453 c.c., che vuole la risoluzione per inadempimento improntata al *monopolio* di una domanda giudiziale prodromica ad una sentenza di tipo costitutivo[4]. *Ergo*, non foss'altro per un elementare ragione di fedeltà ad una nomenclatura normativa inequivocamente binaria[5], dovrebbe così già a monte escludersi che, almeno *de iure condito*, sia configurabile una risoluzione stragiudiziale atipica. L'obiezione che all'interprete verrà subito istintiva, perché l'inadempimento definitivo è assoggettato all'*onere* di una risoluzione per via giudiziale quando *di diritto* può sciogliersi un contratto per un inadempimento grave ma non radicale ?, da sola purtroppo è claudicante, se preliminarmente non si chiarisce a quale genere, *assiologica* o *tecnica* ?, la lacuna riscontrata appartiene. Per altro, la coppia argomentativa testé richiamata lascia intuire come l'interpretazione corrente dia almeno per sottinteso il delinearsi qui della prima delle due, troncando così sul nascere il discorso, se è vero che una lacuna assiologica, in quanto espressiva di una precompressione valutativa opposta a quella su cui si è incistata la scelta regolativa del legislatore, non è acconcia a tradursi «nella lacuna tecnica necessaria all'applicazione analogica»[6]. Dunque, ed *a fortiori* verrà da dire di riflesso, nessuna eccezione sostanziale di risoluzione, il cui fatto costitutivo stia nell'inadempimento, ma soltanto, fuori dagli artt. 1454, 1456 e 1457 c.c., un potere di azione costitutiva (*Gestaltungsklageanspruch*)[7]. L'immagine di una fattispecie risolutoria *incompleta* fin quando non sopraggiunga una sentenza, colla domanda giudiziale di rimando rappresentata alla stregua di una «frazione»[8], sintetizza al meglio il convincimento di un sistema codicistico che si vuole modellato su di una risoluzione giudiziale quale *regola*.

Orbene, il fatto è che qualche voce dottrinale discorde in realtà la si incontra al cospetto per giunta, come si avrà modo tra breve di rilevare, di un contesto giurisprudenziale riservante più di una sorpresa all'interprete che, spesso sovrastimando la portata del divieto di privata autotutela[9], non indugi su formule preconcette, trascurando altresì i costi di *ineffettività rimediale* connessi ai lunghi tempi del processo. A mo' di avvertenza iniziale, nonostante il dato sia spesso taciuto o frainteso, va poi rammentato che l'art. 1372, pur a volerne fare una *norma principio* alla mengoniana maniera[10], recita non già di un contratto che può essere sciolto «nei soli casi ammessi» bensì per «cause ammesse» dalla legge: di talché non è affatto vero che le norme sulla risoluzione siano contrassegnate dallo stigma dell'eccezionalità.

Ma conviene procedere graduatamente.

2. L'eccezione sostanziale di risoluzione in tre riletture dell'art. 1453.

In un rigoroso studio, di qualche anno fa, dedicato alle azioni di impugnativa negoziale[11], la figura di una risoluzione per atto unilaterale è stata, per la verità, finemente abbozzata muovendo dalla lettera dell'art. 1444, comma 2 c.c.: come questa disposizione legittima, si fa notare, chi potrebbe annullare a rifiutare stragiudizialmente l'adempimento intimato, sennò convaliderebbe tacitamente il contratto dandogli esecuzione, così vi sarebbe modo di rita-

no, 2009, 201 ss.; IORIO, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, Milano, 2012, 21 ss.; GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2009[14], 1025 mentre, per la letteratura pregressa, per tutti, G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 398 ss. e 407 s. e SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, 105 s.

[4] V., per tutti, CONSOLO, *Il processo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 299 ss.. Successivamente nelle *Spiegazioni di diritto processuale civile, I. Le tutele di merito, sommarie ed esecutive*, Torino, 2012[2], 113 s., l'illustre a. annovera la risoluzione ex art. 1453 tra le figure emblematiche di situazioni potestative ad attuazione giudiziaria.

[5] Di una risoluzione o di un contratto risoluto "di diritto" recitano perentoriamente gli artt. 1454, 1456, 1457, a fronte di un art. 1453 ove campeggia l'antitetica espressione di un contraente che "può … chiedere la risoluzione": è l'argomento sul quale batte, principalmente, CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit. 42. E v. pure P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 62 s.

[6] Così CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 51.

[7] O, come chiosa CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit. 42, l'espressa previsione di una domanda giudiziale, salvo le fattispecie legali di accertamento, cozza irriducibilmente «con l'idea di un potere sostanziale di risoluzione *self - executing*».

[8] Così CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2014, 251 e 255 (nt. 338).

[9] Che la giudizialità della risoluzione, almeno nella figura eponima dell'art. 1184 *code civil*, tragga pure linfa da questo assunto, transitando poi nell'ordinamento italiano del 1865, lo evidenzia, già da par suo, CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I,* cit. 114. Per una storicizzazione del problema, muovendo da un'attenta disamina critica delle opere di Domat prima e di Pothier poi, v. adesso DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 72 ss. L'abbozzo di un'intelligente rilettura del sistema, incline a valorizzare gli spazi interpretativi per uno scioglimento in via di atto unilaterale, v. PADOVINI, *Scioglimento unilaterale del vincolo fra recesso e impugnazione del contratto nella proposta di diritto comune europeo della vendita,* in *Giust. civ.*, 2014, 497 e 501.

[10] In *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, ora in *Scritti*, I, a cura di Castronovo – Albanese – Nicolussi, Milano, 2011, 241.

[11] V. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, 340 ss.

gliare, insorto un inadempimento grave ex art. 1455 c.c., un potere di rifiuto del contraente c.d. fedele avente la natura bivalente di fatto impeditivo (della propria prestazione) ed estintivo (del contratto): nel potere di rifiutare l'esecuzione della propria obbligazione ne è implicito uno di scioglimento, si osserva, per la ragione che, se l'inadempimento inveratosi è insanabile, chi oppone l'eccezione non ha come intendimento di sospendere la prestazione ma esprime irretrattabilmente la volontà di liberarsi dagli effetti di un contratto divenuto *inutile*. L'eccezione di risoluzione, questa la chiosa dell'autrice, «costituisce dunque l'anello di congiunzione tra eccezione di inadempimento, diffida ad adempiere e domanda principale o riconvenzionale di risoluzione»[12]. Per inciso, e come si vedrà, già la declinazione giurisprudenziale sull'onere probatorio quanto alla non scarsa importanza dell'inadempimento (art. 1455), presupposto che talora si vuole rilevabile officiosamente o *in re ipsa*[13], si presta ad incanalare il discorso lungo delle coordinate prodromiche al darsi di una risoluzione *self executing*, figura tutt'altro che traducibile in un'illusione ottica imputabile alla circostanza che la legge codifica ex art. 1453 un'ipotesi di «*disponibilità del rimedio*»[14].

Ora, l'argomento che contraddice la suddetta impostazione riposa evidentemente nella circostanza che il disposto dell'art. 1460 formalizza sì un'eccezione di inadempimento ma avente natura dilatoria e non già perentoria, tanto che è vero che codesta *exceptio* non consuma il diritto di chi la eserciti di domandare successivamente l'adempimento alla controparte. E tuttavia, al netto di questo rilievo, c'è del vero in una (fine) ricostruzione che consente di ipotizzare, al prodursi di un inadempimento essenziale o radicale, una forma potestativa, *innominata* piuttosto che atipica la si dirà però[15], di recesso dal contratto, alternativo alla diffida e concorrente alla risoluzione *ope iudicis* dell'art. 1453. Ribattere da subito che il canovaccio descritto stilizza semmai la ben diversa figura di un *contratto risolubile ma non risolto* sarebbe esiziale in quanto verrà facile ribattere che qui la fattispecie di produzione dell'effetto risolutivo è proprio nell'eccezione atteso che, se il giudice acclara il ricorrere di un inadempimento grave, la sentenza che segue è di accertamento dichiarativo e non costitutiva della risoluzione[16].

Nella letteratura più recente, il motivo di un effetto liberatorio per recesso torna, per la verità, nel denso scritto di una dottrina che, fedele ai dettami dell'*EAL*[17], ha proposto di rileggere l'art. 1453 declinandolo come una disposizione che, lungi dal formalizzare l'onere, per il contraente che voglia risolvere il contratto, di domandarlo giudizialmente, verrebbe piuttosto a declinare *vincolativamente* il rapporto tra risoluzione ed azione di condanna, restituendo così l'immagine di una risoluzione *costitutivamente giudiziale* soltanto se il contraente c.d. fedele ha pure interesse all'appendice di una condanna risarcitoria e restitutoria, ritagliando così lo spazio per un recesso se chi lo comunica ha viceversa interesse al *solo* effetto liberatorio. Il che, detto per il momento di passata, coglie senza dubbio nel segno, pur dovendosi notare, in una maniera evidentemente più sofisticata, che già così però si poteva concludere riconoscendo che la *risoluzione* formalizza in senso stretto l'esercizio di un potere dispositivo – novativo, nella nota formula di una vicenda acquisitiva (l'effetto liberatorio) abbinata contestualmente ad una estintiva (la perdita del diritto di credito)[18]: donde poi, al delinearsi di un inadempimento definitivo, il suo prodursi anche per atto unilaterale, nella veste di un rifiuto di adempiere o di una dichiarazione stragiudiziale di recesso. *Scambio* del diritto alla prestazione promessa con una «attribuzione diversa consistente … nell'acquisto della liberazione», questo e null'altro, nella concettosa prospettiva richiamata, è la *risoluzione*: il risarcimento dei danni ottimizza in realtà un potere dispositivo che il creditore non inadempiente, in virtù del contesto circostanziale insorto, *già* può reputare «più soddisfacente del conseguimento della prestazione dovutagli o del suo equiva-

[12] Così PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit. 342.

[13] V. Cass. 20 luglio 2007, n. 16084, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Contratto in genere*, n. 555; Cass. 28 marzo 1995, n. 3669, ivi, *Rep.*, 1995, voce cit,. n. 484 nonché Cass. 6 marzo 2012, n. 3477, ivi, *Rep.*, 2012, voce cit., n. 480: non un falso problema, com'è invece abituale dire, quanto e piuttosto lo spunto sintomatico rivelatore di una razionalizzazione semplificatrice delle Corti, propense a distinguere in ragione dell'intento che anima chi agisca per sciogliersi dal contratto. V. comunque *infra*, § 4, testo e nt.

[14] Così, invece, DI MAJO, La tutela civile dei diritti, Milano, 2003[4], 372 (c. vo nel testo).

[15] Perché non contemplata a livello di nomenclatura legislativa ma non sconosciuta all'ordinamento.

[16] Adombra una soluzione di siffatto tenore PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, 2013, 46 e 111.

[17] V., corredato di un'interessante digressione storica e comparatistica, DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, cit. 40 ss.

[18] Resa icasticamente, nel segno di un potere di disposizione novativa alla maniera foggiata da CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione "novativa" del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968, 154 ss., discorrendo di una parte adempiente la quale «per a*cquistare* deve *perdere*», da B. GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (Profili generali),* Napoli, 1973, 46 (c. vo nel testo).

lente»[19]. Insomma, l'appendice risarcitoria/restitutoria è un *posterius* eventuale di un interesse dispositivo – novativo il cui risultato può ben assumere la veste di una condotta unilaterale del creditore (non inadempiente).

Una piccola chiosa a mo' di intermezzo.

Il dato che due prospettive metodologicamente così distanti si trovino a collimare non deve sorprendere: viene fatto invero di pensare che la concordanza descritta scaturisca principalmente dalla circostanza che entrambe intuiscono la precomprensione sviante sottesa all'interpretazione corrente dell'art. 1453, una precomprensione annidata specificamente nell'idea che il monopolio giudiziale della risoluzione, fuori dei casi tassativi di legge, preservi quel valore per cui *pacta sunt servanda* che il recesso, per contro, appannerebbe[20]. Il pensiero inespresso che tutto tiene starebbe, dunque, nell'art. 1372 c.c., se non fosse che il primato del suddetto valore postula che il diritto alla prestazione *fagociti* quello alla risoluzione; il che, se si può (forse) ancora dire per un modello francese dove, per effetto dell'accoppiata adempimento in pendenza della domanda di scioglimento e termine di grazia, il rimedio manutentivo fa degradare la vicenda risolutoria a tecnica di tutela *residualmente eccezionale*, mal si adatta per contro ad un sistema italiano del 1942 che "commercializzò", per così dire, il calco francesizzante di cui all'art. 1165 del codice previgente. In senso contrario non varrà, al riguardo, controreplicare, come si legge da ultimo in un interessante studio[21], notando che la subalternità della risoluzione alla conservazione del valore *contratto* è implicita nell'aver eletto, a fondamento della legittimazione a risolvere, un *inadempimento qualificato* (art. 1455), col risultato di un contratto normativamente assoggettabile alla sola azione di manutenzione e/o ai danni fin quando l'inadempimento sia invece *semplice*[22]: il che, la deduzione a questo punto verrà da sé, osterebbe per principio ad una *risoluzione in autotutela*, in quanto sospetta di dare corpo ad una finalità speculativa contingente dell'intimante. Verrà infatti facile il contrappunto che la suddetta critica non spariglia atteso che l'eventuale figura di un'eccezione o di un recesso risolutivi supporrebbero per acquisite e/o comunque per rispettate le condizioni minime di risolubilità *ex lege* del contratto, senza dunque vulnerare l'effettività di un vincolo contrattuale per il quale non c'è dubbio che la legge abbia coniato una «graduazione dei rimedi»[23]. Col che l'interrogativo d'apertura, il combinato disposto degli artt. 1453, c. 1 e 2908 c.c. è di ostacolo ad una risoluzione per atto unilaterale, quando l'inadempimento occorso abbia compromesso l'operazione economica, in virtù di un principio di *stretta legalità* ?, rimane evidentemente ancora tutto da compulsare.

Ma è tempo di passare allo spoglio di un (mis)conosciuto materiale giurisprudenziale, frammentario sì epperò mai puramente rapsodico od ispirato alle esigenze contingenti di giustizia del caso concreto.

3. Prima fattispecie: inadempimento grave, eccezione di risoluzione e perdita del diritto al corrispettivo.

A) *prima fattispecie*, allogata nell'area delle prestazioni di *facere*.

Recitano, la citazione è qui limitata ai due *leading cases*, Cass. 8033/1993 e Cass. 5928/2002[24]: il professionista, che abbia negligentemente prestato il servizio promesso, *perde* il diritto al compenso per effetto del rifiuto opposto dal cliente deluso. La narrativa delle fattispecie decise spazia dal progetto di ristrutturazione di un immobile difforme dal piano urbanistico al mandato professionale esercitato con un'imperizia che abbia compromesso il risultato dedotto in obbligazione. Le Corti francesi che, maneggiando creativamente l'eccezione *non adimpleti contractus*, ammettono una risoluzione stragiudiziale subordinata alla gravità dell'inadempimento imputabile alla controparte, non presentano vicende e recitativi dissimili[25].

---

[19] Così GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (Profili generali)*, cit. 47.

[20] Nella dottrina italiana coglie il punto DE NOVA, *Recesso e risoluzione nei contratti: appunti da una ricerca*, ora in ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, 640 – 642 mentre, in quella francese, gli fa eco GHESTIN, *La résolution pour inexécution (en droit français)*, in *Il contratto inadempiuto. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo*, a cura di Vacca, Torino, 1999, 115 s. Sugli sviluppi del modello francese v. però *infra* § 3 e § 7, ivi testo e note.

[21] V. MONTANARI, *Il danno da risoluzione*, Napoli, 2013, 9 ss.

[22] L'argomento è un τόπος della letteratura sulle *rationes* della risoluzione: v., almeno, ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 55 ss. e già DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 427.

[23] Così CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit. 23 e TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit. 66.

[24] *Per extenso* Cass. 19 luglio 1993, n. 8033, e Cass. 23 aprile 2002, n. 5928, consultabili rispettivamente in Rep. *Foro it.*, 1993, voce *Professioni intellettuali*, n. 77 ed in *Danno e resp.*, 2003, 754 ss. Il loro canovaccio argomentativo è poi riprodotto in almeno due decisioni successive: v. Cass. 27 luglio 2007, n. 16658, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Professioni intellettuali*, n. 168 e Cass. 26 febbraio 2014, n. 4781, (inedita) nonché in una serie articolata di pronunce di merito, tra le quali, v. almeno App. Bologna, 18 maggio 2004, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 378.

[25] I *leading cases* sono Cass.1ère civ., 13 ottobre 1998, in *RTD civ.*, 1999, 394; Cass. 1ère civ., 20 febbraio 2001, ivi, 2001, 363 ss. e Cass. 1ère civ., 28 ottobre 2003, ivi, 2004, 89 s., seguite da

La replica, ovviamente, verrà istintiva: un'*exceptio inadimpleti contractus*, opposta ad un inadempimento definitivo perché la prestazione si rivela ormai *inutile*, è affetta da una contraddittorietà manifesta in quanto l'art. 1460 c.c., come si diceva, contempla un rimedio in autotutela di tipo sospensivo, reagente sì ad un mancato adempimento ma a mo' di induzione dilatoria ottimizzante la successiva esecuzione di una controprestazione ancora *possibile*[26]. Il che –evidentemente- è esatto ma non persuasivo per la ragione che qui sviante finisce per essere il *nomen* del recitativo giudiziale, questa c.d. eccezione di inadempimento palesandosi in realtà, nel lessico della Corte, come il rimedio che *fonda* il rigetto dell'azione di esatto adempimento intentata dal professionista negligente: il tutto sul sottinteso che il creditore deluso, se non ha più interesse ad una controprestazione divenuta inservibile, possa a pieno titolo liberarsi senza un qualche costo della propria. Eccezione sostanziale di risoluzione, dunque, ad effetto estintivo immediato, per lo meno tutte le volte in cui l'esiguità degli eventuali acconti versati inducano il creditore a non perseguire la via del risarcimento danni, di solito coltivata *separamente* per contro, giusta una previsione edittale che la fa salva "in ogni caso" (art. 1453, c. 1), nell'ipotesi opposta[27].

Sic stantibus rebus, va da sé allora che non è tanto un problema di inadempimento causante «*ipso iure* l'estinzione dell'altra [prestazione]», con un art. 1460 riconfezionato alla stregua di un «rimedio criptorisolutorio»[28]: è che la risoluzione, quando interessa *in purezza*, può assumere la forma manifestativa di un recesso per giusta causa, sull'assunto conclamato che, di là da una pretesa finalità afflittiva per la controparte[29], l'interesse che muove l'eccipiente guarda allo spogliarsi *tempestivamente* di un vincolo divenuto inappagante[30], col momento della sanzione messo così in ombra da una *scelta* in autotutela.

Cass. 4781/2014, sull'errore professionale dell'avvocato per la mancata impugnazione di una sentenza dichiarante l'estinzione del processo[31], ridecline la stessa sequenza, senza per la verità che la recentissima Cass. 6886/2014, nonostante una massima equivoca, ne decampi: l'inadempimento grave del professionista, nota la Corte in motivazione[32], di solito gli fa perdere definitivamente il diritto alla controprestazione per effetto di un'*exceptio* opposta dal creditore (deluso) della prestazione tipica, solo che l'*exceptio* nella specie era inutile perché spuntata rispetto agli ingenti costi di ripristino necessari per ovviare ai segni di rovina dell'edificio malamente ristrutturato. Il che, senza troppe perifrastiche, testimonia allora come sia la *vis attractiva* del risarcimento, e qui potrebbero tornare utili gli arresti pronunciati in tema di vizi dell'opera appaltata[33], ad innescare quella *giudizialità* di una vicenda risolutoria altrimenti affidabile ad un'estinzione senza il medio di un processo, per l'inutilità di compulsare all'adempimento chi si è mostrato inaffidabile. Il controargomento che si è soliti dedurre, un'eccezione sostanziale di risoluzione produttiva di un effetto estintivo immediato *onera* il professionista negligente pure della perdita connessa alla mancata restituzione della prestazione (malamente) eseguita, è in realtà perdente: e non soltanto perché il valore del servizio prestato sarà il più delle volte nullo[34]. Può infatti pensarsi, mancando nella specie un titolo giudiziale assecondante la sua pretesa restitutoria, ad un recupero dell'eventuale utilità economica perduta ricorrendo ad un'azione di ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c.

---

un nugolo di arresti conformi: esemplificativamente v. Cass. com. 7 aprile 2010, in *RDC*, 2010, 1213 ss.; Cass. com. 10 febbraio 2009, in *RTD civ*., 2009, 318 e Cass. com. 18 novembre 2008, in *RDC*, 2009, 484. In dottrina, seppur critico su di una *sérieuse déformation* dell'eccezione *de qua*, v. GHESTIN, *La résolution pour inexécution (en droit français)*, cit. 120, mentre una propensione a leggere adesivamente la regola giurisprudenziale si incontra negli scritti di AYNÈS, *Le droit de rompre unilatéralment: fondement et perspectives*, in *Droit et patrimoine*, 2004, 64 ss. e di ROCHE – DAHAN, *L'exception d'inexécution, una forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique*, in *D., Chron*., 1994, 255 ss. A livello monografico, una confutazione serrata di questo orientamento, sull'assunto (discutibile) che la compressione del momento giudiziale ridonderebbe a danno dell'inadempiente, è in GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, 2007, 375 ss.

[26] È questo, compendiandolo, il nucleo dell'osservazione critica di A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali, Artt. 1460 – 1462, Comm. Schlesinger,* Milano, 2011, 46 ss.

[27] Particolare (significativo) che puntualmente nota CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit. 36 s.

[28] Così BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit. 49.

[29] Secondo la notissima interpretazione messa a punto da AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit. 137 ss. e 160 ss., per la cui confutazione, v. però GRASSO, *Risoluzione del contratto ex art. 1453 c. c. e "sanzione" per l'inadempimento*, in *Rass. dir. civ*., 1990, 270 ss., spec. 272.

[30] Come ben chiarisce CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit. 8.

[31] V. Cass. 26 febbraio 2014, n. 4781 nonché, in precedenza, tra le Corti di merito, Trib. Roma, 9 febbraio 2010, n. 2898, in *Guida al dir*., 2010, fasc. 26, 100.

[32] V. Cass. 24 marzo 2014, n. 6886, in *Rep. Foro it*., 2014, voce *Professioni intellettuali*, n. 91.

[33] V. Cass. 17 aprile 2012, n. 6009, in *Rep. Foro it*., 2012, voce *Appalto*, n. 64 e, prima ancora Cass. 17 aprile 2002, n. 5496, ivi, *Rep*., 2002, voce cit., n. 47, entrambe sulla persistenza del credito del professionista, quale compenso per l'attività espletata, nel caso il committente si sia limitato a presentare un'autonoma domanda risarcitoria.

[34] V. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, cit. 54.

4. Seconda fattispecie: il rifiuto dell'adempimento tardivo che solleva dalla domanda riconvenzionale di risoluzione.

B) *seconda fattispecie*: il rifiuto opposto all'adempimento tardivo da un contraente c.d. fedele che non abbia ancora proposto la domanda di risoluzione. È vero che, al riguardo, difetta un qualche arresto che riconosca *apertis verbis* ad un siffatto diniego un effetto ablativo, al cospetto per giunta, si dirà, di un dato edittale che, dettando una preclusione all'adempimento soltanto *dopo* la domanda, finisce *a contrario*, verrà fatto di notare, per corroborare la legittimità di una prestazione tardiva offerta spontaneamente *prima* che sia stata notificata all'inadempiente la domanda di risoluzione. E tuttavia un corposo avallo obliquo alla figura di un rifiuto definitivo di stampo demolitorio lo si incontra nel dispositivo di quelle S.U. 6224/1997 le quali hanno sentenziato, senza che la giurisprudenza successiva le abbia per la verità mai disattese[35], la legittimità dell'eccezione opposta dal promittente venditore ad un promissario acquirente che aveva domandato il trasferimento coattivo della *res* ex art. 2932 c.c., offrendo tardivamente il prezzo[36]: per la Corte un inadempimento grave ex art. 1455 funge da fattispecie costitutiva di un *diritto alla risoluzione*, diritto che, se l'adempimento tardivo fosse sempre ammissibile, diventerebbe virtuale, potendo il debitore metterlo in non cale[37]. *Ergo,* il contraente c.d. fedele può legittimamente rifiutare la prestazione offerta con grave ritardo e la suddetta eccezione è *autosufficiente* in quanto l'opponente è *sollevato* dall'onere di una domanda riconvenzionale di risoluzione. Domanda: che cos'è un rifiuto, opposto alla controparte offerente, se non un'eccezione di risoluzione la quale, se non contraddetta, *libera* dal contratto al di fuori del processo ? Pure chi la contesta, riconosce che l'ammissione di un'*exceptio* del contraente fedele convenuto, ad un tempo *paralizzante* la domanda di adempimento di un debitore che già si è visto rifiutare la prestazione tardiva, e *titolo* per il rigetto della domanda dell'attore, nella sostanza avvalora l'idea di un diritto vivente che maneggia pacificamente «[un']eccezione di risoluzione»[38]. Notare che il convenuto in adempimento qui oppone un *fatto impeditivo* e non *estintivo* sarebbe sterile perché il recitativo delle S.U. allude scopertamente ad un diritto potestativo di scioglimento, quando penda una domanda di manutenzione del contratto, sì *endoprocessuale* ma non affidato al medio di una *sentenza costitutiva*. Il punto infatti è appurare se l'inadempimento denunziato sia grave ex art. 1455, nient'altro: e la circostanza che la suddetta gravità funga da titolo per la risoluzione dimostra come per le S.U. sia annoverato dalla legge «*un altro modo* di provocare l'estinzione dell'obbligazione»[39], modo affidato, ecco come va completata l'intuizione di questa dottrina, ad una *scelta di convenienza* della parte fedele. È d'altronde il *leit motiv* di queste pagine: la rilettura giurisprudenziale dell'art. 1453, comma 3, all'insegna di un rifiuto che può presentare il doppio *vestimentum* di una domanda riconvenzionale o di un'eccezione di risoluzione è espressione, in realtà, di una ragione pragmatica oculatamente recettiva del *duplice interesse* canalizzante l'agire di un contraente c.d. fedele il quale, di massima, si limiterà ad opporre un'eccezione/difesa quando non avrà in precedenza eseguito la propria prestazione. Sottinteso, ma attenzione è qui che si annida la scriminante del ragionamento, è il darsi di un suo *totale* o *parziale adempimento* il fatto che di solito innesca un interesse alla manutenzione (del contratto) o a quell'obbligazione restitutoria che soltanto un titolo risolutorio giudiziale può rendere operante. La simmetria colla fattispecie descritta *sub* a) è palpabile, un'*inerzia* indotta dalla mancanza di un qualche interesse ad agire giudizialmente, senza però trascurare il gemellaggio assiologico che di rimando si instaura con quelle (controverse) decisioni legittimanti, chi si è visto rigettare nel merito o in rito la domanda di risoluzione, ad intraprendere un nuovo giudizio per l'adempimento[40], sentenze la cui cifra distintiva sembra condensabile nel rilievo di ritagliare un *minimo* di tutela ad un attore il quale, per le ragioni di cui si diceva, se ha domandato una risoluzione senza riserve, tendenzialmente avrà eseguito la propria prestazione: sicché, essendo ormai impossibilitato a pretendere la restituzione di

[35] Come segnala puntualmente DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, cit. 50 ss.

[36] *Per extenso* v. Cass. sez un., 9 luglio 1997, n. 6224, si legge in *Giust. civ.*, 1998, I, 825 ss., con nota di L. PICARDI, *Rifiuto dell'adempimento tardivo e risoluzione del contratto.* Nella giurisprudenza successiva, iterativamente, v. Cass. 5 settembre 2006, n. 19074, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 509 ss., con nota di DELLACASA, *Offerta tardiva della prestazione e rifiuto del creditore*: *vantaggi e inconvenienti di una risoluzione "atipica".*

[37] V., in luogo di tanti, CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, cit. 251 e 254.

[38] V. CARNEVALI, *La risoluzione giudiziale*, cit. 97, nt. 198.

[39] Così PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, cit. 342 (c.vo nel testo).

[40] V., da ultimo, Cass. 27 dicembre 2010, n. 26152, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Contratto in genere,* nn. 491 e 493 e, per le decisioni pregresse, *infra* § 6, testo e nota 62. Problema, naturalmente, che non si pone quando il contraente c.d. fedele si orienti a proporre in via gradata le due domande, con quella di adempimento subordinata ad una principale di risoluzione, giacché la presenza contestuale di entrambe certifica che il non inadempiente tuttora conserva interesse all'esecuzione del contratto.

quanto prestato, se gli fosse pure impedito di agire in adempimento, neanche potrebbe conseguire la controprestazione[41], con una perdita secca neutralizzabile, a quel punto, soltanto coll'*escamotage* di immaginare una condanna della controparte a restituire un valore pari alla prestazione non effettuata[42].

Quand'è così, tutto fuorché stipulativo sembra allora notare che, nelle pieghe dell'art. 1453, comma 3, si annida la *fattispecie nascosta* di un'eccezione di risoluzione, disvelata da una giurisprudenza che, quando chi abbia rifiutato un adempimento tardivo sia convenuto in giudizio per l'adempimento, la fa scorrere *in parallelo* ad una riconvenzionale di risoluzione, rispecchiando così il *tipo* di interesse avuto di mira da questo codesto contraente. La sua residualità dottrinale è riconducibile, in realtà, a due *idola fori*: una lettura *a contrario* dell'art. 1453, comma 3, a guisa di un debitore che può adempiere fino alla domanda di risoluzione, contraddetta dalla circostanza di un inadempimento grave quale *causa* di una risolubilità del contratto sinallagmatico iscritta nei termini di un automatismo di legge al patrimonio del creditore, a seguire l'argomento parallelo di un affidamento del debitore occasionato dall'inerzia del contraente c.d. fedele, al quale si verrebbe così ad imputare l'onere di una tempestiva domanda di risoluzione: argomento debole se soltanto si pone mente al fatto che la legge, nel comma 2 dell'art. 1453, fa retrocedere un affidamento del debitore ben più corposo, se è vero che ammette la *mutatio* dell'adempimento in risoluzione[43], vanificando così l'agire di chi fosse, in ragione della domanda per prima notificatagli, in procinto di compiere un adempimento sanante. Tutto viceversa, e con maggiore linearità, torna al suo posto se, acclarato che l'art. 1453, comma 3 non è una norma a favore del debitore[44], si fa della "non scarsa importanza dell'inadempimento" un *limite ancipite* che regge tanto una risoluzione giudiziale quanto una per atto unilaterale[45].

In dottrina serpeggia, in verità, l'idea che un'eccezione stragiudiziale di risoluzione, più efficiente in quanto affranca il contraente c.d. fedele dai costi transattivi del processo, conosca il contrappunto di un debitore esposto così ad un'inerzia speculativa pregiudizievole, se è vero che il rifiuto potrebbe manifestarsi quando costui ha approntato la prestazione[46]. Al netto, per altro, del controargomento deducibile, come si è visto, dal disposto dell'art. 1453, comma 2, non consta però che la giurisprudenza subordini l'eccezione ad un grado *più stringente* di gravità di quello prescritto per la domanda di risoluzione, sicché l'una e l'altra, pure sotto questo profilo, *pari* sono: e d'altra parte, potrebbe notarsi, l'incertezza sulla sorte del contratto, perdurante fin quando l'eccezione non sarà resa manifesta, è pur sempre occasionata dall'inadempimento. Semmai, nel tentativo di anestetizzare il possibile abuso della parte c.d. fedele[47], un qualche effetto di contenimento potrà scaturire dall'immaginare un sindacato giudiziale più circostanziato nel compulsare la sussistenza di una *giusta causa* del rifiuto, interfacciandola coll'affidamento di un debitore al quale non parrebbe ragionevole imputare il rischio di un diniego fondato su circostanze sopravvenute o delle quali, comunque, non aveva potuto prendere conoscenza all'atto della stipula. Il che traducendosi nell'idea di una preclusione limitativa di un *rifiuto a sorpresa* ovvero quando sia *callidamente* opposto da un creditore edotto del fatto che il debitore sta approntando l'adempimento[48], lascia intravedere come il supporre un'equivalenza effettuale tra eccezione ed azione di risoluzione implichi soltanto una più sofisticata tessitura di quel *balancing test*, tra gli opposti interessi in gioco, di cui sono comunque permeati i commi 2 e 3 dell'art. 1453 c.c. Addurre, in un contesto siffatto, il controcanto di un recesso sindacato ex art. 1455 come una situazione ad alto

---

[41] La ragione pragmatica di questo indirizzo non sfugge a CARNEVALI, *La risoluzione giudiziale*, cit. 88.

[42] Dunque un'azione di ingiustificato arricchimento che, in dottrina, a tematizzare *ex professo* è SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Il Codice Civile*. *Commentario* fondato e già diretto da Schlesinger e continuato da Busnelli, Milano, 2007, 283 ss.

[43] V., luogo di tanti, CARNEVALI, *La risoluzione giudiziale*, cit. 92.

[44] V., con una rigorosa sintesi, CARNEVALI, *op. loc. ult. cit.*, per quanto appaia un po' forzato etichettare l'art. 1453, comma 2 come una norma a favore del creditore.

[45] Opporre che un adempimento tardivo anteriore farebbe *venir meno* il diritto alla risoluzione, perché il fatto costitutivo della pretesa, cioè l'inadempimento, mancherebbe all'atto di presentazione della domanda, prova troppo, se è vero di nuovo che l'ammissibilità di questa offerta sanante non può esser data per implicita e poi che la legge non si cura di un ravvedimento del debitore sì posteriore alla domanda ma comunque idoneo a far venir meno il presupposto della risoluzione. V. Cass., S.U., 9 luglio 1997, n. 6224, cit. In dottrina, persuasivamente, ROPPO, *Il contratto*, cit. 913.

[46] Questo il succo della digressione di DELLACASA, *Risoluzione giudiziale e "di diritto": orientamenti e problemi*, in *Tratt. del contratto, V, Rimedi – 2*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, 165 s.

[47] E facendo comunque carico il debitore dell'onere di informarsi «presso il creditore e verificare l'interesse di quest'ultimo ad adempimento tardivo»: così, oculatamente, CARNEVALI, *La risoluzione giudiziale*, cit. 94.

[48] Non diversamente, d'altra parte, parrebbe che si possa etichettare l'intuizione sviluppata da DELLACASA, *Risoluzione giudiziale e "di diritto": orientamenti e problemi*, cit., 166. Va da sé, naturalmente, che il rifiuto si paleserà come illegittimo pure nel caso in cui il debitore, decorso infruttuosamente il termine per adempiere, interpelli la parte c.d. fedele in ordine ad un suo perdurante interesse a ricevere una prestazione seppur tardiva e riceva in tal senso rassicurazioni: il successivo rifiuto infatti sarebbe palesemente contrario a buona fede.

tasso di soggettivismo giudiziale, da cui poi un'endemica incertezza delle relazioni contrattuali, sarebbe in realtà specioso, complice la circostanza che, di preferenza, la non scarsa importanza dell'inadempimento finirà per palesarsi, nel segno delle S.U. 26242/2014, come la *ragione più liquida*[49], la gravità essendo infatti *in re ipsa* quando l'inadempimento sia definitivo o involga la prestazione principale: e se è vero che, quando sia allegato un inadempimento parziale o un ritardo intollerabile, la fattispecie si complica, neanche si deve troppo sottilizzare stante la circostanza che ivi tornerà utile quel canone di *vicinanza della prova* che vede, come si sa, in chi intima od eccepisce la risoluzione il soggetto meglio attrezzato ad allegare gli elementi fattuali più idonei a convincere il giudice «dell'importanza *soggettiva* dell'inadempimento»[50]. Dunque, almeno sotto questo profilo, il concepire una modalità di estinzione innominata non è causa di un qualche supplemento di vischiosità istruttoria che si riverberi a cascata in sede decisoria impastoiando con nocumento per la circolazione giuridica.

Una (seconda) piccola chiosa a margine.

Notoriamente il rifiuto dell'adempimento parziale o inesatto, stante la lettera degli artt. 1181 e 1197 c.c., non soggiace ad un requisito di gravità: sottinteso, e riformulando subito l'enunciato, quando non se ne voglia però fare una questione di risoluzione del contratto, altrimenti l'inesattezza e la parzialità, seppur definitive, beneficerebbero di un irragionevole trattamento differenziato *sub* art. 1455 c.c.[51], onerando il debitore pure del costo di una prestazione eseguita parzialmente magari «non utilizzabile in altro modo per le particolari caratteristiche di essa»[52]. Nel rispetto di questa pre – condizione, di fatto latitano tuttavia degli argomenti ostativi a che un inadempimento qualitativo o quantitativo, se essenziale, possa venire eccepito come fatto estintivo del rapporto contrattuale: in tutto, e qui sta l'ulteriore variabile, o *pro parte* (quando la prestazione sia divisibile ovvero, se indivisibile, avuto riguardo all'interesse del creditore)[53], a scelta, ben s'intende, del c.d. contraente fedele.

5. Il primato della risoluzione per atto unilaterale nei contratti di durata.

C) t*erza fattispecie*: quando il rapporto di durata sia con termine finale a data fissa, ipotesi nella quale la figura del recesso risolutorio domina quasi incontrastata, per il gioco combinato di due enunciati, rispettivamente a) l'ineluttabile irrecuperabilità delle prestazioni ineseguite e b) l'inutilità, se il ritardo maturato non è emendabile perché la collocazione temporale della prestazione mancata è essenziale, di una diffida ad adempiere la quale paradossalmente rimetterebbe in termini il debitore[54]. Qui, per il vero, la tessitura esemplificativa si fa meno vischiosa, il pingue elenco delle figure paradigmatiche basculando infatti tra le ipotesi documentanti casi di c.d. sospensione del contratto (artt. 1565, 1901 e 1924 c.c.) e le fattispecie giurisprudenziali che vedono praticata, a fronte di un'inattuazione insanabile del sinallagma, un'estensione analogica della risoluzione per atto unilaterale, alla maniera del canone espresso in Cass. 6347/1985[55], arresto nitido nel concretizzare una regola che vede il recesso per giusta causa del committente estinguere *ante tempus* il contratto schermando un'obbligazione risarcitoria dell'art. 1671 comprensiva, altrimenti, delle spese sostenute dall'appaltatore e del suo mancato guadagno. Il tutto senza che ne soffra la coerenza sistemica del discorso: vi sono infatti almeno due luoghi dottrinali nei quali il *surplus* di efficienza economica e protettiva di un recesso di impugnazione è stata, in anni passati[56], solidamente argomentata. Un *revirement* (isolato) parrebbe, è vero, affiorare con Cass. 21595/2014[57], stando alla quale il committente non può risolvere unilateralmente il contratto in quanto difetta di poteri di autotutela. Vero, epperò, a spigolare tra i repertori, traspare pure una regola

[49] Sinonimo, notoriamente, di argomento decisorio di più scoperta evidenza e dunque assorbente di ogni altro motivo.

[50] Così, acutamente, CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit. 26. (corsivo nel testo). In giurisprudenza, accanto alle sentenze citate nella nt., v. Cass. 26 febbraio 1994, n. 1955, in *Riv. giur. edil.*, 1995, I, 356 ss. e Cass. 13 gennaio 2012, n. 409, in Rep. Foro it., 2012, voce *Procedimento civile*, n. 162.

[51] V. già Cass. 27 maggio 1964, n. 1327, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1758.

[52] Così CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali,* cit. 23 (ove poi l'ulteriore rilievo che «le inefficienze economiche prodotte da una tale situazione sono evidenti»).

[53] V., al riguardo, *amplius* ed attentamente, FONDRIESCHI, *La prestazione parziale*, Milano, 2005, 310 ss. e 337 ss.

[54] Si era già imbastita questa disamina in PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, Milano, 2006, 98 ss. e 106 ss. La riprende, di recente, PADOVINI, *Risoluzione e recesso,* in *Obbl. e contr.*, 2012, 86 ss.

[55] V. Cass. 14 dicembre 1985, n. 6347, in *Giust. civ.*, 1986, 1394 ss. Successivamente, eccependo in giudizio la *compensatio lucri cum damno* dell'appaltatore, v. Cass. 8 gennaio 2003, n. 77, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Appalto*, n. 64.

[56] L'allusione è alla pagina di DE NOVA, *Recesso e risoluzione nei contratti: appunti da una ricerca*, cit. 643 ed *amplius* a quella di G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, 41 s., rinverdita poi in GABRIELLI – PADOVINI, *Recesso (dir. priv.),* in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 35.

[57] V. Cass. 13 ottobre 2014, n. 21595 (allo stato inedita).

d'azione concorrente, che si irradia di nuovo dall'art. 1671 c.c., condensabile nei seguenti termini: il recesso (per giusta causa) è opponibile dal committente in un qualsiasi momento posteriore alla stipula del contratto purché l'appaltatore venga mantenuto indenne nei modi di cui all'art. 1671. In tal caso è preclusa ogni indagine sull'importanza dell'inadempimento opposto, salvo che il recesso *de quo* venga corredato di una richiesta di risarcimento danni azzerante l'obbligazione del committente ex art. 1671. Come dire che l'interpolazione dell'art. 1455 c.c. censisce l'*an* del recesso, senza convertirlo però da stragiudiziale in giudiziale, con un'estinzione che rimane, come il recitativo di più pronunce in sequenza avvalora[58], *unilaterale*. Risultato, proprio dall'interpretazione corrente dell'art. 1671 traspare come la differenza che passa tra il discorso delle Corti e quello (maggiormente) accreditato in dottrina sia significativa: mentre quest'ultima non disdegna il compenetrare (discutibilmente) risoluzione e risarcimento, talora giungendo poi ad individuare la *ratio* di questa in una funzione delimitativa del rischio connesso ad un'insufficienza giuridica o *in fact* del risarcimento[59], le prime più persuasivamente optano per una declinazione separata, facendo dell'effetto liberatorio una vicenda che si *può* cumulare alla pretesa al risarcimento del danno. Il che, non v'è chi non lo veda, implica il tratteggiare una prospettiva rimediale alquanto diversa.

6. Inadempimento essenziale e dichiarazione stragiudiziale di risoluzione: il discutibile rimando ad una tutela dell'affidamento.

D) *quarta fattispecie*: la dichiarazione stragiudiziale, in conseguenza di un inadempimento grave, di risoluzione istantanea, recesso evidentemente e non diffida in quanto l'effetto estintivo non passa per una rimessione in termini del debitore ex art. 1454 c.c.

Ora, qui il discorso parrebbe in effetti, almeno *prima facie*, sfilacciarsi, per almeno due ragioni concomitanti. Intanto è vero che la giurisprudenza, dopo il *dictum* lasco di Cass. 6134/1979[60], tolti due arresti rimasti isolati (e molto stringati per di più)[61], ammette di massima il contraente c.d. fedele, che abbia visto rigettata o dichiarata inammissibile la domanda di risoluzione, comunque a chiedere successivamente l'adempimento coattivo in virtù del fatto che il rigetto o l'inammissibilità mutano l'*attualità* del suo interesse[62]; di conseguenza un'estinzione dell'obbligazione dell'inadempiente neanche *si dà* per effetto di una domanda giudiziale, nel contempo, è di un'evidenza inoppugnabile che l'idea, già sperimentata in dottrina[63], di una dichiarazione stragiudiziale *vincolante* alla maniera di cui all'art. 1453, comma 2, e dunque comportante lo stesso effetto sostanziale preclusivo di una domanda, è contraddetta dalla corposa circostanza che l'argomento di una tutela dell'affidamento, non potendosi imputare al debitore un *cumulo* di obblighi per un tempo indeterminato[64], incoccia nel difetto che ogni qual volta codesto debitore si trova a con-

[58] V. Cass. 22 aprile 2008, n. 10400, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Appalto*, n. 80, sulla scorta di Cass. 30 marzo 1985, n. 2236, in *Giust. civ.*, 1986, I, 511; Cass. 29 luglio 1983, n. 5237, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1336, seguite da Cass. 13 luglio 1998, n. 6814, in *Studium iuris*, 1998, 1384 nonché da Cass. 29 luglio 2003, n. 11642, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Appalto*, nn. 62 e 67.

[59] V., col solito rigore, BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir., XL*, Milano, 1989, 1308 -1310.

[60] *Per extenso*, Cass. 23 novembre 1979, n. 6134, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 559 ss., che non ha però trovato, come si diceva, un qualche riscontro successivo. In senso contrario, tra le più recenti, trattandosi di una massima standardizzata, v. almeno Cass. 14 marzo 2006, n. 5460, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Albergo*, n. 8 (argomentando dalla circostanza che la preclusione all'adempimento sia un'eccezione in senso stretto, sicché non opererà quando il contraente protetto non intenda avvalersene) ed in precedenza Cass. 29 maggio 1990, n. 5017, ivi *Rep.* 1990, voce *Contratto in genere*, n. 371. In dottrina, per tutti, v. CARNEVALI, *La risoluzione giudiziale*, cit. 85 – 87.

[61] V. Cass. 9 giugno 1992, n. 7085, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1263 ss. e Cass. 11 febbraio 1993, n. 1698, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Contratto in genere* , n. 443, entrambe su di una preclusione definitiva della domanda di risoluzione ov'anche si abbia poi a materializzare una declaratoria di rigetto.

[62] V., in special modo, Cass. 9 febbraio 1995, n. 1457, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1150 ss.; Cass. 11 maggio 1996, n. 4444, *in Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 742 ss. e Cass. 19 gennaio 2005, n. 1077, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Contratto in genere*, n. 589. In dottrina, adesivamente, CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, cit. 249 s. Quanto invece a Cass. 4 dicembre 1999, n. 13563, ivi, *Rep.*, 1999, voce cit., 531 e Cass. 12 settembre 2013, n. 20899, *ibid.*, voce cit., n. 463, in realtà, contrariamente a quanto normalmente viene notato, sono due arresti che si pronunziano sull'ammissibilità di ambedue le domande ma subordinatamente.

[63] V. SACCO, in SACCO – DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2004³, II, 646 – 649 che sviluppa un periodare già abbozzato in LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, Milano, 1936, I, 314, colla variante di immaginare una preclusione alla quale si abbina, per l'inadempiente al quale sia stata notificata la risoluzione, comunque la residua facoltà di adempiere entro un congruo termine dedotto, per analogia, dall'art. 1454. Nella letteratura più recente rinnova questo argomentare, senza significative discordanze, DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, cit. 56 – 59.

[64] V. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit. 64, per il quale la preclusione sta per un'estinzione del diritto all'adempimento che non risorge neanche in caso di estinzione del giudizio o di rigetto della domanda proprio in ragione dell'affidamento maturato dalla controparte. La giurisprudenza però è di tutt'altro avviso: v. Cass. 29 novembre 2001, n. 15171, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Contratto in genere*, n. 470, motivando dall'idea che il divieto di legge si lega alla mancanza di un interesse *attuale* all'adempimento.

testare la fondatezza dell'inadempimento oppostogli, lungi dal vantare un *diritto a non adempiere*, dimostra in realtà di avere ancora un precipuo *interesse al contratto*: sicché indugiare su un divieto di *ius variandi* unilateralmente orientato, in quanto il debitore potrebbe nel frattempo aver disposto diversamente della prestazione dovuta, quando un siffatto affidamento *non c'è*[65], davvero caricherebbe il periodare fin qui esposto di un che di apodittico. Non a caso, se il convenuto in risoluzione si oppone alla domanda risolutoria ma non promuove a sua volta una riconvenzionale, ha più di un senso sostenere che, siccome la sua condotta processuale attesta implicitamente la volontà di conservare il contratto, la preclusione della domanda di adempimento, a tutela del suo affidamento, vada qui tenuta in non cale[66]. Risultato, nonostante il contrario avviso di un'attenta dottrina[67], l'interpretazione restrittiva dell'art. 1453, c. 2, da cui un effetto preclusivo circoscritto ai (soli) casi di un convenuto inadempiente che agisca in riconvenzionale ovvero che contesti (non i) presupposti della risoluzione ma l'entità dei danni domandati dalla controparte, ci pare fotografi al meglio la *ratio* di una disposizione tutelante sì l'affidamento dell'inadempiente ma entro i limiti di un canone di ragionevolezza.

E tuttavia, a mischiare un po' le carte, parrebbero residuare dei margini per rivisitare il problema non foss'altro per l'argomento pragmatico di un inadempimento grave che, se legittima un rifiuto risolutorio, non si vede per quale motivo non dovrebbe consentire a che si produca lo stesso effetto allorquando il contraente c.d. fedele, *prevenendo* l'iniziativa della controparte, dichiari in maniera espressa la sua intenzione di considerare risolto il contratto[68]. Certo, l'idea della simmetria da sola è debole ed abbinarle il rilievo che una risoluzione per atto unilaterale è preferibile in quanto, ragionando in termini di costi – benefici, manda immune il debitore dai costi di apprestare una prestazione tardiva alla quale la parte c.d. fedele magari si opporrà, non risolve. Pure chi però volesse sostenere che il catalogo delle fattispecie esemplificate fin qui certifica tutt'al più l'esistenza di una lacuna assiologica, farebbe mostra di usare un argomento claudicante, riflesso com'è questa idea di una qualifica dell'art. 1453 come *norma cadetta* di un art. 1372 che imporrebbe, per come è formulato, la *conservazione* del contratto. Senza tante perifrastiche, viene fatto invero di ribattere che imputare al contraente c.d. fedele l'onere di una domanda giudiziale, utile soltanto ad evitare la sopravvenienza di un adempimento sanante, omette di considerare che l'eventualità di un tenore di scambio così artificiosamente mantenuto sarà comunque *diverso* da quello che le parti avevano originariamente pattuito. Il fatto poi che il diritto transnazionale (artt. 49 e 64, comma 1 CISG) sia tutto calibrato, pure per una maggiore speditezza assecondante la prevedibilità dello scambio, su di una risoluzione per atto di parte attesta che, in una logica di parità delle armi, il recesso *non attenta* più della risoluzione alla forza di legge del contratto.

7. Segue: il recesso dal contratto per inadempimento nella cornice di cinque (nuovi) argomenti.

Non solo: ben cinque argomenti, di cui tre estrapolabili dal formante giurisprudenziale più recente, dovrebbero, per la verità, indurre l'interprete a riconsiderare più linearmente la questione. Nell'ordine

primo, quando la risoluzione *non si abbina* al risarcimento del danno, l'ordinamento conosce già due fattispecie di scioglimento per via unilaterale del contratto, il recesso dell'art. 1464 e prima ancora quello, corredato di una caparra confirmatoria, dell'art. 1385 c.c..

Sub art. 1464, la tesi di un recesso giudiziale per impossibilità, che si contrapporrebbe ad uno scioglimento automatico, proprio per converso dell'art. 1463, è invero palesemente forzata e, come ben coglie Cass. 6299/1987[69], contraddetta da almeno tre argomenti concorrenti: il debitore della prestazione parzialmente impossibile può sempre eccepire l'infondatezza del recesso e fare accertare giudizialmente l'inefficacia del medesimo; l'intervento del giudice è escluso pure nel caso in cui il creditore

[65] Complice giust'appunto una condotta del debitore manifestante un intendimento contrario alla caducazione del contratto V., con una tersa argomentazione critica, GIORGIANNI, *In tema di risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Contr. impr.*, 1991, 61 ss.

[66] Così, al riguardo, TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit. 64 s. e, per chi lo voglia, PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, cit. 112.

[67] V. CARNEVALI, *La risoluzione giudiziale*, cit. 81, per il quale l'insindacabilità della *mutatio* per il contraente fedele dovrebbe implicare che non si vagli paritariamente il comportamento processuale dell'inadempiente. Argomento serio sì ma che di per sé non smonta l'esigenza di contemperamento degli interessi sottesa alla *teleologische Reduktion* suggerita.

[68] Il che non sfugge a DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, cit. 56 ss.

[69] V. Cass. 17 luglio 1987, n. 6299, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Contratto in genere*, n. 456 che si discosta appropriatamente da Cass. 14 aprile 1981, n 2256, in *Foro it.*, I, 2975 ss. In dottrina, volendo, PAGLIANTINI, *sub* art. 1464, in *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta ed Orestano, Torino, 2011, IV, 592 s.

opti per l'accettazione di una prestazione ridotta[70]; la scadenza del termine pattuito, o di quello fissato dal giudice, successivamente al prodursi del fatto impeditivo, non estingue il diritto di recesso in quanto è solo infatti l'accettazione di una prestazione parziale che *lo consuma*. Dunque un diritto potestativo di recesso in senso proprio[71], azionabile ogni qual volta il sinallagma che residua si mostri idoneo a produrre un tipo di utilità subiettiva *diversa* e *difforme* da quella costituente la ragione iniziale dell'operazione economica. D'altronde, e detto *en passant*, non è che l'art. 1672, per il caso di un'impossibilità sopravvenuta solo parziale, tracci un rimedio diverso a favore del committente[72].

Sub art. 1385, il ragionamento –è vero- deve farsi più sofisticato ma il risultato non cambia. Gli è, infatti, che il vaglio giudiziale[73], prospettabile ove la suddetta caparra sia iniqua, non intacca l'*an* del recesso ma va piuttosto a censire l'entità di una somma che, siccome funge da forma di liquidazione del danno alternativa a quella di legge, in realtà vede l'autonomia privata *spossessare* il giudice del sindacato di controllo sulla corrispondenza tra pregiudizio patito, in conseguenza dell'inadempimento, e danno da risarcire. Da cui poi, quando questa correlazione manchi, il riespandersi *per legge*, se normativamente la liquidazione del danno è affare delle Corti[74], di un potere del giudice di apprezzare la congruità del *quantum* pattuito, con un'eventuale manipolazione modificativa della clausola non equa. A spiegazione del *dictum* di Cass. 4777/2005[75], sulla legittimità dell'eccezione opposta dal promittente alienante che rifiuti la restituzione della caparra, v'è perciò il fatto che il binomio risoluzione – risarcimento non soltanto è scomponibile nella duplice variabile di una risoluzione senza risarcimento e di un risarcimento senza risoluzione[76], ma la prima versione, ecco il punto, documenta l'*autosufficienza satisfattiva* dell'effetto liberatorio quando l'inadempimento essenziale non abbia causato al creditore un pregiudizio economico rilevante. *Ergo,* torna la circostanza asseverativa di come sia la *parziale esecuzione* del contratto ad imporsi a guisa di un «fatto compiuto», registrato dall'ordinamento sul terreno della risoluzione esprimendo delle regole che non si limitano, per il gioco delle preclusioni reciproche congegnato dal 2 e 3 comma dell'art. 1453 c.c., ad impedire l'imposizione unilaterale dello scambio, strutturando piuttosto la risoluzione come una vicenda che si *dà endoprocessualmente*. In un panorama siffatto, la tanto discussa Cass. 12235/2007 non è poi così sorprendente[77], al netto beninteso dell'autentico *misunderstanding* inficiante tutte quelle interpretazioni pretermissive della circostanza (dirimente) che qui a domandare la risoluzione per difetto sopravvenuto del presupposto era stato un Comune permutatario qualificabile, *melius re perpensa*, come inadempiente in quanto l'idoneità del depuratore all'uso pattuito costitutiva a pieno titolo, trattandosi di una qualità del bene dedotto in contratto, un risultato dovuto mancato. Dopo di che il fatto che la narrativa processuale non contempli una risoluzione stragiudiziale opposta dall'impresa permutante non è sorprendente se si considera che, nella specie, un doppio motivo, l'effetto reale prodottosi e gli ingenti corrispettivi versati interinalmente ad acquedotti privati[78], rendevano *esiziale* un effetto liberatorio che fosse sprovvisto di un risarcimento dei danni[79]. Dunque, nonostante sia etichettata come un *revirement* (isolato) della Cassazione in materia di presupposizione[80], una sentenza che tutt'al contrario indirettamente avvalora come l'interesse del contraente fedele in risoluzione abbia per lo meno un contenuto bivalente;

---

[70] E se il creditore può procedere autonomamente ad eseguire una prestazione proporzionalmente diminuita, va da sé che dev'essere pure ammesso a recedere *ex se* dal contratto.

[71] Cfr. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta (artt. 1463 – 1466),* in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 2002, 164.

[72] V., almeno, RUBINO – IUDICA, *Dell'appalto. Libro IV. Delle Obbligazioni*, in *Comm. Scialoja – Branca,* Bologna – Roma, 1992, 479.

[73] V. Corte cost., 24 ottobre 2013, n. 248, in *Foro it*., 2014, I, 382 s. e 2 aprile 2014, n. 77, ivi, 2014, I, 2035 s.

[74] V., coll'abituale rigore, CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit. 178.

[75] Nel dettaglio Cass. 4 marzo 2005, n. 4777, in *Contratti*, 2006, 122, nel segno per altro di Cass. 25 novembre 1993, n. 11684, in *Giust. civ*., 1994, I, 674.

[76] Tra le tante v. Cass. 11 giugno 2004, n. 11103, in *Rep. Foro it*., 2004, voce *Contratto in genere*, n. 564 e Cass. 24 novembre 2010, n. 23820, ivi, *Rep*., 2010, voce cit., n. 495.

[77] V. Cass. 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova giur. civ. comm*., 2007, I, 1177 ss., con nota (parzialmente adesiva) di AZZARRI, *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili: il* revirement *della Suprema Corte*.

[78] Per la fornitura sostitutiva della quantità d'acqua industriale convenuta.

[79] Per un'inesattezza della prestazione, sintetizzando al massimo il ragionamento, imputabile ad un Comune che, come la motivazione ben evidenzia, si era in realtà accollato contrattualmente il rischio della sopravvenienza di fatti ostativi al regolare funzionamento dell'impianto di depurazione, donde poi, all'inverarsi di un siffatto evento, il costoso onere di assicurare una fornitura sostitutiva. E se la fornitura sostitutiva rappresentava un'obbligazione con facoltà alternativa dedotta in contratto, va da sé che, nella veste di un *rischio ordinario*, non era traslabile economicamente, neppure *in parte qua*, sulla società permutante.

[80] Per tutti i dettagli del caso v. AIELLO, *L'applicabilità del rimedio risolutorio al difetto sopravvenuto di presupposizione in un recente revirement della Cassazione,* in *Nuova giur. civ. comm*., 2011, II, 305 ss.

secondo, la diffida ad adempiere, come pure da ultimo la Cassazione ha ribadito[81], più che alla gravità dell'inadempimento si lega tanto all'essenzialità della prestazione nell'economia del programma contrattuale quanto alla circostanza che al debitore sia stato assegnato un congruo termine per adempiere. Ebbene, se si esclude che un inadempimento grave, fuori dai casi di diritto, *risolva*, si inscena un cortocircuito sistematico in quanto, mentre si verrà a riconoscere che un inadempimento sì lieve epperò prodromico ad un serio pregiudizio può essere causa di un *tempestivo* scioglimento in via monitoria, per un'inattuazione che *è già essenziale* si postula viceversa il medio alternativo dell'onere di una domanda giudiziale ovvero di una diffida la quale, per il fatto di accordare una dilazione congrua al debitore, non può che palesarsi come idonea a frustrare definitivamente l'interesse del contraente c.d. fedele. Di qui, l'inclinazione allora a pensare che sia ragionevole supporre un'applicazione analogica dell'art. 1453, comma 2, corredata per di più dalla duplice circostanza che, se l'*escamotage* di trasformare in diffida *ogni* dichiarazione stragiudiziale carente di un qualche requisito di legge svilisce apertamente la portata precettiva dell'art. 1454, viceversa l'interesse a liberarsi subitamente della prestazione promessa, in previsione di stipulare un contratto di rimpiazzo parimenti vantaggioso, non la si può ritenere una condizione appannaggio del solo debitore.

terzo, e qui il discorso si fa davvero intrigante, soccorre la regola di azione che si può ricavare dalle sentenze gemelle sul rilievo officioso della nullità pendente una domanda di impugnativa negoziale. Secondo le S.U[82]., il canone di una generale rilevabilità officiosa convive, com'è ormai appurato[83], con una specie di giudicato implicito esterno calibrato alla c.d. zeuneriana maniera[84]: in sintesi, e collo stringente temperamento *ex adverso* dell'art. 187, comma 2 c.p.c., un vincolo al motivo portante della precedente decisione di rigetto, valevole tra le parti in tutti i successivi processi nei quali torni a farsi questione sulla validità della fattispecie controversa. Per le S.U., sulla premessa di una *rechtliche Sinnzusammenhang*, il rigetto di *una qualche* domanda di impugnativa negoziale, per la nullità *incidenter tantum* del titolo prodotto, funge da preclusione (extraprocessuale) di merito scongiurante il rischio che l'attore soccombente, nella successiva veste di convenuto per l'adempimento, si trovi a venire condannato ad un'esecuzione fondata sullo stesso titolo già reputato nullo. Il che, detto di passata, non fa una grinza sulla scorta della ragione (materiale) ineccepibile che, quando si fa questione di un rapporto sinallagmatico, il rigetto incrina «tutti gli effetti del contratto» e non il solo diritto dedotto in giudizio[85].

Ebbene, chiusa momentaneamente la parentesi, se il compratore dovesse allora domandare giudizialmente l'adempimento e la sua pretesa venisse rigettata perché l'eccezione di risoluzione oppostagli è fondata, non sarà allo stato più possibile che successivamente quello stesso venditore domandi il pagamento del prezzo in forza del contratto impugnato, sull'assunto che il rigetto (definitivo) intervenuto vale da preclusione extraprocessuale (o da c.d. giudicato implicito) che copre non la singola obbligazione bensì l'*intero* rapporto sostanziale. E proprio qui, argomentando dall'oggetto del giudicato, sta il punto.

Tornando infatti al *gran arrêt* delle S.U., subito, invero[86], si è fatto notare come il suo storico dispositivo abbia natura di *precedente vincolante* ex art. 374, comma 3 c.p.c. là dove esclude il formarsi di un giudicato implicito sulla validità del contratto quando il giudice, dando applicazione all'art. 187, comma 2 c.p.c., decida sulla scorta di una pregiudiziale di merito più liquida (§ 5.14.7.): epperò, siccome una siffatta conclusione null'altro è che un «temperamento» di quella parte – premessa in cui si individua nel rapporto sostanziale l'oggetto proces-

[81] V. Cass. 18 aprile 2007, n. 9314, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Contratto in genere*, n.545 . In dottrina, in luogo di tanti, COSTANZA, *sub* art. 1456, in NANNI – COSTANZA – CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento, artt. 1455 – 1459*, in *Comm. cod. civ., Scialoja - Branca,* a cura di Galgano, I, 2, Bologna – Roma, 2007, 62 ss. e SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento, Art. 1453-1459,* in *Il Codice Civile. Comm.*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2007, 531 ss.

[82] V. Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242 e Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26243, per il cui commento v., tra gli altri, PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione ... a mo' di bussola per rivedere Itaca*, in *Contratti,* 2015, 113 ss. e CARBONE,, *"Porte aperte" delle Sezioni unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto,* in *Corr. giur.*, 2015, 88 ss.

[83] V., spigolando dal fascicolo speciale di Studi Senesi, le pagine di CONSOLO –GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, 139 ss. ed il nostro *"Parigi val bene una messa"? Le Sezioni unite sul rilievo d'ufficio della nullità e c.d. giudicato implicito*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 137 ss.

[84] V. CONSOLO, *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Europa dir. priv.*, 2010, spec. 972 ss. L'uso del c.d. nasce dal fatto che, come questa dottrina fa notare, qui più che un giudicato, non essendo ampliato l'oggetto del giudizio, v'è una *preclusione extraprocessuale* -per le parti- fondata sul principio di buona fede, nell'ottica, direbbe il civilista, del divieto di un *venire contra factum proprium*.

[85] *Ergo*, in assenza di *una* specifica impugnazione, spazio ad un c.d. giudicato implicito sulla nullità del contratto se questa, ancorché non vi sia stata una domanda di accertamento incidentale, è stata la *ratio decidendi. del rigetto:* V. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I,* cit. 114.

[86] V., colla consueta acutezza, PROTO PISANI, *Una decisione storica delle sezioni unite,* in *Foro it.*, 2015, I, 944.

suale di *tutte* le azioni contrattuali (§ 4.8.), è ragionevole dedurre che un'identica natura si debba riservare pure a questa[87]. Ebbene, trasferito all'eccezione di risoluzione, il risultato che si dà ha dell'eclatante in quanto, per un'interna coerenza del discorso, dovrà riconoscersi che, per il medio di un rigetto definitivo della domanda di adempimento, il rifiuto opposto dal venditore diviene *risolutorio*, delineandosi perciò una situazione che vede stilizzata un'*equipollenza* di tipo effettuale tra eccezione e domanda di risoluzione. (Ri)torna così l'argomento pragmatico di apertura, se lo scioglimento può avvenire per via di eccezione, bypassando così il medio di un'efficacia sostanziale tipica *per sentenza*[88], quale principio dogmatico impedisce che un risultato equivalente connoti una dichiarazione stragiudiziale di scioglimento ? Se un siffatto dogma, com'è intuitivo comprendere, sta nella natura costitutiva della sentenza, basta ordinare diversamente il discorso immaginando che la pronuncia *de qua* sia costitutiva quando il contraente fedele *domandi* la risoluzione insieme al risarcimento: cioè in ragione del *petitum*.

Quarto, un avallo sì incidentale ma estremamente prezioso si trae pure dal *grand arrêt* col quale le S.U. hanno riconosciuto al creditore, che abbia mutato la domanda di adempimento in risoluzione, la facoltà di chiedere contestualmente il risarcimento del danno (e la restituzione delle prestazioni eseguite)[89]: il che, come si sa, non era affatto pacifico per via del sottinteso che la natura *eccezionale* dell'art. 1453 cpv., contemplante una *mutatio* in deroga alle norme processuali (artt. 183 e 345 c.p.c.), non avrebbe dovuto implicare una legittimazione del contraente fedele a proporre pure l'ulteriore domanda risarcitoria, da affidarsi pertanto ad un successivo procedimento. Scrutinando il fitto apparato argomentativo messo in campo dalle S.U., affiora infatti il rilievo teleologico che l'interesse del contraente deluso fattosi attore in risoluzione non ha per certo di mira il solo ottenere una pronuncia che lo esima, per effetto dello scioglimento, dall'adempiere alla prestazione dovuta: ad un siffatto risultato può ben invero provvedere quella c.d. eccezione di inadempimento *inutile*, per contro, se il contratto impugnato ha ricevuto parziale esecuzione, onde l'interesse al risarcimento ed alle restituzioni. Ecco allora riaffiorare il motivo scriminante: è il fatto dell'esecuzione che *indirizza* l'interesse del contraente c.d. fedele, dimidiato in realtà tanto se il *ius variandi* non potesse contemplare la domanda di risarcimento quanto se un inadempimento grave non lo abilitasse a liberarsi del contratto con una risoluzione stragiudiziale. Le S.U. ragionano, nella specie, di un principio di *effettività* e di *concentrazione* della tutela: circoscriverne il perimetro a neutralizzare il *minus* di tutela che la parte c.d. fedele patirebbe se, ottenuto lo scioglimento, dovesse poi avviare un secondo processo, occulta disparitariamente la circostanza che un *deficit* di protezione affligge pure il contraente fedele che, per spogliarsi di un contratto inutile, abbia l'onere di agire giudizialmente[90]. A presidio delle ragioni di un debitore, sì inadempiente ma ciò nondimeno interessato alla manutenzione del contratto, v'è infatti il contrappunto di un'eccezione o di una dichiarazione stragiudiziale opposte *a rischio e pericolo*, secondo la formula oramai invalsa presso le corti francesi[91], di chi se ne avvale, in quanto l'una e l'altra *sub condicione* di un sindacato giudiziale sulla gravità dell'inadempimento. La *giudizialità* diventa così un fattore che non funge da presupposto necessario di risolubilità del contratto convertendosi piuttosto, secondo la logica scriminante di un'esistenza/inesistenza del fatto costitutivo, in una vaglio sul merito della vicenda ablativa, nell'ottica di coniugare effettività (della tutela) e deterrenza. Gli è infatti che, se l'effetto liberatorio può realizzarsi per via unilaterale, dovrebbe pure comprimersi di riflesso, stante la prevedibilità dello scioglimento,

[87] Non a caso PAGNI, *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, 70 ss., nota come il legare al rapporto complesso i limiti dell'oggetto del giudicato implichi, per una coerenza del discorso, svolgere il tassello successivo di ripensare *funditus* l'insieme delle azioni di impugnativa (e di esecuzione) contrattuale.

[88] V. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I*, cit. 114.

[89] V. Cass., sez. un., 11 aprile 2014, n. 8510**,** in *Contratti* 2014, 755 ss., la quale, seppur modellata sul periodare di chi, v. G. GABRIELLI, *Proponibilità delle domande risarcitoria e restitutoria in corso di giudizio purché congiuntamente con quella di risoluzione del contratto inadempiuto*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I,, ha per primo intuito la questione, vi decampa in quanto muove da una (più convincente) lettura in chiave processuale e non sostanziale dell'art. 1453, suscettibile viceversa, nell'impostazione dell'a. citato, di un'estensione analogica. Per un'attenta disamina del problema, colle relative indicazioni bibliografiche, si rinvia alla corposa nota, di seguito alla sentenza, di DELLACASA, *Il cantiere dei rimedi contro l'inadempimento: ius variandi e risarcimento del danno tra disciplina legislativa e regole giurisprudenziali*.

[90] Onere che, rispetto ad una fattispecie potenzialmente autosufficiente, innesca una vicenda processuale superflua. Per il rilievo che il principio di ragionevolezza sotteso a Cass. 8510/2014 detta una regola d'azione generale, estensibile alla rilevazione della nullità contrattuale, v. PAGNI, , *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, cit.

[91] Dove la figura di un eccezione di inadempimento, perentoria e non più sospensiva, come si diceva, prospera allegando una pluralità di argomenti, da quello pragmatico di un'*urgenza* evitante l'ispessirsi del danno già prodotto (JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil,* th. Paris, 1968, 176 e s., n. 209 ss.) al motivo di una maggior efficienza del rimedio unilaterale specialmente nell'area dei rapporti d'impresa (v. ATIAS, *Les "risques et périls" de l'exception d'inexécution (limites de la description normative),* in *D., Chron.*, 2003, I, 1103 ss.).

l'inclinazione a praticare un inadempimento efficiente, accrescendo in pari tempo il tasso di diligenza del debitore nell'adoperarsi ad evitare l'insorgere di un inadempimento grave. Dopo di che non è da escludere, è vero, che un rifiuto risolutorio ridondi pure a vantaggio del debitore, se nel frattempo l'eccipiente ha provveduto ad una stipula di rimpiazzo importante un utile eguale o superiore a quello del contratto non andato a buon fine: nella misura in cui il contraente c.d. fedele non avrà motivo di agire giudizialmente per i danni, il debitore di rimando qui si gioverà del risultato di andare immune dalle conseguenze del proprio inadempimento. Al netto di questa variabile, che potrebbe pure non delinearsi, giova però piuttosto evidenziare come la domanda di risoluzione diventi –in realtà- un *prius* indefettibile quando l'interesse alla prestazione od al valore economico della stessa sia infungibilmente legato al contratto impugnato, nel senso che il danno resterebbe altrimenti allogato là dov'è. Il che, come giustamente nota adesso la dottrina[92], fa pure da molla orientante l'interesse del debitore, il quale abbia contezza dell'illegittimità del rifiuto oppostogli, ad agire oppure no processualmente. Se può disporre altrimenti della prestazione dovuta e/o non ha un interesse specifico alla controprestazione, l'estinzione del vincolo si sarà prodotta senza i costi transattivi di un processo. In tempi di (finta ?) degiurisdizionalizzazione, non è poco;

Quinto, sebbene singolarmente non siano dirimenti, a titolo completivo neanche è da sottovalutare l'efficienza persuasiva che, nel loro insieme, possono rifrangere, sempre citando dal corpo delle sentenze gemelle 26242 e 26243/2014, i principi di *adeguatezza* (sinonimo di più liquida) e di *economicità* (in termini complessivi) della regola d'azione che definisce la lite. Depurati dai loro accenti più laschi, questi canoni sembrano infatti recepire quell'idea di una risoluzione da affidarsi, *di preferenza*, ad un potere formativo autonomo quando la radicalità dell'inadempimento sofferto disincentivi il perdurare di un contratto dannoso, neutralizzabile per contro dal contraente impresa con una diversa «allocazione della prestazione»[93]. L'argomento è un τόπος immancabile del dibattito dottrinale corrente[94] e se qui lo si lambisce soltanto è per la caratura prospettica o tutt'al più *in itinere* che hanno certi modelli rimediali di *soft law* (art. 9: 303 PECL, art. 7.3.2. PICC, art. 3: 507 DCFR ed artt. 118 e 138 CESL) a fronte del ben diverso peso specifico che va invece *sistemicamente* riconosciuto ad altri dati edittali: il nuovo art. 61 c. cons., se è vero che, in caso di omessa o tardiva consegna della *res* nei contratti di compravendita, il rimedio esperibile dal consumatore è un (germanizzato) recesso d'impugnazione, bypassante la disciplina (risolutoria) di diritto comune (c. 7)[95], ed il più datato, ma non meno illuminante, art. 2119 c.c., abitualmente esteso analogicamente dalle Corti al contratto di agenzia quando il preponente, in luogo di una risoluzione giudiziale, intenda far valere, alla maniera di *Rücktrittsrecht,* un inadempimento imputabile all'agente[96].

Ancora tracce perciò, nonostante tutto, di una risoluzione *self executing*[97].

8. Epilogo in quattro punti: risoluzione unilaterale ed *idola fori*.

Provando adesso, perché ormai è tempo, a tirare le fila del discorso, dall'insieme delle fattispecie spigolate si può desumere, a mo' di ricapitolazione problematica, come

1) non sia pertinente, combinando il discorso dottrinale con quello delle Corti, declinare il sintagma "risoluzione del contratto" allo *stato puro*, senza farlo cioè seguire da un qualificativo che lo renda più circostanziato. Una coppia, ordinata intorno al distinguo di un creditore che si sia nel frattempo reso *solvens* della propria prestazione, prende il posto dell'indivisibile fattispecie iniziale, restituendo l'immagine di un art. 1453 c.c. che sì governa il meccanismo risolutorio prendendo ad oggetto tanto l'archetipo del contratto inadempiuto (*da ese-*

[92] V. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, cit. 49.

[93] Così CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. I,* cit. 114.

[94] V., per tutti, PADOVINI, *Scioglimento unilaterale del vincolo fra recesso e impugnazione del contratto nella proposta di diritto comune europeo della vendita,* cit. 497 (che discorre di un recesso unilaterale che permetterebbe di colmare la distanza separante «il diritto interno dalla realtà economica»).

[95] Sulla questione sia consentito il rinvio a PAGLIANTINI, *sub* art. 61, in *La riforma del codice del consumo. Commentario al D. lgs. n. 21/2014,* a cura di D'Amico, Padova, 2015, spec. 291 ss.

[96] In dottrina, puntualmente, DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, cit. 61 s. mentre, per la giurisprudenza, è sintomatica Cass. 4 giugno 2008, n. 14771, in *Contratti*, 2008, 977 ss., con nota di BACCIARDI, *Il recesso impugnatorio nel contratto di agenzia e la giusta causa* per relationem. Successivamente v. Cass. 26 maggio 2014, n. 11728, in *Rep. Foro it*., 2014, voce *Agenzia*, n. 12 e Cass. 25 giugno 2012, n. 10576, in *Guida al dir*., 2012, fasc. 37, 61.

[97] *Quid* poi nel caso in cui, notificata la dichiarazione stragiudiziale, il c.d. contraente fedele non si veda opporre alcuna obiezione da un debitore il quale si risolva ad esplicitare le proprie contestazioni dopo un considerevole lasso di tempo? Il silenzio protratto, come in dottrina si fa notare (v. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali,* cit. 44), difficilmente sembra derubricabile ad una vicenda che non fonda un legittimo affidamento dell'intimante sull'avvenuto scioglimento del contratto.

guire) quanto quello del contratto *parzialmente eseguito*, epperò non collo stesso canovaccio. Rispetto alla prima figura, il diritto potestativo di scioglimento del contraente c.d. fedele manifesta infatti *pleno iure*, cioè in tutta la sua interezza, la propria efficienza ablativa. L'*escamotage*, nel caso di una dichiarazione stragiudiziale di recesso, di pensare ad una proposta di risoluzione consensuale che si perfeziona, nel silenzio del debitore, mediante un'accettazione tacita[98], è un modo sottile, ma obliquo, per provare ad ovviare ad un'incoerenza del sistema;

2) per riflesso, emerge come sia falso catalogare le fattispecie nominate di risoluzione c.d. di diritto alla stregua di un *numerus clausus*. Il recesso che Cass. 6347/1985 riconosce al committente a motivo di un grave inadempimento dell'appaltatore, non è un rimedio (generale), organico alla classe dei contratti di durata a motivo di una *differentia* che li renderebbe speciali pure in sede risolutoria, bensì l'epifenomeno di una risoluzione per atto unilaterale, azionabile quando il prodursi del solo effetto liberatorio *soddisfi* l'interesse della parte eccipiente o intimante. *Per incidens*, che la c.d. eccezione di inadempimento, di cui in più luoghi discorre la Cassazione, sia invece autenticamente di *risoluzione* lo certifica l'argomento che un'offerta, seppur tardiva, della prestazione farebbe decadere o precluderebbe l'effetto sospensivo di cui all'art. 1460 c.c. Cass. 6134/1979, come prima si notava[99], non ha trovato un'eco successiva ma intuiva il problema, incorrendo semmai nel difetto di chiamare implicitamente in causa l'art. 1174 c.c., visto che chi abbia inteso come risolto stragiudizialmente il contratto sarebbe assimilabile ad un creditore che non abbia più interesse alla prestazione, per giustificare lo sciogliersi di un rapporto che già viceversa, e più propriamente, si deve reputare *estinto* in virtù di una scelta potestativa originata, come si è cercato di evidenziare, da un inadempimento definitivo od essenziale. L'equivoco, per chi ben rifletta, sta tutto qui giacché, se dando per buona un'interpretazione estensiva dell'art. 1453, c. 2 si riconosce all'intimazione stragiudiziale l'effetto preclusivo di una successiva pretesa all'adempimento, l'immagine che si para davanti è quella di un contratto *risolto* e non di uno stato di *risolubilità* prossimo a consolidarsi in quanto l'estinguersi di un'obbligazione importerebbe il venir meno pure di quella corrispettiva, in una maniera gemella così all'ipotesi di estinzione automatica che si legge nell'art. 1463 c.c.[100];

3) correlativamente, può percepirsi come l'autonomia funzionale della risoluzione *de qua* si apprezzi pure rispetto al trittico stragiudiziale tipizzato negli artt. 1454, 1456 e 1457 c.c., se è vero che, in codeste fattispecie, si dà *more solito* un concorso di effetto liberatorio e risarcitorio, operante per via pattizia o tramite il medio di un accertamento giudiziale, del tutto eventuale per contro nel canovaccio di una *risoluzione senza risarcimento*. Trae spunto da qui, naturalmente, l'ulteriore corollario, già intuito del resto in dottrina[101], su di una sterilità dell'annoso dibattere sulla natura dichiarativa o costitutiva della sentenza di risoluzione: per la ragione che, se l'effetto liberatorio è *satisfattivo*, l'eccezione o la dichiarazione stragiudiziali, in difetto di una contestazione della controparte debitrice, non abbisogneranno di un titolo giudiziale in quanto *autosufficienti*. Chi veda la risoluzione come un potere della parte c.d. fedele di scegliere, «in relazione ai suoi concreti interessi, se conseguire il bene dovutogli ovvero l'*acquisto* della liberazione dall'obbligo»[102], non se ne stupirà. E, primo utile *caveat* del discorso, non è un problema, come talora si fraintende, di *duplicare* il regime della risoluzione: se questa infatti, ridotta alla sua minima unità effettuale, sempre si sostanzia nell'estinzione immediata di un rapporto corrispettivo, preferibilmente si diceva in ragione dell'esercizio di un potere di disposizione novativa, tutto in realtà finisce per legarsi al tasso di *satisfattività* che, per il contraente risolvente, abbia il conseguire un'utilità diversa da quella contrassegnante la prestazione dovuta. Il corredo risarcitorio/restitutorio, lungi dallo stilizzare *un altro modo di risolvere*, diventa in realtà lo stigma identificante le situazioni ove si abbia un'*insufficienza* dello scambio tra credito e prestazione dovuta. Il danno da risoluzione *completa* la tutela e non è un calco del risarcimento ex art. 1218 c.c., non foss'altro per la ragione che soltanto questo *si surroga* alla prestazione mancata[103]. Le due

[98] Così CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit. 45: il che, per una coerenza logica del discorso, postula però che un eventuale ripensamento della parte c.d. fedele, esplicitato nella forma di una domanda giudiziale di risoluzione, sia neutralizzabile opponendo l'eccezione di una risoluzione consensuale.

[99] V. *supra* nt.

[100] Il che, e sotto questo profilo la migliore dottrina dominante coglie nel segno, ha del barocco (v. DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1985, 258 ss.). Non varrà però dire che così «diventa problematico trovare la base per la condanna al risarcimento del danno» (così invece CARNEVALI, *La risoluzione giudiziale*, cit. 86), se è vero che la fattispecie di cui qui si discorre postuli un effetto liberatorio affrancato da un profilo risarcitorio che, nella specie, non interessa la parte c.d. fedele.

[101] V. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, cit. 47.

[102] Così GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (Profili generali)*, cit. 52.

[103] Coglie felicemente il punto MONTANARI, *Il danno da risoluzione*, cit. Non si trascuri poi, sempre nell'ottica di un *affrancarsi* della risoluzione dal risarcimento, che l'inadempimento

voci si sovrappongono unicamente quando la parte c.d. fedele invochi, non avendo più interesse alla prestazione in natura, un risarcimento sostitutivo ed a condizione che si verta, naturalmente, in una fattispecie di contratto corrispettivo –permuta ed altre figure innominate- ove entrambe le prestazioni non siano pecuniarie[104].

Dopo di che, sulla scorta degli argomenti esposti, ve n'è quanto basta –ci sembra- per procedere alla constatazione che la risoluzione delle Corti vede talora operante un interesse dispositivo – novativo, opposto a quello immanente alla pretesa dell'adempimento[105], che *basta da sé*. Il che, di nuovo, non dovrebbe suonare bizzarro od eterodosso se si rammenta che la lettera dell'art. 1453, c. 1 *pospone* il risarcimento dei danni tanto alla risoluzione quanto all'adempimento coattivo, coniando un'ambivalenza che, se da un lato purga la risoluzione dall'idea lasca che la vuole una sanzione[106], ne fa dall'altro un rimedio dotato di un orizzonte applicativo tutto affatto proprio. Cass. 7228/1997, pronunciata in tema di compravendita rispetto alla legittimazione dell'acquirente di una cosa viziata ad eccepire in autotutela che il bene è affetto da vizi, *senza* nel contempo esperire riconvenzionalmente le azioni edilizie, e Cass. 4747/1988, che ne riproduce il canovaccio in merito alla facoltà del committente, convenuto in giudizio per l'adempimento, di opporre *sic et simpliciter* l'inadempimento definitivo del prestatore d'opera[107], se ne avvedono. Chi volesse viceversa derubricarle ad arresti funzionali all'idea che la disciplina risolutoria dei tipi è spesso *speciale*, e *pour cause* in deroga a quella di parte generale, cadrebbe nell'abbaglio di non avvedersi che la collazione delle *Falgruppen* riportate restituisce l'immagine di una risoluzione il cui regime *segue* l'interesse di chi la intenta o la domanda[108]. Donde, ribaltando il discorso dell'*incipit*, il corollario interpretativo

4) che disposizioni sul genere degli artt. 1495 e 1667, c. 3, anziché speciali, valgano da enunciati iterativi, ciascuna nel rispettivo ambito, di una *norma generale* (latente o implicita) che vuole, al materializzarsi del presupposto minimo di un inadempimento essenziale, la (sola) risoluzione *possibile* per atto unilaterale in *tutti* i contratti a prestazioni corrispettive. Laddove una previsione minuta manchi, siccome si è al cospetto di una lacuna assiologica divenuta tecnica[109], in applicazione dell'art. 12 disp. l. g., le Corti in realtà vi ovviano praticando un'integrazione analogica, compensante di fatto un'inadeguatezza rimediale dell'ordinamento italiano. Tecnicamente, una *produzione di norme attraverso altre norme*[110], nell'ottica di una risoluzione quale semplice estinzione di un rapporto contrattuale corrispettivo.

In tempi che vedono gli interpreti discorrere polemicamente di una *dottrina delle Corti*, artefice di un decidere per valori che avrebbe reso il contratto incalcolabile[111], domandarsi quanto del pensiero dottrinale ha fatto breccia nell'argomentare dei giudici può sembrare, a tutta prima, provocatoriamente antistorico. Il resoconto esposto attesta viceversa che, almeno dall'angolo visuale della risoluzione, il laboratorio giurisprudenziale ha foggiato un sistema autenticamente misto nel quale il punto di interferenza tra risoluzione ed esecuzione spartisce il campo tra domanda ed eccezione giacché, se il creditore si è fatto *solvens* della prestazione, il fatto intercorso non gli consente più di ristabilire unilateralmente lo stato *quo ante*. Di qui un concorso di regole (seconde) risarcitorie e restitutorie, normativamente retto da una domanda giudiziale di risoluzione perché la logica della legge è di un primato del giudice

per ritardo ex art. 1218 è un *minus* rispetto all'inadempimento grave rilevante ai fini risolutori.

[104] Per tutti CARNEVALI, *La risoluzione giudiziale*, cit. 48 e BELFIORE, *Inattuazione dello scambio per causa imputabile al debitore e tecniche di tutela del creditore: la conversione della prestazione in natura in prestazione per equivalente*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 227 ss.

[105] Cfr. GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (Profili generali)*, cit. 53.

[106] Il binomio risoluzione –sanzione è riprodotto ultimamente da BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001, 183 ss., nell'ottica di una compulsione, sull'assunto che la minaccia di una risoluzione, comportando questa la perdita delle utilità legate alla controprestazione negoziata, inducano il debitore ad eseguire correttamente il contratto. Se non fosse che pure questo apparato ricostruttivo non riesce a dar conto del combinato argomento che l'inadempiente, sebbene perda il suo diritto alla prestazione, comunque si libera del proprio obbligo, con un risarcimento nel contempo che non funge da surrogato della prestazione inadempiuta ex art. 1218 c.c.

[107] *Per extenso*, rispettivamente, Cass. 6 agosto 1997, n. 7228, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Contratto in genere*, n. 528 e Cass. 23 luglio 1988, n. 4747, ivi, *Rep.* 1988, voce *Lavoro autonomo*, n. 6.

[108] V. infatti adesso CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit. 9, il quale, pur aderendo a quelle tesi c.d. minimaliste che tendono a leggere la questione del fondamento normativo della risoluzione alla stregua di un falso problema, coglie il punto notando che «la *concreta utilità* della risoluzione varia secondo i casi, in base all'*intento* che muove il contraente non inadempiente, e non consente generalizzazioni» (c. vo aggiunto).

[109] Mentre, e non a caso diremmo, la lacuna è assiologica, insanabile quindi perché espressiva di una valutazione discosta da quella fatta propria in sede normativa, a giudizio di chi esclude un effetto liberatorio per atto unilaterale fuori dai casi di stragiudizialità confezionati *ex lege*: così AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit. 407.

[110] V. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, Torino, 2001, 31 ss. e 185.

[111] Intuitivo il riferimento alle pagine di IRTI, *Un contratto "incalcolabile"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 17 ss.

nel quantificare le conseguenze economiche di un inadempimento, venendo pur sempre in rilievo un trasferimento intersoggettivo di ricchezza. Quando così non sia, il perimetro dell'art. 2908 c.c. *si ritrae* perché gli effetti costitutivi delle sentenze, secondo utile *caveat*, rappresentano pur sempre un *limite* in senso stretto all'esplicarsi dell'autonomia privata[112]. Insomma, l'eccezione o un recesso risolutivi hanno da loro una *flessibilità* che aggira tanto l'automatismo dell'eventuale condizione di inadempimento, che fosse dedotta in contratto[113], quanto i problemi posti, se si esclude il capo condannatorio, dalla dibattuta efficacia provvisoriamente esecutiva delle sentenze costitutive[114]. Non poco, dunque.

Ed allora, a mo' di conclusione *in progress*: è esatto che recesso e risoluzione misurano la forza di legge del contratto[115]; e tuttavia la giurisprudenza, riassemblando un *puzzle* di suggestioni dottrinali rimaste per troppo tempo a livello di una (seppur felice) intuizione, ha riconcettualizzato la figura dell'inadempimento essenziale come una delle *cause*, ammesse dalla legge, di recesso per un *giusto motivo* dal contratto. A fronte del debitore, che agisca per l'attuazione del contratto, se non v'è stata un'esecuzione interinale, il creditore convenuto di massima domanderà, in via di *exceptio*, l'accertamento dell'avvenuta risoluzione, rovesciando così la prospettiva tradizionale all'insegna di un salutare «ridimensionamento selettivo del ruolo del processo nell'economia del rimedio risolutorio»[116]. Può sembrare un'acquisizione elementare: ma, nella prospettiva di accreditare un canovaccio rimediale che la *communis opinio* stenta tuttora a riconoscere, il nutrito catalogo di argomenti che si è dovuto articolare sta a dimostrare esattamente il contrario.

Come fare le cose colle regole (della giurisprudenza)?

---

[112] V. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. I*, cit. 112 ed incisivamente PADOVINI, *Scioglimento unilaterale del vincolo fra recesso e impugnazione del contratto nella proposta di diritto comune europeo della vendita*,cit. p. 501, secondo il quale il passaggio dall'azione al recesso «sposta il baricentro della disciplina e lo allontana dalle strettoie e dai confini del giudizio per riportarlo nella sfera di esercizio dell'autonomia privata».

[113] V., per tutti, AMADIO, *La condizione di inadempimento: contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996.

[114] Per un quadro esplicativo della questione v. ZAFFARONI, *La provvisoria esecutorietà dei capi condannatori delle sentenze costitutive di primo grado*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 619 ss. e

[115] V. DE NOVA, *Recesso e risoluzione nei contratti*, cit. 637 e 640 s.

[116] V. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, cit. 44.

Materiali e commenti

Materiali e commenti

ALTRUITÀ DEL BENE E ACQUISTO PER OCCUPAZIONE

Di Alberto Venturelli

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. La valenza sistematica degli artt. 924 e 925 c.c. – 3. La portata precettiva dell'art. 923, 2° co., c.c.: le res derelictae. – 4. (Segue): la regola attributiva della proprietà degli animali cacciati e del pescato. – 5. Il regime giuridico di appartenenza dei frutti spontanei.

1. Il problema.

L'esigenza di determinare il contenuto della proprietà alla luce di una puntuale analisi del dettato positivo, superando le astrazioni concettuali indotte dall'elaborazione di un modello individualistico di diritto «assoluto», porta il compianto Maestro al quale il presente scritto è dedicato ad escludere che il godimento «pieno ed esclusivo» riconosciuto al proprietario dall'art. 832 c.c. si realizzi attraverso l'esercizio di un'attività di natura possessoria.

Per quanto gli artt. 1140 ss. c.c. non vietino di riferire possesso e proprietà al medesimo soggetto, la rilevanza giuridica della situazione possessoria è strettamente correlata ad una valutazione *a posteriori* che, attribuendo rilievo all'astratta corrispondenza tra l'attività esercitata e quella caratterizzante il diritto reale, s'interroghi sull'atteggiamento tenuto dai terzi a fronte del singolo atto di godimento, il quale, proprio in ragione della dimensione esclusivamente fattuale del possesso, non è legittimato dall'esclusione degli altri dalla relazione privilegiata con la *res*, ma dalla materiale assenza di contestazione da parte di terzi che abbiano confidato nell'effettiva esistenza della situazione giuridica soggettiva.

Il godimento in cui si concretizza l'esercizio della proprietà, al contrario, deve essere valutato *a priori* in ragione della sua capacità di assicurare il raggiungimento degli scopi in vista dei quali la situazione giuridica è conferita al soggetto, il quale potrà dunque incorrere nel divieto di atti emulativi (art. 833 c.c.) ogni qual volta non riesca a dimostrare che l'attività esercitata contribuisce all'attuazione dell'interesse tutelato dal suo diritto, indipendentemente dalla prova del suo *animus nocendi*.

Al fine di rafforzare questo assunto, Michele Costantino analizza il combinato disposto degli artt. 924 e 925 c.c., rilevando che essi, nonostante la collocazione topografica, non regolano solo modi di acquisto della proprietà a titolo originario, ma fissano anche criteri di soluzione del conflitto di interessi originato dall'ingresso nel fondo altrui e, proprio per questo, devono essere coordinati con la disciplina offerta dagli artt. 841-843 c.c., dalla quale si evince che il proprietario non ha il diritto all'inviolabilità assoluta del fondo: anche laddove abbia deciso di chiuderlo (art. 841 c.c.), infatti, egli deve comunque consentire l'accesso a chi intende riprendere «la cosa sua che vi si trovi accidentalmente o l'animale che vi si sia riparato sfuggendo alla custodia» (art. 843, ult. co., c.c.) e ciò vale a smentire che l'indennità dovuta per il danno cagio-

nato nell'ingresso nel fondo allo scopo di inseguire lo sciame d'api o gli animali mansuefatti debba essere causalmente riferita alla lesione della proprietà, dovendosi piuttosto collegare alla molestia indotta dal compimento di attività che non si siano rivelate funzionali all'inseguimento.

Quest'ultimo costituisce prerogativa del proprietario e, in quanto tale, deve essere sottoposto alla valutazione preventiva di conformità agli scopi in vista dei quali è attribuito che connota ogni atto di godimento volto a realizzare il diritto assoluto. La pretesa all'indennità, invece, è correlata al diritto di non essere molestati nella situazione di godimento e trae legittimazione dal mero possesso, spettando non solo al proprietario, ma anche a chiunque abbia la conduzione del fondo: «in realtà, si deve dubitare che la facoltà di opporsi all'ingresso di terzi sia un attributo della proprietà. L'esercizio di tale facoltà dipende dal presupposto che l'ingresso costituisca molestia di fatto; e poiché in tal caso questa facoltà compete anche al possessore e al locatario, deve ritenersi che il proprietario – come il titolare di qualunque altro diritto reale di godimento – abbia facoltà di opporsi all'ingresso di altri, che costituisca molestia di fatto, solo quando sia anche possessore o detentore. Analoghe considerazioni valgono riguardo all'ingresso qualificato di terzi: se in tali ipotesi è possibile opporsi all'accesso altrui, la ragione consiste nel fatto che il terzo entra nel fondo per cacciare senza licenza o per pescare (art. 842 c.c.) o per occupare o per trarne altrimenti profitto (artt. 633 e 636 c.p.) … Al di fuori di queste ipotesi, l'ingresso nel fondo altrui non è illegittimo, a meno che costituisca molestia di fatto per colui che si trova nel godimento, sia esso titolare di un diritto reale o possessore o detentore. Naturalmente, se il fondo è recinto, il muro, il fosso, la siepe o qualunque altro stabile riparo hanno il significato di dichiarazione tacita di volersi opporre e l'ingresso sarà in tal caso comunque illegittimo (art. 637 c.p.). In conclusione, la facoltà di opporsi all'ingresso altrui, qualificato o non, è attributo della situazione di godimento, non della relazione di proprietà»[1].

Il presente scritto intende dimostrare che questa ricostruzione offre un significativo contributo nella determinazione dei connotati caratterizzanti l'occupazione di bene mobile e, segnatamente, agevola il superamento della tesi dottrinale che valuta l'assenza di una preesistente relazione proprietaria sulla *res* occupabile come requisito ineliminabile di questo modo di acquisto della proprietà a titolo originario.

2. La valenza sistematica degli artt. 924 e 925 c.c.

A tal stregua, Michele Costantino attribuisce agli artt. 924 e 925 c.c. il compito di introdurre presunzioni assolute di abbandono degli animali, sicché lo sciame d'api o gli animali mansuefatti non tempestivamente inseguiti o reclamati potrebbero essere acquistati dal proprietario del fondo in virtù di un meccanismo acquisitivo incentrato sulla loro occupazione[2].

A questa posizione, invero, si contrappongono altre ricostruzioni, secondo le quali le previsioni in esame esprimerebbero modi di acquisto innominati[3]

[1] Così M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1965, pp. 51 ss., 123 ss. e 178 ss., spec. 182 s. (da cui la successiva citazione; il secondo capitolo del volume, in cui è contenuta la citazione riportata nel testo, può altresì leggersi, con il titolo *Contenuto, esercizio e tutela giuridica della proprietà*, anche in ID., *Rischi temuti, danni attesi e tutela privata*, Milano, 2002, pp. 3 ss., spec. 54 s.), il quale torna più recentemente sul tema, formulando conclusioni sostanzialmente identiche a quelle più ampiamente motivate nello studio monografico, in ID., *Esercitazione su nevrosi per richiami impropri a nozioni astratte*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, II, Milano, 2004, p. 875 ss.; ID., *Il diritto di proprietà*, 2ª ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, VII, *Proprietà*, 1, Torino, 2005, p. 257 s.; ID., *La gratuità, la qualificazione dei beni e l'accesso alla proprietà altrui*, in *Il principio di gratuità*, a cura di A. Galasso e S. Mazzarese, Milano, 2008, p. 475 ss.

[2] In termini pressoché identici si esprimono, sul punto, anche A. VESCIA, *Se l'occupazione sia modo per acquistare la proprietà delle cose immobili abbandonate*, in *Arch. giur.*, (37) 1886, p. 213; G. SCIASCIA, voce *Occupazione*, in *Nuovo dig. it.*, IX, Torino, 1939, p. 3; M. RICCA BARBERIS, *Acquisto degli animali mansuefatti*, in *Nuovo dir.*, 1946, p. 61 s.; G. PESCATORE, in G. PESCATORE, R. ALBANO e F. GRECO, *Della proprietà*, 2ª ed., in *Commentario del codice civile Utet*, III, 1, Torino, 1968, p. 484; A. QUARANTA e R. PREDEN, *Della proprietà*, in *Commentario del codice civile*, diretto da V. de Martino, III, Novara, 1971, p. 418; F. DE MARTINO, *Beni in generale. Proprietà*, 4ª ed., in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 414 s.; R. MARTINI, voce *Occupazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 8; M. NUNZIATA, *Superfluità dell'art. 924 c.c. in tema di proprietà degli sciami d'api?*, in *Nuovo dir.*, 1996, p. 222 s.; A. MALOMO, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. Perlingieri, III, Napoli, 2010, p. 348; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, 3ª ed. a cura di N. Zorzi Galgano, I, Padova, 2014, p. 489 s.

[3] Cfr. F. GIRINO, voce *Occupazione (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 733; A. TABET, E. OTTOLENGHI e G. SCALITI, *La proprietà*, 2ª ed., in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1981, pp. 793, 798 s. e 805 ss.; L. COSTANZO, voce *Occupazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 3; F. SALARIS, *L'acquisto della proprietà*, 2ª ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, VII, 1, cit., p. 735 s.; U. MATTEI, *I diritti reali*, I, *La proprietà*, 2ª ed., con la collaborazione di A. Quarta ed E. Ariano, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2015, p. 189.

o specifiche applicazioni delle regole in tema di accessione[4].

Le prospettazioni da ultimo ricordate, tuttavia, non appaiono insuperabili, posto che il riferimento al carattere «innominato» dell'acquisto serve solo a ribadire l'autonomia delle norme in commento, eludendo il compito di dar conto dei loro rapporti con gli altri meccanismi acquisitivi della proprietà, e il richiamo dell'accessione presuppone che una mera omissione, quale il mancato inseguimento, possa essere equiparata al compimento di una specifica attività innovativa sul fondo, nonostante che l'arricchimento di quest'ultimo, dal quale prende le mosse la regola attributiva della proprietà fissata dagli artt. 934 ss. c.c., non dipenda affatto dalla condotta del proprietario originario degli animali, visto che essa non può minimamente condizionare il passaggio dello sciame d'api o degli animali mansuefatti sul fondo altrui[5].

Ciò tuttavia non deve indurre a concludere che il meccanismo acquisitivo previsto dagli artt. 924 e 925 c.c. costituisca una mera duplicazione di quello riguardante le *res derelictae*, perché – a differenza di quanto accade nell'ipotesi regolata dall'art. 923, 2° co., c.c. – l'impossessamento dello sciame d'api o degli animali mansuefatti è una circostanza fattuale necessaria ma non sufficiente per la determinazione dell'effetto costitutivo[6].

Per il legislatore è irrilevante che il proprietario del fondo abbia già recuperato lo sciame, inserendolo nel proprio alveare, nel momento stesso in cui questo è penetrato nel suo fondo, o, al contrario, abbia atteso la scadenza del termine previsto dall'art. 924 c.c., riscontrando che il proprietario originario non ha interesse a recuperarlo, perché quel che conta è solo l'inutile decorrenza del termine stesso[7].

Similmente, la nascita di una nuova relazione proprietaria sugli animali mansuefatti si determina solo alla scadenza di un termine perentorio durante il quale l'originario proprietario mantiene un atteggiamento omissivo, evitando di porne in essere il reclamo. Il momento a decorrere dal quale il suddetto termine deve essere calcolato, non avendo nulla a che vedere con quello concernente l'apprensione del bene, evidenzia altresì l'impossibilità di ricondurre

---

[4] Cfr. A. TRABUCCHI, voce *Occupazione (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 617 s. e 625 s. (da cui le successive citazioni); e in ID., *Cinquant'anni nell'esperienza giuridica. Scritti di Alberto Trabucchi*, raccolti e ordinati da G. Cian e Pescara, Padova, 1988, pp. 983 e 997 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 1999, p. 334 s.

[5] Muovendo proprio dall'occasionalità dell'allontanamento dell'animale, A. CARROZZA, *Il* mos revertendi *degli animali mansuefatti e dei cervi in particolare*, in *Riv. dir. agr.*, 1957, II, p. 450 ss.; e, con minime variazioni e con il titolo *Sul collegamento degli animali mansuefatti col fondo*, in ID., *Gli istituti del diritto agrario*, I, Milano, 1962, p. 15 ss.; F. CIGOLINI, *Il diritto di caccia nella legislazione statale e regionale*, Milano, 1959, p. 113 s.; F. DE MARTINO, *op. cit.*, pp. 412 e 415; G. VIGNOLI, *Le nozioni giuridiche di fauna selvatica, di animale domestico e di animale mansuefatto*, in *Riv. dir. agr.*, 1989, I, p. 28 ss., ammettono l'applicabilità dell'art. 925 c.c. anche agli animali domestici, nonostante essi non abbiano necessariamente il c.d. *mos revertendi*, cioè lo specifico insegnamento atto a permetterne la libera circolazione e il ritorno serale presso il loro proprietario, essendo a tal fine sufficiente che essi abbiano subito, in virtù del controllo costante dell'uomo, una rilevante modificazione delle loro abitudini, anche alimentari. Ma la necessità di limitare l'applicazione dell'art. 925 c.c. ai soli animali mansuefatti è ribadita da L. SAMPOLO, *L'apicoltura e il diritto civile*, in *Circ. giur.*, 1895, I, p. 258 ss.; M. BATTISTA, voce *Occupazione*, in *Dig. it.*, XVII, Torino, 1904, p. 32 s.; B. BRUGI, *Della proprietà*, 2ª ed., II, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di Fiore, IV, 2, Napoli-Torino, 1918, p. 465 ss.; G. SCIASCIA, *op. cit.*, p. 3; L. BARASSI, *La proprietà con riferimento al progetto di c.c.*, Milano, 1939, p. 525 ss.; ID., *La proprietà nel nuovo c.c.*, Milano, 1941, p. 406 s.; ID., *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, p. 212 s.; G. ZAULI, *La condizione giuridica della selvaggina nobile stanziale*, in *Foro Lomb.*, 1939, I, c. 58; A. AZARA, *Dei modi di acquisto della proprietà*, in *Commentario del codice civile*, diretto da M. D'Amelio, II, *Libro della proprietà*, Firenze, 1942, p. 437 s.; M. RICCA BARBERIS, *op. cit.*, p. 61; G. BOLLA e P. PIAZZA, voce *Animali*, in *Noviss. dig. it.*, I, 1, Torino, 1957, p. 627 s.; E. EULA ed A. ARIENZO, voce *Caccia*, *ivi*, II, Torino, 1957, p. 647 s.; F. GIRINO, *op. cit.*, p. 738; G. PESCATORE, *op. cit.*, pp. 478 s. e 482 s.; A. QUARANTA e R. PREDEN, *op. cit.*, p. 420 s.; A. TABET, E. OTTOLENGHI e G. SCALITI, *op. cit.*, p. 806 s.; A. MALOMO, *op. cit.*, p. 349. In giurisprudenza, sono stati ritenuti animali mansuefatti i colombi torraioli (Cass., 19 dicembre 1930, in *Giur. it.*, 1930, II, c. 148 ss.), le antilopi vaganti nei pressi di una tenuta privata di allevamento (Cass., 16 giugno 1930, in *Giust. pen.*, 1930, I, c. 1258 ss.), ma non il fagiano, che pure è suscettibile di allevamento (Cass., 19 ottobre 1932, *ivi*, 1933, III, p. 901; Cass., 9 novembre 1934, in *Giur. it.*, 1935, II, c. 148 ss.; ma v. anche Cass., 4 aprile 1934, in *Riv. dir. pen.*, 1934, p. 810 ss., che parla di furto del fagiano; CRACHI, *Il fagiano la giurisprudenza e la legge*, in *Giur. it.*, 1934, II, c. 147 ss.; ID., *La selvaggina nella riserva e altrove*, *ivi*, c. 279); non sono invece stati ritenuti mansuefatti un cervo che pure frequentava stabilmente una riserva (Trib. Bologna, 13 luglio 1957, in *Giur. it.*, 1957, I, 2, c. 673 ss.; e in *Riv. dir. agr.*, 1957, II, p. 450 ss.) e un cavallo [Cass., 14 dicembre 1950, n. 2723, in *Foro it.*, 1951, I, c. 834; e in *Arch. ric. giur.*, 1952, c. 32 ss. (s.m.), con nota di M. BATTAGLINI, *Modi di acquisto degli animali domestici e mansuefatti*, alla quale replica F. TALASSANO, *Sull'art. 925 c.c.*, in *Mon. trib.*, 1955, p. 138 s.].

[6] Cfr. R. SACCO e R. CATERINA, *Il possesso*, 3ª ed., in *Trattato di diritto civile e commerciale*, fondato e già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, VII, Milano, 2014, p. 205.

[7] Cfr. F. GIRINO, *op. cit.*, p. 733; G. PESCATORE, *op. cit.*, p. 480; A. QUARANTA e R. PREDEN, *op. cit.*, p. 418; F. DE MARTINO, *op. cit.*, p. 414; nonché L. MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, Napoli, 1995, p. 146 s., la quale contesta che, nonostante la formulazione letterale dell'art. 924 c.c., che parla di «ritenere» gli animali, l'ipotesi in esame sia realmente riconducibile al tema della ritenzione, in piena conformità, sul punto, con quanto già rilevato da F. SEMIANI BIGNARDI, *La ritenzione nell'esecuzione singolare e nel fallimento*, Padova, 1960, p. 7 s.; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Milano, 1974, p. 140 s.

l'acquisto della proprietà ivi descritto ad un modello simile a quello caratterizzante l'usucapione[8].

Tali rilievi non valgono, evidentemente, a negare che il mancato inseguimento o il mancato reclamo tempestivo rispondano ad un presumibile disinteresse del proprietario degli animali, ma servono ad evidenziare che l'acquisto della proprietà è collegato ad una più articolata sequenza che lascia temporaneamente coesistere – rendendole entrambe legittime – l'apprensione materiale e la possibilità di inseguire gli animali o di reclamarli, a loro volta correlate alla situazione proprietaria che si assume ancora presente nel momento in cui si verifica l'allontanamento[9].

Solo la distinzione tra attività possessoria e godimento della proprietà – dalla cui affermazione il presente scritto ha preso le mosse – consente pienamente di comprendere le ragioni di fondo della coesistenza appena delineata[10].

Se infatti l'esercizio della proprietà deve essere sottoposto ad una valutazione di conformità fondata sul soddisfacimento degli interessi in vista dei quali il diritto è attribuito, il proprietario originario dello sciame o degli animali mansuefatti perde la sua situazione giuridica soggettiva non tanto per aver manifestato, in forma concludente, l'intenzione di abbandonarli, quanto piuttosto perché, ad esito di una valutazione comparativa con l'impossessamento altrui, la situazione fattuale dell'apprensione è parsa al legislatore meritevole di protezione più intensa e duratura di quella genericamente collegata al mantenimento della preesistente situazione proprietaria, in quanto espressiva dell'intenzione di utilizzare il bene a seguito del suo impossessamento.

A tal stregua, le modalità di acquisto della proprietà in esame – per quanto riconducibili all'occupazione – non dipendono dalla generica affermazione del carattere *nullius* dello sciame d'api o degli animali mansuefatti, ma dal riconoscimento di un'apprensione per così dire «preventiva», realizzatasi quando ancora il bene è *alicuius*, e destinata, ciononostante, ad acquisire rilevanza giuridica autonoma e ad assicurare la nascita di una nuova situazione giuridica soggettiva in virtù di una valutazione negativa del comportamento tenuto dal proprietario originario, il quale è sanzionato attraverso la perdita del suo diritto per il solo fatto di non aver assicurato un tempestivo utilizzo del bene.

3. La portata precettiva dell'art. 923, 2° co., c.c.: le *res derelictae*.

Il rilievo appena formulato è facilmente estendibile anche alle ipotesi regolate dall'art. 923, 2° co., c.c.

Secondo l'orientamento maggioritario, tale previsione sancirebbe un'equiparazione tra i beni ivi indicati e le altre *res nullius* finalizzata a riaffermare, per l'occupabilità del bene, l'essenziale importanza delle caratteristiche giuridiche dello stesso così come esistenti all'atto dell'apprensione: le cose abbandonate, in particolare, configurerebbero *res nullius* per effetto di una scelta volontaria del loro precedente proprietario diretta ad eliminare la situazione giuridica soggettiva che ne giustificava l'appartenenza e la loro inclusione nell'oggetto dell'occupazione confermerebbe l'inidoneità di

[8] Cfr. P. CENDON, *Proprietà riserva e occupazione*, Napoli, 1977, p. 128 s.; nonché A. FALZEA, *Fatto naturale*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, I, Padova, 1970, p. 415; e in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1999, p. 385 (da cui la successiva citazione), il quale parla a tale proposito di «modificazione naturale reversibile», sottolineando che il tempestivo esercizio, da parte del proprietario, di una «attività umana di normali proporzioni» può assicurare «il ripristino della situazione materiale preesistente».

[9] Gli artt. 924 e 925 c.c. non possono perciò trovare applicazione quando lo sciame o gli animali mansuefatti siano già stati abbandonati dal loro proprietario originario, dovendosi in tal caso applicare l'art. 923, 2° co., c.c.: cfr. L. BARASSI, *La proprietà con riferimento al progetto di c.c.*, cit., p. 524; ID., *La proprietà nel nuovo c.c.*, cit., p. 406; ID., *Proprietà e comproprietà*, cit., p. 224 s.; F. FERRANTI, *Il libro della proprietà con le disposizioni di attuazione e transitorie*, 2ª ed., Milano, 1951, p. 358 s.; A. QUARANTA e R. PREDEN, *op. cit.*, p. 418 s.; P. CENDON, *op. cit.*, p. 62 s.; A. GAMBARO, *La proprietà: proprietà, beni, comunione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1990, p. 322; R. MARTINI, *op. cit.*, p. 8 s.

[10] Cfr. M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, cit., p. 181 ss., il quale riprende e sviluppa quanto già rilevato, in ordine alla necessità di collegare alla tutela possessoria il risarcimento dei danni derivanti dall'ingresso nel fondo altrui, da L. BARASSI, *La proprietà con riferimento al progetto di c.c.*, cit., p. 550 ss.; ID., *La proprietà nel nuovo c.c.*, cit., p. 420 s.; U. BRASIELLO, *Rapporti di vicinanza ed immissioni*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, III, p. 600; G. PEZZANA, *Facoltà di accesso al fondo del vicino*, *ivi*, 1954, VI, p. 89 s.; G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, p. 111 s.; C. MAIORCA, voce *Accesso al fondo*, in *Noviss. dig. it.*, I, 1, Torino, 1957, p. 138 s.; G. DEIANA, voce *Accesso coattivo (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 272 ss.; G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 244 s.; M. SANTILLI, *Sul diritto di accesso al fondo, secondo la giurisprudenza*, in U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, Milano, 1976, p. 289 s.; App. Casale, 14 luglio 1920, in *Riv. dir. comm.*, 1921, II, p. 156 ss., con nota di U. NEGRI, *Le api e i vicini*; Cass., 13 febbraio 1932, *ivi*, 1932, II, p. 233 ss., con nota di B. BRUGI, *Diritto di inseguire uno sciame d'api sul fondo altrui*; Pret. Torino, 4 dicembre 1956, in *Giur. it.*, 1957, I, 2, c. 1001 ss.; in *Nuovo dir.*, 1958, p. 534 ss.; e in *Riv. dir. agr.*, 1958, II, p. 117 ss., con nota di A. CARROZZA, *Apicoltura e proprietà* (questa nota può altresì leggersi in ID., *Gli istituti del diritto agrario*, I, cit., p. 27 ss.).

questo istituto a regolare e risolvere conflitti tra situazioni incompatibili[11].

Il prezzo da pagare per attribuire all'atto di abbandono una funzione immediatamente eliminativa del diritto di proprietà è tuttavia rappresentato dal richiamo dell'*animus derelinquendi*, identificabile con l'intenzione di estinguere la situazione giuridica soggettiva assoluta e capace di far perseguire all'abbandono una funzione abdicativa identica a quella assicurata dalla rinunzia.

Poiché il carattere di *res derelicta* costituisce un presupposto oggettivo dell'acquisto della proprietà mediante occupazione, all'occupante sarebbe dunque imposta la prova di questo elemento volitivo, con esiti applicativi difficilmente accettabili, vista la sostanziale impossibilità di ricostruire un fatto storico che potrebbe essersi realizzato anche molto tempo prima dell'occupazione e in circostanze non controllabili.

Questo rilievo induce a valorizzare il dettato positivo, che, a differenza di altre esperienze giuridiche[12], si mostra estremamente cauto nel fornire indici di qualificazione dell'atto di abbandono, posto che, con il già citato art. 923, 2° co., c.c., si limita a prospettare un'equiparazione tra la cosa abbandonata e quella priva di proprietario ai soli fini della loro comune occupabilità, così da non lasciare dubbi in ordine alla conseguenza giuridica ineliminabile del rapporto tra abbandono ed apprensione, appunto rappresentata dalla prevalenza di quest'ultima sulla situazione giuridica preesistente, che si rivela, per questo motivo, estinta.

Se è possibile trattare dell'avvenuto abbandono di un bene in ragione del suo successivo impossessamento a fini di occupazione, l'effetto estintivo assume rilievo solo in virtù di una circostanza fattuale diversa da quella in cui è maturato e si rivela inutile, ai fini dell'applicazione della disciplina in esame, il fatto che esso abbia formato specifico oggetto di rappresentazione e volizione in capo a colui che tiene la condotta diretta all'abbandono.

L'occupante diviene proprietario del bene, in altri termini, indipendentemente dal fatto che il precedente proprietario, all'atto dell'abbandono, si sia rappresentato questa eventualità e abbia voluto trasformare la cosa in *res nullius*: quello che conta è che, prima dell'apprensione, si sia determinato un evento capace di provocare la perdita volontaria della disponibilità del bene, lo spossessamento, dal quale deriva, per insindacabile scelta del legislatore, l'effetto estintivo quale conseguenza riflessa del successivo maturare di una situazione fattuale ritenuta meritevole di protezione, quale quella appunto l'occupazione[13].

---

[11] Cfr. A. VESCIA, *op. cit.*, p. 213 s.; M. BATTISTA, *op. cit.*, p. 32; B. BRUGI, *Della proprietà*, II, cit., p. 425 s.; T. CHIOVENDA, voce *Abbandono*, in *Diz. prat. dir. priv.*, I, Milano, 1923, p. 2 s.; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, 3ª ed., a cura di L. Coviello, Milano, 1924, p. 323 ss.; L. BARASSI, *La proprietà con riferimento al progetto di c.c.*, cit., p. 523; ID., *Proprietà e comproprietà*, cit., p. 205 s.; S. PIRAS, *La rinunzia nel diritto privato*, Napoli, 1940, p. 68 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 138 s.; M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952, p. 226; S. GIANZANA, voce *Abbandono*, in *Noviss. dig. it.*, I, 1, Torino, 1957, p. 2 s.; E. FAVARA, voce *Abbandono del fondo*, *ivi*, p. 8 s.; G. DEIANA, voce *Abbandono (*derelictio*) (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 7 s.; A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 101 ss.; F. GIRINO, *op. cit.*, p. 735; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 1966, pp. 89 s. e 105; A. QUARANTA e R. PREDEN, *op. cit.*, p. 414 s.; F. DE MARTINO, *op. cit.*, p. 411; A. TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 620 s.; A. TABET, E. OTTOLENGHI e G. SCALITI, *op. cit.*, pp. 789 ss. e 801 s.; M. COMPORTI, voce *Abbandono*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 1 s.; L. COSTANZO, *op. cit.*, p. 2; R. MARTINI, *op. cit.*, p. 6 s.; F. MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, I, *Parte generale*, Napoli, 1992, p. 90 ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, 2ª ed., I, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1998, p. 228; C. COPPOLA, *La rinunzia ai diritti futuri*, Milano, 2005, p. 88 s., testo e nota 81; App. L'Aquila, 8 marzo 1957, in *Rep. Giust. civ.*, 1957, voce *Occupazione*, nn. 1-2; Trib. Roma, 6 luglio 1994, in *Dir. fall.*, 1995, II, p. 1049 ss., con nota di G. DI DOMENICO, *L'abbandono degli archivi privati acquisiti dal fallimento ed il deposito presso l'Archivio di Stato al fine di consentire l'acquisto originario* ex *art. 923, 1° co., c.c.*; nonché, per più ampi richiami alla situazione nel diritto romano, G. BRANCA, voce *Abbandono (*derelictio*) (diritto romano e intermedio)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 3 s.; L. VACCA, *«Derelictio» e acquisto delle «res pro derelicte habitur» (lettura delle fonti e tradizione sistematica)*, Milano, 1984, p. 1 ss. (opera recensita da S. SOLIDORO, *Nuovi studi in tema di derelizione*, in *Labeo*, 1987, p. 213 ss.).

[12] Basti considerare il § 959 BGB, ai sensi del quale «Eine bewegliche Sache wird herrenlos, wenn der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz der Sache aufgibt». Per una puntuale disamina di questa previsione cfr., per tutti, J. VYTALIC, *Die Willensbetätigung, das andere Rechtsgeschäft. Eine Untersuchung zur Rechtsnatur der §§ 144, 151, 959, 1943, 2255 BGB*, Berlin, 2009, p. 52 ss.

[13] Cfr. E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, p. 140 s.; G.A. MICHELI, *La rinunzia agli atti del giudizio*, Padova, 1937, p. 10 ss.; A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 159; A. AZARA, *op. cit.*, p. 433 s.; S. PUGLIATTI, voce *Animus*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 157 s.; ID., *I fatti giuridici*, revisione e aggiornamento di A. Falzea con presentazione di N. Irti, Milano, 1996, p. 40 s. [entrambi questi scritti possono altresì leggersi in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 2008-2011, rispettivamente IV, p. 176; e V, p. 1293 (da cui la successiva citazione)]; F.S. GENTILE, *Il possesso nel diritto civile*, Napoli, 1956, p. 400 ss.; G. BRANCA, *op. cit.*, p. 4; L. CAMPAGNA, *I «negozi di attuazione» e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958, p. 156 ss.; F. DE MARTINO, *op. cit.*, p. 468; G. BENEDETTI, *La funzione partecipativa*, in ID., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale. Studi. Parte generale*, Napoli, 1991, p. 122; M.E. LA TORRE, *Abbandono e rinunzia liberatoria*, Milano, 1993, p. 9 ss.; R. SACCO, *L'occupazione, atto di autonomia (Contributo a una dottrina dell'atto non negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 353 s. (da cui le successive

Solo a tal stregua riesce comprensibile la ragione per la quale l'abbandono – atto a forma libera, privo di espressi riferimenti normativi che ne condizionino le modalità di manifestazione – in realtà deve necessariamente risolversi in una condotta non partecipativa, idonea a realizzare l'interruzione della relazione possessoria, posto che il mantenimento della disponibilità del bene si porrebbe in termini di evidente contraddizione con un'ipotetica volontà, comunque manifestata, di rinunziare alla proprietà[14].

D'altra parte non si può escludere che lo spossessamento sia solo momentaneo e ad esso faccia seguito un ripensamento da parte del proprietario, che si riprenda la *res* divenuta per lui nuovamente utile.

In questo caso, riesce difficile credere che la proprietà si perda immediatamente all'atto dello spossessamento e che il recupero del bene valga come nuovo atto di occupazione dello stesso, già diventato *res nullius*: se le cose stessero davvero così, bisognerebbe infatti spiegare la ragione per la quale la *res*, a differenza di quanto accade in ogni altro caso di occupazione, non venga acquistata priva di vincoli o limiti nell'esercizio del diritto, ma con le medesime caratteristiche già riscontrabili prima della perdita momentanea della disponibilità del bene[15].

Per risolvere la questione è invece necessario prestare attenzione al fatto che la riapprensione non può che determinarsi prima che altri abbiano occupato il bene e dunque persegue una funzione impeditiva, che le consente di evitare il perfezionamento della fattispecie eliminativa, che si compie, secondo quanto osservato, solo con la successiva occupazione.

Esula dai limiti del presente contributo chiarire se tali considerazioni rappresentino indizi di una più generale incompatibilità strutturale e funzionale tra rinunzia e abbandono, dalla quale desumere l'attribuzione ai due atti di ambiti di operatività non sovrapponibili e, segnatamente, l'individuazione della possibilità di rinunziare al diritto di proprietà solo limitatamente ad un bene immobile[16]: quello che conta è che, per quanto concerne la descrizione della *res derelicta* come bene suscettibile di occupazione, l'atto di abbandono deve essere individuato ponendo esclusiva attenzione alla situazione possessoria ed assume contorni di realità che, impedendone una qualificazione negoziale, lo sottomettono al trattamento giuridico previsto per gli atti in senso stretto[17].

La prova che l'occupante deve fornire, dunque, non può riguardare ambigui elementi psicologici di

citazioni); e in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 744 s.; ID., *La parte generale del diritto civile*, I, *Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2005, p. 156; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, fondato e già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, VIII, 2, Milano, 1995, pp. 861 ss., spec. 864; E. CARBONE, Animus. *Elemento soggettivo e imputazione legale degli effetti*, Napoli, 2010, p. 20; F. GALGANO, *op. cit.*, p. 488.

[14] Cfr. P. BONFANTE, *La derelizione e l'apprensione di cose derelitte*, in ID., *Scritti giuridici vari*, II, Torino, 1918, p. 342 s.; Sil. ROMANO, *Studi sulla derelizione nel diritto romano*, Padova, 1933, p. 73 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 23 s.; Salv. ROMANO, *Autonomia privata (appunti)*, Milano, 1957, p. 46; e in *Studi in onore di Francesco Messineo per il suo XXXV anno d'insegnamento*, I, Milano, 1959, p. 406 s.; e in ID., *Scritti minori*, II, Milano, 1980, p. 625 s.; S. PUGLIATTI, voce Animus, cit., p. 154; L. CAMPAGNA, *op. cit.*, p. 161 s.; U. NATOLI, *Il possesso. Appunti delle lezioni*, I, Pisa, 1971, p. 32 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *L'abbandono liberatorio*, in *Scritti in onore di Dante Gaeta*, Milano, 1984, p. 17 ss.; e in ID., *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, 1998, p. 554 ss.; ID., *Oneri reali e obbligazioni* propter rem, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, fondato e già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XI, 3, Milano, 1984, p. 142; M.E. LA TORRE, *op. cit.*, p. 27 s.; L. BOZZI, *La negozialità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008, p. 38 ss.

[15] Cfr. A. VESCIA, *op. cit.*, p. 215 s.; L. BARASSI, *La proprietà con riferimento al progetto di c.c.*, cit., p. 522; ID., *I diritti reali limitati, in particolare l'usufrutto e le servitù*, Milano, 1947, p. 47; D. BARBERO, *La legittimazione ad agire in* confessoria *e* negatoria servitutis, 2ª ed., Milano, 1950, p. 106 s.; ID., *Sistema del diritto privato italiano*, 6ª ed., I, Torino, 1965, p. 762; F. DE MARTINO, *op. cit.*, p. 410; A. TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 624; R. MARTINI, *op. cit.*, p. 5; A. MALOMO, *op. cit.*, p. 346; App. Cagliari, 4 marzo 1963, in *Foro pad.*, 1963, I, c. 1193 ss. *Contra* A. AZARA, *op. cit.*, p. 434; F. GIRINO, *op. cit.*, p. 736; G. PESCATORE, *op. cit.*, p. 475 s.; A. QUARANTA e R. PREDEN, *op. cit.*, p. 416; A. TABET, E. OTTOLENGHI e G. SCALITI, *op. cit.*, p. 798.

[16] È questa la tesi di M.E. LA TORRE, *op. cit.*, p. 41 ss., cui replica, in una prospettiva sensibilmente diversa, L. BOZZI, *op. cit.*, p. 56 ss.; ma per un primo accenno cfr. già S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p. 89 s., testo e nota 218; ID., *La trascrizione immobiliare*, I, Messina, 1945, p. 65 s. (entrambi questi scritti possono altresì leggersi in ID., *Scritti giuridici*, cit., rispettivamente I, p. 844 s., testo e nota 218; e II, p. 1398 s.); G. MIRABELLI, *op. cit.*, p. 222, testo e nota 2; L. CAMPAGNA, *op. cit.*, p. 160 s.; A. FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 25 s.; e, con il titolo *Atto reale e negozio giuridico*, in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e dogmatica giuridica*, II, cit., p. 764 s.; ma, in senso critico nei confronti della possibilità di differenziare gli effetti dell'atto abdicativo a seconda della natura mobiliare o immobiliare del bene, cfr. anche V. BARBA, *La rinunzia all'eredità*, Milano, 2008, p. 252 ss. e, per un'attenta indicazione dell'efficacia della perdita e dell'estinzione di un diritto, anche in ragione della sua natura assoluta o relativa, G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 209; C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 149 s.; A. MAGAZZÙ, voce *Perdita ed estinzione dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 59 ss.

[17] Cfr. L. CAMPAGNA, *op. cit.*, p. 156 ss.; M.E. LA TORRE, *op. cit.*, p. 37 ss.; F. GALGANO, *op. cit.*, p. 488 s. *Contra* E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. 2ª ed. (1960), Napoli, 2002, p. 128 s.

dubbia ricostruzione fattuale, ma dovrà incentrarsi sulle condizioni in cui il bene è stato trovato, al fine di chiarire, muovendo da esse, che il bene stesso è stato gettato via dal suo proprietario perché ragionevolmente inidoneo a soddisfare i suoi interessi[18].

A tal fine, le modalità del ritrovamento e in particolare il luogo dello stesso, le caratteristiche fisiche del bene, il suo valore economico, le finalità che il mantenimento del suo possesso da parte dell'originario proprietario avrebbe potuto ancora soddisfare possono fornire utili indizi dai quali, con un cauto ragionamento congetturale, muovere per individuare il carattere del bene rinvenuto, salve le ipotesi in cui, per espressa disposizione normativa, questo stesso carattere sia già indicato dal legislatore[19].

È facile osservare che, così argomentando, si attribuisce decisiva importanza, per l'accertamento del carattere di *res derelicta*, alla medesima situazione fattuale – rappresentata dal ritrovamento della cosa – che costituisce antecedente necessario della modalità di acquisto della proprietà di cui agli artt. 927 ss. c.c. e, se ciò basta a chiarire la ragione per la quale, storicamente, l'invenzione sia stata per lungo tempo considerata una forma speciale di occupazione[20], la netta distinzione tra le due figure indotta dalla codificazione del 1942 impone all'interprete di individuarne un criterio discretivo sufficientemente determinato, il quale non può porsi con esclusivo riferimento alla volontà dismissiva, che è senz'altro assente nel caso di semplice smarrimento della cosa, ma risulta impossibile da dimostrare con assoluta certezza in entrambe le ipotesi, quanto piuttosto alla condotta del ritrovatore che, solo a fini di occupazione, può decidere di apprendere materialmente il bene[21].

Che l'art. 927 c.c. valga ad ostacolare quest'ultima possibilità, imponendo, nel dubbio, un tentativo di restituzione del bene trovato al suo proprietario, ove conosciuto, o all'autorità pubblica, negli altri casi, e che dunque da questa previsione possa trarsi una vera e propria presunzione relativa di smarrimento che l'occupante stesso è chiamato, ove voglia davvero acquistare la proprietà, a superare attraverso la prova dell'abbandono è una conclusione che, in chiave applicativa, può solo evidenziare l'intenzione del legislatore di escludere il ricorso all'occupazione in tutti i casi in cui il valore del bene possa dar luogo a situazioni conflittuali particolarmente problematiche, ma non smentisce l'assunto dal quale la presente riflessione ha preso le mosse, cioè l'idea secondo cui solo l'occupazione rappresenta il criterio risolutivo del conflitto con il precedente proprietario, che non può più invocare il suo diritto perché l'occupante dimostra che, per il modo

[18] Cfr. D. COSTANTINO, *L'uso sociale dei beni. Limitazioni e regole*, Bari, 2010, p. 66. Un significativo esempio dell'utilità di siffatto approccio è offerto dal caso in cui il proprietario getti monete o altri beni di (modesto, ma non del tutto assente) valore economico nelle vasche di alcune fontane cittadine, quasi sempre per scopi propiziatori o scaramantici: solo le modalità del ritrovamento consentono infatti di desumere che chi le ha gettate in quei luoghi lo ha fatto proprio per abbandonarle, sicché solo una successiva apprensione, ancorché rimessa all'iniziativa esclusiva di chi ha la disponibilità dei luoghi entro i quali le monete o i beni sono stati gettati, consentirà di acquistare per occupazione la proprietà su di essi (Trib. Genova, 16 novembre 1956 e Pret. Genova, 21 marzo 1957, entrambe in *Nuovo dir*., 1959, p. 29 ss., con nota di G. MOSSA; *contra* Trib. Roma, 19 settembre 1956, in *Rep*. *Foro it*., 1959, voce *Occupazione*, n. 4; Cass., 21 giugno 1958, *ivi*, 1958, voce *Furto*, n. 24; Pret. Roma, 7 aprile 1987, *ivi*, 1989, voce *Furto*, n. 9, secondo le quali bisognerebbe invece riconoscere l'acquisto automatico della proprietà dei beni a favore della p.a., alla quale le fontane appartengono). Naturalmente, l'analisi del valore del bene ritrovato deve essere operata tenendo presente le caratteristiche del proprietario originario: così beni come i rifiuti, che solitamente vengono abbandonati (e non certo smarriti) in ragione del loro scarso valore, può essere particolarmente importante per chi li raccoglie, ad esempio ai fini del loro riciclaggio industriale, ma ciò non potrà costituire un argomento utile per negare l'esistenza dell'abbandono.

[19] Cfr. A. TRABUCCHI, *op*. *cit*., p. 621, il quale, tuttavia, attribuendo all'abbandono natura negoziale, ne ammette la manifestazione con riserva, inducendo dunque l'occupante a dar prova dell'assenza di elementi psicologici del precedente proprietario atti a dimostrare che egli abbia voluto liberarsi del bene evitando che cadesse in mano di terzi; M.E. LA TORRE, *op*. *cit*., p. 25 ss. Esempi tipici di valutazioni normative di tal genere sono offerti dall'art. 932 c.c., sul quale cfr. S. PEROZZI, *Tra la fanciulla d'Anzio e la Niobibe. Nuovi studi sul tesoro*, in *Riv*. *dir*. *comm*., 1910, I, p. 279 ss.; V.M. TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940, p. 100 s.; L. COSTANZO, *op*. *cit*., p. 1; e dagli artt. 501 e 510 c. nav., sui quali cfr. O. BUCCISANO, *L'invenzione di cose perdute*, Milano, 1963, p. 29 ss.; ID., voce *Invenzione (diritto privato)*, in *Enc*. *dir*., XXII, Milano, 1972, p. 642 ss.; G. PESCATORE, *op*. *cit*., p. 476 ss.

[20] Cfr. M. BATTISTA, *op*. *cit*., p. 31 s.; B. BRUGI, *op*. *ult*. *cit*., p. 505 ss.; S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, 2ª ed., V, Milano, 1935, p. 92 s.; e in ID., *Scritti giuridici*, I, cit., p. 154 ss. (da cui le successive citazioni); G. SCIASCIA, *op*. *cit*., p. 3.

[21] Cfr. P. BONFANTE e F. MAROI, *Note*, in B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, 1ª trad. it. a cura di C. Fadda e P.E. Bensa, VI, Torino, 1904, p. 337 s.; C. LONGO, *Corso di diritto romano: le cose, la proprietà e i suoi modi di acquisto*, Milano, 1946, p. 168; F. DE MARTINO, *op*. *cit*., p. 408 s.; O. BUCCISANO, *L'invenzione di cose perdute*, cit., pp. 1 ss. e 45 ss., spec. 70 s.; nonché, con specifico riferimento alla necessità, muovendo da questo rilievo, di non distinguere tra cosa smarrita e cosa dimenticata, G.B. FUNAIOLI, *Cosa smarrita e cosa dimenticata*, in *Riv*. *dir*. *comm*., 1940, II, p. 340 ss.; e in ID., *Scritti minori*, a cura di U. Natoli e A. Carrozza, Milano, 1961, p. 325 ss. Preferiscono invece contrapporre l'*animus derelinquendi* alla mera consapevolezza di aver smarrito la *res* V.M. TRIMARCHI, *op*. *cit*., p. 98 s.; A. DE CUPIS, *Teoria dell'acquisto per invenzione*, in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja per il suo XLV anno d'insegnamento*, II, Bologna, 1953, p. 176 ss.; F. GIRINO, *op*. *cit*., p. 734; F. SANTORO PASSARELLI, *op*. *cit*., p. 107; A. QUARANTA e R. PREDEN, *op*. *cit*., p. 410 s.; A. TRABUCCHI, *op*. *cit*., p. 619.

con cui il bene è stato ritrovato, avrebbe continuato a rimanere in stato di abbandono[22].

La scelta legislativa, attribuendo rilievo alle caratteristiche della situazione fattuale in cui si determina l'apprensione, privilegia quest'ultima perché essa consente di assicurare alla *res* un impiego altrimenti precluso dal perdurante stato di non uso in cui la cosa sarebbe destinata a rimanere[23].

4. (Segue): la regola attributiva della proprietà degli animali cacciati e del pescato.

Quanto appena rilevato consente di ricondurre all'occupazione anche i modi di acquisto della proprietà connessi all'esercizio di caccia e pesca, nonostante il significativo mutamento della legislazione più recente in ordine alla qualificazione giuridica degli animali sui quali queste attività vengono esercitate.

All'atto della codificazione del 1942, la qualificazione degli animali cacciati come *res nullius* era agevolata dall'art. 2 r.d. 5 giugno 1939, n. 1016, contenente il «testo unico delle norme per la protezione della selvaggina e per l'esercizio della caccia», il quale prevedeva che, in un «terreno libero» (cioè «non costituito in bandita o in riserva o non precluso, comunque, alla libera caccia»), «la selvaggina appartiene a chi la uccide o la cattura», e segnatamente «al cacciatore che l'ha scovata finché non ne abbandoni l'inseguimento, e quella palesemente ferita al feritore»[24].

La necessità, evidenziata dal citato t.u., di esercitare la caccia solo previo ottenimento di una licenza amministrativa ed entro predefiniti confini spaziali e temporali non escludeva l'acquisto per occupazione, perché, secondo l'orientamento all'epoca prevalente, sarebbe stato necessario distinguere tra il diritto alla caccia, inteso come situazione giuridica soggettiva di carattere pubblicistico, destinata ad essere soddisfatta solo nei confronti dello Stato, e il diritto alla preda, considerato invece quale situazione giuridica soggettiva privatistica idonea a garantire la proprietà degli animali appresi[25].

[22] Cfr. M.E. La Torre, *op. cit.*, p. 37 ss.; R. Martini, *op. cit.*, p. 3 s.; D. Costantino, *op. cit.*, p. 64 s.; R. Sacco e R. Caterina, *op. cit.*, p. 205 s.; U. Mattei, *op. cit.*, p. 188 s.; App. Genova, 24 luglio 1897, in *Legge*, 1897, II, p. 560.

[23] Cfr. S. Piras, *op. cit.*, p. 28 s.; G. Mirabelli, *op. cit.*, p. 222 s.; L. Campagna, *op. cit.*, p. 145 s.; M. Segni, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972, p. 124 s., testo e nota 5.

[24] Cfr. M. Battista, *op. cit.*, p. 28 s.; L. Barassi, *La proprietà con riferimento al progetto di c.c.*, cit., p. 543 ss.; Id., *La proprietà nel nuovo c.c.*, cit., p. 417 s.; Id., *Proprietà e comproprietà*, cit., p. 223 ss.; M. Ricca Barberis, *Acquisto della proprietà con la caccia e la pesca*, in *Giur. it.*, 1944, IV, c. 22; F. Cigolini, *op. cit.*, p. 134 ss.; F. Girino, *op. cit.*, p. 733; F. De Martino, *op. cit.*, p. 413; A. Quaranta e R. Preden, *op. cit.*, p. 413; P. Cendon, *Commento alla l. 27 dicembre 1977, n. 968*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, p. 468; Cass. Roma, 29 luglio 1917, in *Foro it.*, 1918, I, c. 59 ss.; Pret. Albenga, 27 aprile 1963, in *Temi gen.*, 1963, c. 121 ss., con nota di V.P., *Brevi appunti sull'acquisto della proprietà della selvaggina nell'esercizio della caccia*.

[25] Cfr. L. Borsari, *Commentario del codice civile italiano*, III, Torino, 1877, p. 18 s.; F. Ricci, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, V, 2ª ed., Torino, 1886, p. 540 ss.; F. Filomusi Guelfi, *Diritti reali: ad uso di lezioni*, 2ª ed., Roma, 1910, p. 196 s.; G. Lomonaco, *Nozioni di diritto civile italiano*, 3ª ed., Napoli, 1911, p. 397 ss.; G.P. Chironi, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 2ª ed., II, Torino, 1912, p. 308 s.; B. Brugi, *op. ult. cit.*, p. 474 ss.; P. Barchielli, *La nuova legge sulla caccia*, in *Riv. dir. agr.*, 1924, II, p. 200 ss.; Id., *In tema di limiti tra diritto di proprietà e diritto di caccia*, *ivi*, 1928, II, pp. 223 ss., spec. 230 s.; N. Stolfi, *Diritto civile*, II, 1, *Il possesso e la proprietà*, Torino, 1926, p. 387; M. Valentini, *Il nuovo codice della caccia*, in *Riv. dir. turismo*, 1931, p. 6 s.; Id., *Il criterio presuntivo dell'«atteggiamento di caccia» e suoi limiti di applicazione*, in *Giust. pen.*, 1972, II, p. 377 ss.; C. Crachi, *La riserva di caccia e i visti ministeriali*, in *Giur. it.*, 1933, II, c. 231 ss.; Id., *Riserve di caccia e diritto sulla selvaggina*, in *Nuovo dir.*, 1936, p. 715 ss.; F. Cigolini, *Possesso della licenza durante l'esercizio della caccia*, in *Riv. pen.*, 1933, I, p. 361 ss.; Id., *Il divieto di caccia nei fondi chiusi*, *ivi*, 1934, I, p. 785 ss.; Id., *Il diritto di caccia nella legislazione statale e regionale*, cit., pp. 81 ss., 129 ss. e 142 ss., spec. 146; Id., *L'acquisto della proprietà della selvaggina con l'occupazione*, in *Riv. dir. sportivo*, 1965, I, p. 200 ss.; P. Escobedo, *Le zone esterne di protezione nelle riserve di caccia*, in *Giust. pen.*, 1935, IV, p. 793 ss.; M. Fantinelli, *Natura del diritto del proprietario di riserve di caccia sulla selvaggina*, in *Nuovo dir.*, 1936, p. 414 ss.; C. Landucci ed E. Eula, voce *Caccia*, in *Nuovo dig. it.*, XVI, Torino, 1937, p. 589 ss.; F. Messini, *Il reato di furto e le leggi sulla caccia*, in *Riv. dir. agr.*, 1937, II, p. 605 ss.; S. Pugliatti, *op. ult. cit.*, p. 156; G. Sciascia, *op. cit.*, p. 3; G. Zauli, *op. cit.*, c. 57 ss.; P. Pisapia, *Esercizio abusivo di caccia e sua repressione penale*, in *Riv. dir. pen.*, 1941, p. 88 ss.; M. Ricca Barberis, *op. ult. cit.*, c. 20 s.; L. Lombardi, *Libertà di caccia e proprietà privata in diritto romano*, in *Bull. ist. dir. rom.*, (53-54) 1948, p. 273 ss.; E. Eula ed A. Arienzo, *op. cit.*, pp. 638 s. e 641; R. Alessi, voce *Bandite e riserve*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 56 ss.; Id., voce *Caccia*, *ivi*, p. 750; G. Pescatore, *op. cit.*, p. 472 s.; F. Sertorio, *Una questione in tema di danni prodotti dalla selvaggina in riserva di caccia*, in *Foro pad.*, 1964, I, c. 1343 ss.; V. Vago, *Divieto di caccia in riserva privata*, in *Nuovo dir.*, 1970, p. 315 s.; M. Robecchi Mainardi, *La tutela della fauna, in particolare di alcuni aspetti giuridici in tema di protezione della selvaggina*, in *Riv. dir. sportivo*, 1970, p. 189 ss.; Id., *Aspetti evolutivi della disciplina giuridica della caccia*, *ivi*, 1975, p. 250 ss.; Id., *Sequestro o confisca in materia di caccia e pesca dopo la legge sulla depenalizzazione*, *ivi*, 1977, p. 69 ss.; A. Quaranta e R. Preden, *op. cit.*, p. 412; R. Cavola, *Gli appostamenti fissi e temporanei e le oasi di protezione e rifugio della fauna*, in *Riv. canc.*, 1974, p. 305 ss.; B. Mannucci, *La natura giuridica di un consorzio di riserva di caccia e i poteri del concessionario della riserva consorziata*, in *Nuova rass.*, 1974, p. 239 ss.; V. Geri, *Responsabilità civile da cose in custodia, animali e rovina da edificio*, Milano, 1974, p. 226 ss.; D. Orgero, *Immissione della selvaggina in riserva venatoria e danni alle colture*, in *Giur. agr. it.*, 1975, p. 497 ss.; C. Albanesi, *Il diritto venatorio nella più recente giurisprudenza*, in *Riv. dir. sportivo*, 1976, p. 146 ss.; F. Cassola, *Illiceità penale dell'uccellagione e legislazione regionale in materia di caccia*, in *Riv. it. dir. proc. penale*, 1976, p. 360 ss.; C. Mazza,

Similmente, per quanto riguarda il pescato, importanza centrale era attribuita alla formulazione letterale dell'art. 33 r.d. 8 ottobre 1931, n. 1604, che sanciva la riconduzione al reato di furto della condotta di chi pescasse «in acque che, per disposizioni naturali o per opere manufatte, si trovino racchiuse in modo da impedire l'uscita del pesce tenutovi in allevamento», al fine di concludere che solo l'allevamento del pesce potesse rendere quest'ultimo di proprietà esclusiva del titolare del fondo ed impedirne l'apprensione a fini di occupazione, resa possibile in ogni altro caso[26].

La disciplina della caccia attualmente in vigore, contenuta nella l. 11 febbraio 1992, n. 157, muove, invece, dall'attribuzione della fauna selvatica al patrimonio indisponibile dello Stato (art. 1, 1° co.) e fissa una relazione proprietaria che – secondo un meccanismo giuridico di non immediata chiarezza – viene interrotta dall'esercizio legittimo della caccia, posto che solo «la fauna selvatica abbattuta durante l'esercizio venatorio nel rispetto delle disposizioni della presente legge appartiene a colui che l'ha cacciata» (art. 12, 6° co.)[27].

Secondo la parte maggioritaria della dottrina, la mutata qualificazione della fauna selvatica giustifi-

Il principio di proporzionalità fra reato e sanzione in alcune norme del T.U. sulla caccia, in *Giur. merito*, 1976, IV, p. 130 ss.; ID., *Osservazioni sulla giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di violazione delle norme per la protezione della selvaggina e per l'esercizio della caccia*, in *Giur. cost.*, 1977, I, p. 469 ss. Secondo la giurisprudenza, da tale distinzione derivava, rispettivamente, il riconoscimento della possibilità di esercitare il diritto di caccia su luoghi altrui e l'impossibilità, anche in ragione del principio di tipicità del diritto penale, di estendere le sanzioni previste per la violazione del relativo divieto a casi simili da quelli espressamente regolati, in particolare per quanto riguardava la confisca delle prede illegittimamente uccise, da attribuirsi, salvo espressa soluzione normativa difforme, al cacciatore illegittimo, anche laddove l'attività vietata fosse stata realizzata in una bandita o riserva, posto che gli animali ivi presenti non avrebbero potuto essere attribuiti in proprietà allo Stato o ai relativi concessionari: cfr. App. Firenze, 22 gennaio 1935, in *Giur. Corti reg.*, 1937, p. 170 ss.; Cass., 24 gennaio 1955, n. 175, in *Giust. civ.*, 1955, I, p. 924 ss.; App. Firenze, 17 settembre 1955, in *Foro pad.*, 1955, I, c. 1151 ss., con nota di B. BIONDI, *Riserva di caccia e occupazione*; Cass., 19 ottobre 1956, n. 3764, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 674 ss.; Trib. Bologna, 13 luglio 1957, cit.; Cass., 19 luglio 1957, n. 3019, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 1661 ss., con nota di B. COLASURDO, *Considerazioni sul fondamento della responsabilità per fatto degli animali*; e in *Giur. agr. it.*, 1958, p. 311 ss., con nota di S.A., *Responsabilità del concessionario di riserva di caccia*; Pret. Nardò, 5 novembre 1958, in *Nuovo dir.*, 1959, p. 311 ss., con nota di P. GRECO, *Inammissibilità del risarcimento di danni cagionati dalla selvaggina di una riserva di caccia*; App. Roma, 16 marzo 1960, in *Arch. pen.*, 1960, II, p. 399 ss.; Cass., 12 ottobre 1960, n. 2087, in *Foro amm.*, 1961, II, p. 70 ss.; Trib. Roma, 11 dicembre 1962, in *Temi rom.*, 1963, I, p. 238 ss.; Cass. pen., 26 febbraio 1962, in *Giust. pen.*, 1963, II, p. 141 ss.; Pret. Crema, 6 dicembre 1964, in *Corti Brescia, Venezia e Trieste*, 1965, p. 667 ss.; Cass., 17 agosto 1966, n. 1893, in *Riv. dir. sportivo*, 1966, p. 361 ss.; Cass., 24 aprile 1967, n. 50, in *Giur. cost.*, 1967, p. 316 ss.; App. Bologna, 9 febbraio 1971, in *Giur. it.*, 1971, I, 2, c. 872 ss.; App. Torino, 13 dicembre 1972, in *Arch. resp. civ.*, 1973, p. 303 ss.; Trib. Orvieto, 20 aprile 1979, in *Giur. agr. it.*, 1980, p. 303 ss., con nota di M. TONNARELLA-GRASSETTI, *Esercizio presunto di caccia e tentativo di impossessamento di selvaggina*; Cass., 28 aprile 1979, n. 2488, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 2131 ss.; Cass., 28 settembre 1992, n. 9990, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 537 ss., con nota di G. CITARELLA, *Animali selvatici, caso fortuito e occupazione*; Cass., 10 marzo 1994, n. 2338, in *Riv. dir. agr.*, 1995, II, p. 115 ss., con nota di PAOLONI, *Sul regime di appartenenza della fauna selvatica insediata in un territorio recintato e sulla risarcibilità dei danni da questa causati al fondo*.

[26] Cfr. G. SABATINI, *L'acquisto della proprietà dei pesci in relazione agli artt. 33 e 37 del t.u. sulla pesca*, in *Dir. prat. comm.*, 1937, II, p. 63 ss.; ID., *L'acquisto della proprietà dei pesci agli effetti penali*, in *Giust. pen.*, 1950, p. 947 ss.; M. RICCA BARBERIS, *op. ult. cit.*, c. 23 s.; G. LIGI, *Sul diritto di libera pesca nelle acque demaniali*, in *Foro it.*, 1955, IV, c. 182 ss.; G. SCALVATI, *Considerazioni sul furto di pesci*, in *Riv. giur. pesca*, 1962, I, p. 79 ss.; ID., voce *Pesca*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965, p. 1183; N. DI GIOVINE, *L'interpretazione restrittiva del termine allevamento e la fonte delle assoluzioni per i furti di pesce*, in *Riv. giur. pesca*, 1966, I, p. 544 ss.; R. ROMANELLI, *Poteri dello Stato in materia di pesca e di tutela del mare*, in *Pesca e tutela dell'ambiente marino*, a cura di G. Di Giandomenico e C. Angelone, Milano, 1988, p. 15 s.; M. FERRARI, voce *Pesca. I) Diritto amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, p. 2; R. SACCO, *L'occupazione*, cit., p. 350; ID., *La parte generale del diritto civile*, I, cit., p. 149; G. DI GIANDOMENICO, voce *Pesca*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 536; F. SALARIS, *op. cit.*, p. 734 s.; F. GALGANO, *op. cit.*, p. 488; Cass., 14 gennaio 1946, in *Giur. it.*, 1946, I, 1, c. 158 ss.; e in *Foro pad.*, 1946, I, c. 526 ss., con nota di M. SARGENTI, *Fondamento e natura del diritto di pesca*; Cass., 19 gennaio 1960, n. 529, in *Giust. pen.*, 1961, II, p. 716 ss.; App. Firenze, 17 aprile 1962, in *Giur. tosc.*, 1962, p. 303 s.; Cass., 8 maggio 1963, n. 1259, in *Foro it.*, 1963, II, c. 347 ss.; Trib. Roma, 28 ottobre 1965, in *Giur. agr. it.*, 1966, p. 111 ss., con nota di R. TADDEI, *Insussistenza del reato di furto nel caso di pesca, in acque racchiuse, di pesci non in allevamento*; App. Venezia, 20 gennaio 1973, in *Corti Brescia, Venezia e Trieste*, 1973, p. 337 ss., confermata da Cass., 23 giugno 1976, n. 2335, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, c. 1962 ss., con nota di R. CECCHETTI, *Uno strano caso di pesca … sulla spiaggia (acquisto della proprietà dei pesci da parte del concessionario del lido di mare o del pescatore?)*, *ivi*, 1978, I, 1, c. 1142 ss.; Cass. pen., 1 giugno 1980, in *Giur. agr. it.*, 1983, p. 161 ss., con nota di F. DERUTA, *Configurabilità del reato di furto di pesci e attività di allevamento*.

[27] La disciplina era già stata introdotta, con previsioni sostanzialmente identiche, nella l. 27 dicembre 1977, n. 968, sulla quale, per quanto qui rileva, cfr. P. PAIARDI, *Violenza ecologica e caccia*, in *Mon. trib.*, 1977, p. 205 ss.; P. CENDON, *op. ult. cit.*, p. 454 ss.; An. PALMIERI, *Attività venatoria in violazione delle norme sulla caccia e furto degli animali uccisi*, in *Giur. agr. it.*, 1979, p. 667 ss.; M. MAZZA, *Fauna selvatica e delitto di furto*, *ivi*, 1981, p. 331 ss.; F.M. AGNOLI, *Il furto venatorio*, in *Giur. merito*, 1984, p. 749 ss.; F. ADAMI, *La fauna selvatica italiana nel patrimonio indisponibile dello Stato*, in *Riv. pol.*, 1985, p. 128 ss.; R. DANESI, *Sulla natura giuridica dell'attività venatoria illecita*, in *Giur. merito*, 1985, p. 647 ss.; M. CARAPELLE, *Il furto venatorio: aspetti problematici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 604 ss.; A. AMBROSINI, *Furto venatorio e principio di specialità*, in *Nuovo dir.*, 1987, p. 636 ss.; R. SACCO, *L'occupazione*, cit., p. 350 s.; ID., *La parte generale del diritto civile*, I, cit., p. 149.

cherebbe l'abrogazione, per incompatibilità (art. 15 disp. prel. c.c.), dell'art. 923, 2° co., c.c., inducendo ad attribuire alla licenza di caccia il compito di assicurare una sorta di trasferimento della proprietà sugli animali cacciabili, così da ricondurre l'art. 12, 6° co., l. 11 febbraio 1992, n. 157, ad un (originale) modo di acquisto del diritto a titolo derivativo, che, senza aver più nulla a che fare con l'occupazione, sarebbe destinato ad integrare il disposto dell'art. 828, 2° co., c.c., in forza del quale alla legge è consentito sottrarre alla loro destinazione i beni che compongono il patrimonio indisponibile dello Stato[28].

In senso contrario è possibile osservare che la licenza di caccia si limita a certificare che il soggetto titolare della stessa possiede le caratteristiche previste dalla legge per esercitare il suo diritto, il quale, peraltro, non si identifica con l'effettiva uccisione della preda, ma comprende anche tutte le attività ad essa prodromiche e preparatorie, come l'accesso al terreno, l'appostamento, la ricerca degli animali, sicché riesce impossibile immaginare che, sia pure attraverso un meccanismo traslativo sospensivamente condizionato all'effettivo esercizio della caccia, il trasferimento della proprietà possa prendere avvio dall'emanazione di un atto che non indica, neppure genericamente, il bene trasferito e che condurrebbe alla nascita di un diritto del tutto diverso da quello originariamente vantato dall'alienante[29].

Il medesimo argomento impone di non condividere neppure la posizione diretta ad attribuire alla concessione della licenza una funzione abdicativa, in forza della quale si debba concludere che il mutamento della destinazione degli animali con essa realizzato ne comporti altresì l'abbandono e, conseguentemente, l'eliminazione della proprietà statale su di essi[30].

Indipendentemente dal fatto che il mutamento della destinazione del bene assoggettato al patrimonio indisponibile è qualcosa di ontologicamente diverso da un atto di natura dispositiva, evidentemente precluso proprio dalle caratteristiche della *res*, è facile osservare che, secondo quanto si è già rileva-

[28] Cfr. P.L. VIGNA e G. BELLAGAMBA, *La nuova legge statale sulla caccia*, Milano, 1978, p. 5 ss.; F.M. AGNOLI, *Caccia e furto*, in *Riv. dir. sportivo*, 1980, p. 3 ss.; ID., *La legge-quadro sulla caccia*, Bologna, 1980, p. 52 ss.; ID., *L'abbattimento di selvaggina senza il rispetto delle norme sulla caccia costituisce furto*, in *Crit. pen.*, 1980, p. 3 ss.; M. TAMPONI, *Profili privatistici della nuova legge sulla caccia*, in *Legislaz. ec.*, 1979, p. 304 ss.; M. MAZZA, *Impossessamento di fauna selvatica e furto*, in *Giur. agr. it.*, 1980, p. 628 ss.; A. TABET, E. OTTOLENGHI e G. SCALITI, *op. cit.*, p. 795; G. DI GASPARE, voce *Caccia*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1989, pp. 3 e 5 s.; F. SALARIS, *op. cit.*, p. 730 s.; A. MALOMO, *op. cit.*, p. 347. In giurisprudenza, la medesima argomentazione ha condotto numerose sentenze ad affermare la responsabilità per furto del cacciatore abusivo: cfr. Trib. Cuneo, 12 gennaio 1979, in *Riv. dir. sportivo*, 1979, p. 153 ss.; e in *Giur. merito*, 1982, p. 373 ss., con nota di F. POSTIGLIONE, *Definitivo tramonto del concetto di* res nullius *per le risorse materiali e culturali*; Cass., 17 aprile 1979, n. 289, in *Giust. pen.*, 1980, I, p. 1300 ss.; Trib. Cagliari, 1 febbraio 1980, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 2301 ss., con nota di F. SALARIS, *Acquisto per occupazione della fauna selvatica ed esercizio irregolare della caccia*; Cass. pen., 25 novembre 1982, in *Giust. pen.*, 1983, II, p. 275 ss.; in *Giur. agr. it.*, 1983, p. 438 ss., con nota di M. MONTEFORTE, *Esercizio venatorio e rilevanza penale dell'impossessamento di fauna selvatica*; in *Regioni*, 1983, p. 1343 ss., con nota di M. ROBECCHI MAJNARDI, *La fauna come patrimonio indisponibile di fronte alla Cassazione*; in *Cass. pen.*, 1984, p. 658 ss., con nota di A. FERRARO, *Fauna selvatica e furto*; e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 1450 ss., con nota di M. GORLANI, *Il furto di selvaggina al vaglio della Corte di Cassazione*; Cass. pen., 11 aprile 1984, in *Giust. pen.*, 1985, II, p. 219 ss.; Cass., 17 febbraio 1986, n. 893, in *Cass. pen.*, 1987, p. 1116 s.; Pret. Chieti, 11 marzo 1988, in *Riv. pen.*, 1988, p. 635 ss., con nota di F. SANTOLOCI, *Caccia abusiva e furto aggravato*; Cass., 6 febbraio 1989, n. 780, in *Cass. pen.*, 1990, p. 925 ss.; Cass., 24 febbraio 1989, n. 1036, *ivi*, p. 1301; Cass., 31 marzo 1989, n. 1047, *ivi*, 1989, p. 1224; Cass., 28 giugno 1989, n. 1683, *ivi*, 1990, p. 2130; Cass. pen., 18 febbraio 1994, in *Riv. pen.*, 1995, p. 921 ss.; in *Giust. pen.*, 1995, III, p. 144 ss.; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 256 ss., con nota di G. CERESA GASTALDO; e in *Riv. giur. ambiente*, 1995, p. 700 ss., con nota di U. MAESTRONI, *Il concetto di specie e il principio di extraterritorialità nella tutela della fauna selvatica*. Ma per un'opposta soluzione, fondata sul fatto che lo Stato è solo proprietario e non possessore degli animali, cfr. Trib. Orvieto, 1 agosto 1979, in *Giur. agr. it.*, 1980, p. 627 s.; Trib. Orvieto, 28 marzo 1980, *ivi*, 1981, p. 359 ss.; e in *Giur. merito*, 1982, p. 670 ss., con nota di L. MAZZA, *In tema di cattura ed uccisione di animali selvatici*; Trib. Oristano, 30 aprile 1980, in *Giur. agr. it.*, 1980, p. 663 s.; Trib. Siena, 13 gennaio 1981, in *Riv. dir. agr.*, 1981, II, p. 157 ss., con nota di F. COLACCI, *Se costituisca furto l'impossessamento illecito della selvaggina*; e in *Foro it.*, 1982, II, c. 112 ss.; Trib. Milano, 17 gennaio 1981, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 1599 ss., con nota di M. GORLANI, *Furto di selvaggina o semplice illecito amministrativo o concorso di entrambi?*; App. Perugia, 6 febbraio 1981, in *Riv. pen.*, 1982, p. 392 ss.; App. Milano, 17 giugno 1981, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 1599 ss.; Trib. Crema, 5 dicembre 1984, in *Giur. merito*, 1985, p. 647 ss.; Trib. Siena, 11 gennaio 1985, in *Giur. agr. it.*, 1985, p. 167 ss., con nota di U. SALVESTRONI, *Lo Stato «possiede» fagiani e passerotti?*; Pret. Morbegno, 7 maggio 1987, in *Giur. merito*, 1987, p. 937 ss.; Pret. Chieti, 11 marzo 1988, in *Riv. pen.*, 1988, p. 633 ss.; Cass., 17 gennaio 1989, n. 65, in *Foro it.*, 1990, II, c. 122 ss., con nota di F. INGROIA, *Inatteso «revirement» della Cassazione in tema di furto venatorio*; Cass., 8 febbraio 1989, n. 1848, in *Riv. pen.*, 1989, p. 568 ss., con nota di M. MAGLIA e F. SANTOLOCI, *Caccia abusiva e furto: marcia indietro del Supremo Collegio?*; nonché, con particolare riferimento alla l. 11 febbraio 1992, n. 157, che ha espressamente abolito la figura del furto venatorio, Pret. Bassano del Grappa, 10 aprile 1992, *ivi*, 1992, p. 552 ss., con nota di F. SANTOLOCI e M. MAGLIA, *«Furto venatorio»: possibilità di applicazione nel contesto della nuova disciplina della caccia*; Cass., 7 maggio 1998, n. 1002, in *Dir. giur. agr.*, 2000, p. 336 ss., con nota di M. MACCARI, *Il furto venatorio:* abolitio criminis *o continuità dell'illecito*.

[29] Cfr. P. CENDON, *Proprietà riserva e occupazione*, cit., p. 57 ss.; ID., *Commento*, cit., p. 467 s.

[30] Cfr. R. CLARIZIA, voce *Caccia*, in *Noviss. dig. it.*, *Appendice*, I, Torino, 1980, p. 929 s.; A. GAMBARO, *La proprietà*, cit., p. 330; U. MATTEI, *op. cit.*, p. 188 s.

to, l'abbandono è possibile solo attraverso lo spossessamento e una siffatta condotta non può essere certamente identificata con l'emanazione del provvedimento autorizzativo, che non contiene alcuna indicazione dell'animale cacciato, specialmente considerando che l'assoluta libertà di circolazione che contraddistingue lo stato selvatico della fauna e che vale a differenziarla dagli animali domestici e mansuefatti rende estremamente difficile ricondurre ad un'ordinaria relazione possessoria il rapporto tra essi e lo Stato, stante l'assenza dell'elemento caratterizzante il *corpus possessionis*[31].

Ad esiti più convincenti si può pervenire solo ricordando che il dettato costituzionale attribuisce allo Stato la potestà legislativa esclusiva per la protezione dell'ambiente (art. 117, 1° co., lett. s, in combinato disposto con l'art. 9, 2° co., Cost.) ed affida alle Regioni la facoltà di intervenire, con normativa di dettaglio, solo entro il quadro di una legislazione generale che abbia cura di inserire la flora e la fauna nella più ampia tutela dell'ecosistema, il quale rappresenta l'interrelazione tra gli organismi animali e vegetali e l'ambiente che li circonda, alla ricerca di un difficile equilibrio tra la fondamentale esigenza di conservazione che ne permette la sopravvivenza e l'ineludibile bisogno di mutamento e adattamento alle molteplici istanze dell'uomo che in esso interviene[32].

La sua protezione impone dunque un controllo costante dello Stato, che, volta a volta, si adegui ai diversi interessi in gioco attraverso valutazioni comparative che privilegino l'esigenza di sottrarre animali e piante al rischio di una loro eliminazione incontrollata o, al contrario, il bisogno di reagire alla loro presenza limitandola o escludendola del tutto attraverso l'incentivo alla loro eliminazione.

Ciò consente di comprendere perché la cacciabilità di un animale non sia sempre condizionata dall'ottenimento della licenza e non manchino specifiche e temporanee regolamentazioni locali che addirittura istituiscono un meccanismo premiale per l'eliminazione di taluni animali, ritenuti pericolosi per la collettività o per uno specifico ecosistema[33].

La concessione della licenza non vale affatto a mutare la destinazione della *res*, anche ai sensi dell'art. 828, 2° co., c.c., ma è più esattamente espressione coerente della riconduzione del bene al patrimonio indisponibile dello Stato, perché, all'esito dei controlli svolti dalla pubblica ammini-

[31] Cfr. P. CENDON, *Proprietà riserva e occupazione*, cit., p. 75 ss.; ID., *Commento*, cit., p. 453 ss.; A. FERRARO, *op. cit.*, p. 662 ss.; A. VENCHIARUTTI, voce *Animali selvatici*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 329 ss.; Trib. Siena, 13 gennaio 1981, cit.

[32] Cfr. N. LIPARI, *Il problema dell'uomo nell'ambiente*, in *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, a cura di N. Lipari, Bari, 1974, p. 119; C. MAIORCA, voce *Teoria delle vicende giuridiche (critica del concetto)*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, p. 102; P. CENDON, *Commento*, cit., p. 450 s.; S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979, p. 25 ss.; ID., voce *Ambiente (tutela civilistica)*, in *Dizionari del diritto privato*, a cura di N. Irti, I, *Diritto civile*, Milano, 1980, p. 29 ss.; A. VENCHIARUTTI, *op. cit.*, p. 329 s.; A. GUASTAPANE, voce *Tutela dell'ambiente (diritto interno)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 525; V. CORRIERO, *La funzione sociale della proprietà nelle aree protette*, Napoli, 2005, p. 111 ss.; G. VISINTINI, *La proprietà privata a fronte della legislazione ambientale*, in *Il diritto civile oggi. Compiti didattici e scientifici del civilista*, Atti del I Convegno S.I.S.Di.C., Grand Hotel Quisisana Capri, 7 – 9 aprile 2005, Napoli, 2006, p. 529 ss.; Corte cost., 25 marzo 1976, n. 57, in *Giur. cost.*, 1976, I, p. 396 ss.; in *Riv. dir. sportivo*, 1976, p. 130 ss.; in *Resp. civ. prev.*, 1976, p. 598 ss., con nota di A. GAMBARO, *Costo della caccia e funzione sociale della proprietà*; e in *Foro it.*, 1977, I, c. 588 ss., con nota di R. CECCHETTI, *Accesso alla natura e accesso alla proprietà*, che ha rigettato la questione di illegittimità sollevata da Pret. Civitanova Marche, 25 gennaio 1975, in *Giur. cost.*, 1975, p. 1709 ss.

[33] Viene anzitutto in rilievo l'art. 2, 2° co., l. 11 febbraio 1992, n. 157, come modificato dalla l. 11 agosto 2014, n. 116, che esclude l'applicazione della l. stessa «alle talpe, ai ratti, ai topi propriamente detti, alle nutrie e alle arvicole». Similmente, l'art. 12 l. reg. Valle d'Aosta, 13 febbraio 2012, n. 4, assicura contributi economici per l'eliminazione e la sostituzione degli animali bovini di allevamento risultati positivi al test della rinotracheite bovina infettiva (BHV-1) nel territorio regionale; P. CENDON, *Proprietà riserva e occupazione*, cit., pp. 55 s. e 104 ss., spec. 114 s.; ID., *Commento*, cit., p. 452 s.; A. VENCHIARUTTI, *op. cit.*, p. 330, ricordano inoltre l'art. 3 decreto del Presidente della Giunta regionale sarda 15 aprile 1952, n. 3719/284, relativo all'uccisione di corvi o cornacchie nel territorio regionale. Svalutano il richiamo di tali previsioni P.L. VIGNA e G. BELLAGAMBA, *op. cit.*, p. 8 s., nota 5; R. CLARIZIA, *op. cit.*, p. 930, secondo i quali, nei casi descritti, gli animali cesserebbero di appartenere al patrimonio indisponibile dello Stato e tornerebbero ad essere *res nullius*, in quanto tali suscettibili di occupazione. In giurisprudenza, sono intervenute sulla valutazione dell'autonomia regionale rispetto al diritto comunitario per l'individuazione dei limiti di abbattimento di alcuni uccelli, Corte cost., 14 maggio 1999, n. 168, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2450 ss.; in *Giur. it.*, 1999, p. 2388 ss., con nota di F. RESCIGNO, *Deroghe alle specie cacciabili: una compressione giustificata delle competenze regionali*; in *Cons. Stato*, 1999, II, p. 702 ss.; in *Riv. giur. ambiente*, 1999, p. 650 ss., con nota di P. GRATANI, *Riparto di competenza Stato-Regioni in tema di deroghe al regime di protezione delle specie cacciabili*; Corte cost., 14 maggio 1999, n. 169, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2450 ss.; in *Cons. Stato*, 1999, II, p. 706 ss.; in *Regioni*, 1999, p. 774 ss., con note di F. CARETTI, *Direttive comunitarie «facoltizzanti» e potestà regionale di attuazione*; e A. MONEGO, *Vincere perdendo: le Regioni dinanzi ad una sentenza contraddittoria*; e in *Riv. giur. ambiente*, 2000, p. 301 ss., con nota di U. BRAMBILLA, *La ripartizione di competenze tra Stato e Regioni nell'attuazione del diritto comunitario in materia di specie cacciabili*; Corte cost., 1 luglio 2010, n. 233, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2843 ss.; in *Foro it.*, 2011, I, c. 327 ss.; in *Dir. trasp.*, 2011, p. 177 ss., con nota di M. FIORILLO, *Concessioni di aree demaniali marittime con finalità turistico-ricreative: contrasti tra normativa interna e normativa comunitaria*; in *Dir. maritt.*, 2011, p. 831 ss.; e in *Riv. giur. ambiente*, 2011, p. 101 ss., con nota di U. BRAMBILLA, *Nuovo stop della Corte all'autarchia faunistico-venatoria regionale e all'attuazione diretta del diritto comunitario in materia*.

strazione in occasione dell'emanazione del provvedimento autorizzativo e in ragione delle specifiche circostanze del singolo caso, emerge che l'esercizio dell'attività, purché svolto nel rispetto delle altre condizioni previste dalla legge, non si risolve in una violazione inaccettabile dell'ecosistema, ma è addirittura funzionale a quest'ultimo e dunque diviene lecito e produttivo di effetti.

Solo l'attribuzione all'art. 923, 1° co., c.c. di una portata dirimente nella determinazione dell'ambito di operatività dell'occupazione ha indotto la dottrina a cercare di rileggere in modo nuovo modalità di acquisto del diritto che, al contrario, sono rimaste immutate per quanto riguarda le caratteristiche dello specifico congegno tecnico diretto alla produzione dell'effetto costitutivo e che sono state semplicemente adeguate a nuovi interessi della collettività idonei ad incidere sulla liceità della condotta apprensiva, sottoponendola ad un controllo più articolato ed intenso[34].

Il cacciatore autorizzato all'esercizio della sua attività acquista la proprietà della *res* per effetto della sua apprensione, perché quest'ultima è ritenuta – e la licenza di caccia vale a certificarlo – meritevole di protezione in quanto compatibile con la tutela generale dell'ecosistema, che, al contrario, è pregiudicata da chi esercita in frode le medesime attività, ponendo in essere una condotta che, alterando l'ambiente in senso peggiorativo, si risolve in un pregiudizio per la collettività complessivamente intesa, sanzionato con conseguenze negative di carattere amministrativo e penale[35].

Riesce dunque inutile, ai fini della ricostruzione dell'ambito di operatività dell'occupazione, interrogarsi sulla portata, in ordine alla qualificazione giuridica del pescato, della recente riforma della legislazione in tema di pesca (d. lgs. 9 gennaio 2012, n. 4), in cui, senza un'espressa presa di posizione del legislatore in ordine al mantenimento della connotazione del pesce in termini di *res nullius*, s'introducono sanzioni – come la confisca di quanto illegittimamente pescato e la legittimazione dell'amministrazione statale ad agire in giudizio per il risarcimento dei relativi danni (artt. 9, 1° co., lett. a e 23) – evidentemente giustificabili solo ricollegando, ancora una volta, tale disciplina alla tutela costituzionale dell'ambiente, che diviene elemento centrale per giustificare l'occupazione.

Il dato sistematico evidenziato dall'analisi casistica condotta è infatti costante e può essere ora generalizzato: l'occupazione è modo di acquisto della proprietà che non soffre condizionamento alcuno dalla qualificazione formale della *res* e, segnatamente, dalla sua appartenenza ad altri, ma esclusivamente dalla valutazione di liceità della condotta, operata dal legislatore, e dalla meritevolezza delle conseguenze sottese al riconoscimento del diritto, che appaiono più soddisfacenti di quelle dettate dal mantenimento della situazione pregressa e dunque legittimano l'acquisto della proprietà.

5. Il regime giuridico di appartenenza dei frutti spontanei.

Di quanto appena riferito si è resa conto anche altra parte della dottrina, la quale ha osservato che non sussistono più margini per leggere l'art. 923, 2° co., c.c. come una norma esemplificativa diretta solo a specificare quali beni debbano considerarsi privi di proprietario, ma è necessario prendere atto che l'occupazione può realizzarsi anche su beni di proprietà altrui non solo quando il legislatore lo afferma espressamente – come nel caso della caccia autorizzata – ma, più in generale, ogni qual volta le circostanze in cui matura l'apprensione rivelino una precisa disponibilità alla realizzazione di quest'ultima in capo al legittimo proprietario del bene: vale a dire un suo consenso, capace, contestualmente, di legittimare l'attività dell'occupante e di aprire la strada al riconoscimento di un effetto costitutivo diretto alla nascita del diritto[36].

[34] Cfr. P. CENDON, *Proprietà riserva occupazione*, cit., pp. 50 ss. e 125 ss.; ID., *Commento*, cit., pp. 448, 468 s. e 478 s.

[35] Cfr. B. CARPINO, *Considerazioni sull'acquisto della proprietà delle specie cacciabili*, in *Legislaz. ec.*, 1979, pp. 311 ss., spec. 313; F. SALARIS, *Acquisto per occupazione della fauna selvatica ed esercizio irregolare della caccia*, cit., p. 2306; A. VENCHIARUTTI, *op. cit.*, p. 330 s.; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 332.

[36] Cfr. R. SACCO, *La proprietà. Sommario delle lezioni di diritto civile tenute all'Università di Pavia nell'Anno accademico 1967-1968 redatte ad uso degli studenti*, Torino, 1968, pp. 34 ss. e 167 s.; ID., *Il sistema delle fonti e il diritto di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 435 ss. (da cui le successive citazioni); e in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, IV, Napoli, 1972, p. 258 ss.; P. CENDON, *Proprietà riserva e occupazione*, cit., p. 42 ss.; ID., *Commento*, cit., p. 478; A. GAMBARO, *La proprietà*, cit., p. 329 s.; D. COSTANTINO, *op. cit.*, p. 61 ss.; F. GALGANO, *op. cit.*, p. 487 s.; R. SACCO e R. CATERINA, *op. cit.*, p. 204 s. *Contra* A. VESCIA, *op. cit.*, p. 206 s.; M. BATTISTA, *op. cit.*, p. 22 ss.; G. SCIASCIA, *op. cit.*, p. 3; L. BARASSI, *La proprietà con riferimento al progetto di c.c.*, cit., p. 521 s.; ID., *Proprietà e comproprietà*, cit., p. 208 s.; M. RICCA BARBERIS, *op. ult. cit.*, c. 20; A. AZARA, *op. cit.*, p. 432 s.; F. GIRINO, *op. cit.*, p. 735; A. QUARANTA e R. PREDEN, *op. cit.*, p. 409; F. DE MARTINO, *op. cit.*, p. 410; A. TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 621 s.; A. TABET, E. OTTOLENGHI e G. SCALITI, *op. cit.*, p. 794 s.; L. COSTANZO, *op. cit.*, p. 1; F. SALARIS, *L'acquisto della proprietà*, cit., p. 723; O.T. SCOZZAFAVA, *Dei modi di acquisto della proprietà delle nuove risorse*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, pp. 580 e 583 s.; in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, pp. 216 e

La tesi ha senz'altro il merito di ridefinire compiutamente i connotati caratterizzanti l'istituto, assicurando eguale trattamento a casi altrimenti giustificati in modo frammentario e confuso, anche se con esiti applicativi spesso sostanzialmente identici.

Basti pensare al riconoscimento dell'occupabilità di parti marginali di *res communes omnium*, ad esempio attraverso la sottrazione, a fini di consumo, di piccole quantità di acqua, nonché soprattutto alla raccolta di frutti spontanei, regolamentata solo per quanto concerne le specie per le quali può essere svolta e le condizioni e i tempi della sua esecuzione, ma priva di un espresso riconoscimento normativo circa la sua idoneità a far sorgere a titolo originario la proprietà dei relativi beni, non potendosi a tal fine ritenere sufficiente la generica affermazione contenuta nell'art. 3 l. 16 dicembre 1985, n. 752, che si limita a stabilire la liceità della raccolta di tartufi, ove non espressamente vietata, senza precisare a chi debba appartenere il ricavato[37].

Il carattere spontaneo che contraddistingue il processo produttivo delle specie vegetali in esame non è tuttavia sufficiente ad impedire una loro qualificazione in termini di «frutto» e la conseguente applicazione dell'art. 821 c.c., che ne sancisce l'appartenenza al titolare del fondo[38].

L'evidente discrasia insita nell'applicazione di quest'ultima previsione e nel riconoscimento della legittimità dell'attività di raccolta ha dunque indotto altra parte della dottrina a ritenere che debba essere il raccoglitore a poter sfruttare il bene appropriandosene, ma gli argomenti a tal fine impiegati non sembrano realmente convincenti, posto che da taluno si prende le mosse dal concetto di *res communes omnium* per ipotizzare che i frutti in esame appartengano alla collettività e dunque possano essere asportati, sia pure al solo fine di consumo, da chiunque[39], mentre altri preferiscono far leva sullo scarso valore economico di essi e sulla conseguente marginalità della diminuzione patrimoniale sofferta dal proprietario del fondo[40].

Attraverso il riconoscimento di un consenso «implicitamente manifestato», invece, s'impone una valutazione secondo diligenza del comportamento

218 s.; e in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, Napoli, 2007, pp. 1042 e 1044.

[37] Per quanto la l. 23 agosto 1993, n. 352, che offre la regolamentazione-quadro della raccolta e della commercializzazione dei funghi, non contenga una norma che espressamente stabilisca la medesima regola affermata in tema di raccolta di tartufi, la giurisprudenza è da tempo pervenuta anche per i funghi alla stessa conclusione, stabilendo che l'illegittima sottrazione di essi è qualificabile come furto solo nel caso in cui il proprietario del fondo entro il quale fosse stata svolta l'abbia espressamente vietata: cfr. Pret. Serravalle Scrivia, 14 gennaio 1976, in *Giur. agr. it.*, 1976, p. 170 ss., con nota di GOGGI, *Furto di funghi*; Pret. Dronero, 16 giugno 1976, *ivi*, p. 306 ss., con nota di SALI, *Intorno al regime giuridico di appartenenza dei funghi*. A livello regionale, si segnalano la l. reg. Umbria, 9 aprile 2015, n. 12, dedicata alle modalità di raccolta e commercializzazione dei tartufi e dei funghi, nonché l'art. 10, 1° co., l. reg. Emilia Romagna, 24 gennaio 1977, n. 2, ai sensi del quale «sono considerati prodotti del sottobosco i funghi ipogei (tartufi); i muschi; le fragole; i lamponi; i mirtilli; le more di rovo; le bacche di ginepro», anche se il problema in esame si pone in termini sostanzialmente identici anche per quanto concerne i gelsi, i sambuchi, le ghiande e le castagne. Ampie indicazioni sulle modalità e sui tempi di raccolta dei frutti, nonché sulle specie vegetali sottratte a tali attività, sono altresì offerte dall'analisi degli usi, espressamente richiamati da provvedimenti regolamentari delle Province e dei Comuni, che si preoccupano variamente di subordinare l'attività di raccolta ad alcuni requisiti di carattere formale come il possesso di determinate autorizzazioni, il rispetto di limiti spaziali e cronologici, il pagamento di contributi economici per esercitare l'attività. Per un'elencazione di alcuni di questi provvedimenti, cfr. G. CERVATI, *Aspetti della legislazione vigente circa usi civici e terre di uso civico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967, p. 134; R. SACCO, *Il sistema delle fonti e il diritto di proprietà*, cit., p. 446 ss.; E. CASADEI, *Il regime giuridico dei funghi e dei frutti spontanei in genere*, in *Riv. dir. agr.*, 1974, I, p. 13 ss.; ID., *Gli usi nell'ordinamento giuridico dell'agricoltura. Studio in tema di raccolta di prodotti su terra altrui*, in *Raccolta sistematica degli usi agrari*, diretta da E. Bassanelli ed A. Carrozza, I, Bologna, 1985, p. 197 ss.; P. CENDON, *Proprietà riserva e occupazione*, cit., p. 63 ss.; e, per la specifica disciplina degli usi civici, menzionati dall'art. 9 r.d. 26 febbraio 1928, n. 332, F. MARINELLI, *Gli usi civici*, 2ª ed., in *Trattato di diritto civile e commerciale*, fondato e già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2013, p. 231 ss.

[38] Cfr. S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, V, cit., p. 152; L. MOSCO, *I frutti nel diritto positivo*, Milano, 1947, p. 13 ss.; A. MONTEL, voce *Frutti (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1965, p. 667 s.; B. CAVALLO, *Note sul cosiddetto uso di fungatico*, in *Riv. dir. agr.*, 1968, I, p. 421 ss.; A. FALZEA, *Fatto naturale*, cit., p. 377 s., testo e nota 32; R. SACCO, *op. ult. cit.*, p. 435 ss.; E. CASADEI, *Il regime giuridico dei funghi e dei frutti spontanei*, cit., p. 22 s.; ID., voce *Frutti spontanei*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 568 s.; P. CENDON, *op. ult. cit.*, p. 116 s.; R. SALI, *Intorno al regime giuridico di appartenenza dei funghi*, in *Giur. agr. it.*, 1978, p. 309; L. MAZZA, *I prodotti del sottobosco tra diritto e consuetudine*, *ivi*, 1982, p. 135 ss.; G. ABRAMI, voce *Flora spontanea*, in *Noviss. dig. it. Appendice*, III, Torino, 1982, p. 801; R. RINALDI, *Coltivazione e raccolta dei tartufi ai fini dell'imposizione sui redditi*, in *Giur. comm.*, 1987, I, p. 687; L. COSTANZO, *op. cit.*, p. 2; O.T. SCOZZAFAVA, *Dei beni*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, p. 181 ss.; ID., *I beni*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, III, 1, Napoli, 2007, p. 218 ss.; U. MATTEI, *op. cit.*, p. 189 s. *Contra* A. GERMANÒ, *La raccolta e commercializzazione dei «prodotti secondari» del sottobosco*, in *Nuovo dir. agr.*, 1983, p. 549 s.; D. BELLANTUONO, in D. BELLANTUONO, M. COSTANTINO e R. PARDOLESI, *I beni in generale*, 2ª ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, VII, 1, cit., p. 107 s., che pongono l'accento sull'assenza di uno specifico processo produttivo di natura umana per considerare i prodotti del sottobosco come *res nullius*.

[39] Cfr. M. BATTISTA, *op. cit.*, pp. 24 s. e 31; V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, II, Roma, 1931, p. 30; G. SCIASCIA, *op. cit.*, p. 3; F. GIRINO, *op. cit.*, p. 735.

[40] Cfr. A. TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 619; A. TABET, E. OTTOLENGHI e G. SCALITI, *op. cit.*, p. 800 s.; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 328.

del proprietario del fondo, il quale non potrà lamentarsi della raccolta di frutti operata sul suo bene o dell'asportazione di acqua o altre *res* quando, per il modo in cui il suo fondo si presenta e, segnatamente, per l'assenza di una chiara indicazione in tal senso con appositi segnali, appaia ragionevole ipotizzare un suo disinteresse nei confronti della condotta altrui.

Il termine di riferimento esterno del consenso appena evocato, tuttavia, è di difficile identificazione.

Non si è mancato di rilevare che il consenso non vale a trasformare la modalità di acquisto della proprietà in derivativa, perché non vuole trasferire la proprietà dei frutti al raccoglitore, né tantomeno manifestare l'intenzione del proprietario di procedere personalmente alla raccolta, ma è solo finalizzato ad eliminare l'antigiuridicità della condotta, aprendo la strada all'applicazione delle norme dedicate all'occupazione[41].

La conclusione, però, non considera che, quando il consenso è esplicitato, è impossibile distinguere l'autorizzazione all'esercizio dell'attività dalla volontà di trasferire la proprietà dei beni raccolti: il proprietario consente la raccolta perché intende beneficiare la controparte dei frutti e il carattere eventuale della loro scoperta rappresenta solo un elemento di incertezza destinato ad incidere sull'ammontare della diminuzione patrimoniale da lui subita e sullo stesso perfezionamento dell'atto dispositivo, visto che la presenza di un consenso all'impoverimento e al correlato arricchimento della controparte apre inevitabilmente la strada ad una qualificazione della condotta del proprietario in termini di donazione di modico valore, perfezionata proprio nello stesso momento in cui il frutto è trovato e raccolto (art. 783 c.c.)[42].

Per quanto concerne invece il c.d. consenso implicito, è facile replicare che la sua presenza è espressamente esclusa dal dettato positivo già ricordato, il quale, imponendo un espresso divieto di raccolta, incide sul contenuto e sui limiti del diritto di proprietà, dettando una forma vincolata, alla quale il proprietario deve inevitabilmente sottostare, per far sì che trovi soddisfazione il suo interesse all'accesso esclusivo al fondo[43].

Il mancato rispetto di questa forma, se certamente vale ad esprimere un disinteresse del proprietario nei confronti di quanto accade ai frutti spontanei o ad altre *res* mobili presenti nel suo fondo, rende, a seguito della scelta normativa, irrilevante l'eventuale dissenso manifestato dopo che il proprietario si è reso conto che taluno è entrato nel fondo e vi ha compiuto la raccolta o ha asportato qualcosa[44].

La causa di giustificazione dell'apprensione, dunque, non risiede nella volontà del proprietario – che è quasi sempre assente, perché priva di ogni consapevolezza in ordine all'esistenza della condotta del terzo – ma solo nella legge o negli usi, che, incidendo sui limiti della proprietà in modo del tutto identico a quanto già accade nell'ipotesi regolata dall'art. 842 c.c. per l'individuazione delle condizioni di esercizio della caccia o della pesca, consentono all'interprete di elaborare un principio generale diretto ad imporre al proprietario l'onere di esplicitare il proprio dissenso alla raccolta di frutti spontanei ad opera di terzi estranei[45].

Il riconoscimento di questa regola, tuttavia, serve solo a legittimare l'attività, privandola del carattere di antigiuridicità e non basta ad istituire uno specifico congegno tecnico che indichi il criterio di appartenenza del frutto raccolto.

A tal fine, anzi, il mero richiamo del carattere spontaneo dell'attività del raccoglitore, che vale senz'altro a determinare o quantomeno accelerare il processo di separazione, non può essere considerato

[41] Cfr. F. GALGANO, *op. cit.*, p. 488 s.

[42] Cfr. L. MAZZA, *op. ult. cit.*, p. 141 s.; nonché A. CARROZZA, *Acquisto e spettanza dei frutti del bosco espropriato in base al fatto della «maturazione» (un altro principio generale di diritto agrario e forestale?)*, in *Riv. dir. agr.*, 1963, II, p. 205 s., che distingue, sulla base di questo argomento, tra il momento in cui la proprietà dei frutti può essere acquistata, coincidente con la maturazione degli stessi, e quello in cui si determina la loro venuta ad esistenza, coincidente con la separazione, in consapevole dissenso, sul punto, con la posizione di F. DE MARTINO, *op. cit.*, p. 80 s., secondo il quale solo con la separazione i frutti divengono possibile oggetto di atto dispositivo. Sul tema, cfr. anche B. BIONDI, *I beni*, 2ª ed., in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da F. Vassalli, IV, 1, Torino, 1956, p. 160 ss.

[43] Cfr. M. COSTANTINO, *Esercitazione su nevrosi per richiami impropri a nozioni astratte*, cit., p. 885 s.

[44] Cfr. L. MAZZA, *op. ult. cit.*, pp. 136 s. e 142 s., il quale riconduce il comportamento del proprietario ad una situazione di mera tolleranza, riscontrandone i connotati caratterizzanti descritti da S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, p. 62 ss.; R. SACCO e R. CATERINA, *op. cit.*, p. 205 s.

[45] Cfr. R. SACCO, *op. ult. cit.*, p. 446 ss.; P. CENDON, *op. ult. cit.*, p. 63 ss.; L. FRANCARIO, *Le destinazioni della proprietà a tutela del paesaggio*, Napoli, 1986, p. 206 ss.; e, per un puntuale riscontro normativo, art. 3, 3° co., l. reg. Liguria 11 luglio 2014, n. 17, ai sensi del quale il proprietario di un fondo può riservarsi la raccolta esclusiva dei funghi nel suo fondo «con la semplice apposizione di cartelli e tabelle lungo il confine dei terreni ad una distanza tale che essi risultino visibili da ogni punto di accesso ed in modo che da ogni cartello siano visibili tanto il precedente che il successivo; i cartelli devono recare l'indicazione "Proprietà privata" ovvero la denominazione del consorzio o dell'ente con la scritta a stampatello ben evidenziata e leggibile da terra "Raccolta dei funghi epigei spontanei e degli altri prodotti del bosco riservata"». *Contra* E. CASADEI, *Il regime giuridico di appartenenza dei funghi e dei frutti spontanei in genere*, cit., pp. 27 s. e 54 ss.; ID., voce *Frutti spontanei*, cit., p. 568 s., testo e nota 20, il quale richiama la necessità di rispettare, in materia, un rigido principio di tipicità.

sufficiente a fargli acquistare la proprietà del bene, perché il legame instaurato dall'art. 821 c.c. con la titolarità formale della cosa madre non attribuisce alcun rilievo giuridico, ai fini dell'identificazione del proprietario, al ruolo che questi ha avuto nel completamento del processo produttivo o nella separazione della *res*.

Per elaborare una conclusione favorevole allo stesso raccoglitore, è dunque necessario sottoporre il combinato disposto degli artt. 821 e 923 c.c. ad un'interpretazione costituzionalmente orientata, ricordando che il problema della funzione sociale della proprietà *ex* art. 42 Cost. non deve essere riduttivamente affrontato riferendolo alla sola attività del legislatore, così da sintetizzare, in un unico ed evanescente concetto, i molteplici limiti introdotti dalla legge all'esercizio della proprietà in ragione di esigenze collettive, che possono giustificare il sacrificio del singolo diritto, perché, così argomentando, non solo si svaluterebbe il dettato costituzionale, piegandolo al medesimo rango della norma ordinaria[46], ma si ignorerebbe il fatto che termine di riferimento esterno della funzione è, anzitutto, l'attività dello stesso proprietario, il quale è chiamato, indipendentemente dalla disciplina normativa espressa, ad esercitare il suo diritto nel rispetto del suo fine sociale[47].

L'analisi deve invece essere condotta attraverso una valutazione di adeguatezza della fonte disciplinare, inevitabilmente correlata al singolo statuto proprietario e alle caratteristiche, in primo luogo economiche, dei beni oggetto del diritto e siffatta verifica può condurre, attraverso l'analisi e il riconoscimento degli usi particolaristici, all'attribuzione a comportamenti collettivi di un rilievo giuridico non espressamente ricavabile dal dato normativo ma necessario per il perseguimento del fine pubblico[48].

Una volta chiarito che il carattere *alicuius* del bene non rappresenta ostacolo insormontabile all'occupabilità e che, al contrario, l'ammissione di questo modo di acquisto della proprietà è esclusivamente collegata alla maggiore utilità dell'apprensione rispetto al perdurante stato in cui, altrimenti, il bene continuerebbe a rimanere, riesce

[46] Sempre attuale in questa prospettiva è l'insegnamento di S. PUGLIATTI, *La proprietà*, in *Commentario del codice civile*, diretto da M. D'Amelio, II, cit., p. 169 ss.; e, con il titolo *La definizione della proprietà nel nuovo c.c.*, in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 95 s.; e in ID., *Scritti giuridici*, III, cit., p. 993 s., secondo il quale se per «funzione sociale della proprietà» s'intende solo «indicare il complesso di questi specifici atteggiamenti nei quali si tende a realizzare, attraverso la proprietà, un concreto e particolare interesse pubblico … l'espressione citata si riduce ad un'espressione compendiosa di puro comodo, che non indica nulla di specifico … Al dilemma non si sfugge: in mancanza di una fonte formale da cui derivi un limite di carattere generale e comprensivo, non possono esservi che le singole limitazioni specifiche», tutte evidentemente ispirate ad un principio di rigida tipicità capace, nello stesso momento in cui assicura al proprietario una garanzia formale, di impedire all'interprete ogni tentativo di astrazione e generalizzazione.

[47] Cfr. S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1267 ss.; ID., voce *Proprietà (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1964, p. 125 ss. (entrambi questi scritti possono altresì leggersi in ID., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, 3ª ed., Bologna, 2013, pp. 1 ss. e 25 ss.); P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 42 ss.; ID., voce *Proprietà (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 278 s.; U. NATOLI, *La proprietà. Appunti dalle lezioni*, 2ª ed., I, Milano, 1976, p. 116 ss. Per una diversa configurazione del riferimento alla funzione sociale nell'individuazione della struttura del diritto di proprietà, cfr. anche F. SANTORO PASSARELLI, *Proprietà e lavoro in agricoltura*, in *Justitia*, 1953, p. 171 ss.; in *Libertà economica e proprietà fondiaria*, Atti del IV Convegno nazionale di studio dell'Unione giuristi cattolici italiani, Roma, 1953, p. 61 ss.; in *Atti del III Congresso nazionale di diritto agrario*, Palermo, 19-23 ottobre 1952, a cura di S. Orlando Cascio, Milano, 1954, p. 913 ss.; e in ID., *Studi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, p. 865 ss.; ID., *Proprietà privata e Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 957 ss.; e in ID., *Libertà e autorità nel diritto civile. Altri saggi*, Padova, 1977, p. 231 ss.; ID., *La proprietà nell'opera di Salvatore Pugliatti*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 569 ss.; e in ID., *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Napoli, 1988, p. 195 ss.; Mar. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, p. 77 s.

[48] Lo rileva chiaramente F. ADDIS, *Fonti legali della proprietà e decentramento normativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 55 s.: «il problema della realizzazione della funzione sociale del singolo statuto proprietario è principalmente un problema di adeguatezza della fonte disciplinare, di idoneità di questa a cogliere la dinamica del reale per imbrigliarla nella regola più rispondente al fine pubblico … Non esiste soltanto il singolo bene astrattamente diverso da un altro singolo bene, ciascuno caratterizzato da una propria possibile rilevanza per la comunità. Esiste invece il singolo bene nel suo concreto esserci (*Dasein*), diverso da tutti gli altri perché collocato in un ambito spaziale culturale economico, esclusivo ed irripetibile … Solo fino ad un certo punto può la regola giuridica estraniarsi dalle connotazioni ontologiche della realtà materiale. La quale, sostanziandosi nei comportamenti collettivi in forma di usi particolaristici, da sempre insidia la pur lineare sistemazione delle fonti statali del diritto di proprietà». Pongono invece l'accento sulla capacità del giudizio incentrato sulla funzione sociale di impedire la prospettazione in via generalizzata del carattere eccezionale di una previsione normativa volta a limitare o escludere la proprietà e di consentire, al contrario, una sua estensione a casi simili che giustifichino il medesimo trattamento P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1971, p. 70 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, pp. 872 ss., spec. 888 s.; A. LENER, *Problemi generali della proprietà*, in *Proprietà privata e funzione sociale*, Seminario coordinato da F. Santoro Passarelli, Padova, 1976, p. 8; P. CENDON, *Commento*, cit., p. 468; A. IANNELLI, *La proprietà costituzionale*, Napoli, 1980, p. 73 s.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, Napoli, 1984, p. 180 ss.; S. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali*, Milano, 1986, p. 42 ss.; V.E. CANTELMO, *Struttura e forme della proprietà: l'aspetto agricolo*, Milano, 1988, p. 41 ss.; E. CATERINI, *Proprietà*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, III, 3, Napoli, 2005, p. 85 ss.

evidente che l'estensione della medesima valutazione comparativa anche a casi diversi da quelli espressamente regolati dal legislatore non può essere preclusa dal richiamo di un generico principio di tipicità, ma deve essere volta a volta verificata attraverso un giudizio di somiglianza rilevante che, se condotto nell'ipotesi in esame, consente di concludere che l'occupazione deve prevalere sulla titolarità formale della *res* ogni qual volta appaia evidente che, in caso contrario, il bene rimarrebbe inutilizzato o addirittura perirebbe, come nel caso appunto dei frutti spontanei trascuratamente ignorati dal proprietario del fondo[49].

Anche su questo punto l'analisi di Michele Costantino conferma tutta la sua attualità, perché è facile accorgersi che la conclusione prospettata s'ispira allo stesso approccio metodologico che ha portato a subordinare l'analisi della legittimità del godimento del proprietario ad una valutazione della conformità al fine sociale del suo diritto, così da escludere che il mancato utilizzo della *res* possa essere considerato sempre e comunque legittimo esercizio del diritto reale.

Il divieto di raccolta, in questa prospettiva, diviene indicazione non tanto di un dissenso all'ingresso altrui nel fondo, quanto piuttosto di un interesse del proprietario ad impiegare egli stesso il bene, sicché esprime compiutamente i medesimi obiettivi dell'occupazione e per questo ne preclude il richiamo[50].

---

[49] Il richiamo della funzione sociale consente dunque di superare l'obiezione legata ad una rigida applicazione della teoria delle fonti prospettata da R. SACCO, *op. ult. cit.*, p. 448 s.; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 331 s.), i quali ipotizzano che, nel caso in esame, sia la consuetudine a derogare all'art. 821 c.c., attribuendo ad altri la proprietà del frutto. In realtà, la consuetudine interviene sul giudizio di antigiuridicità, imponendo la sua risoluzione in senso favorevole al raccoglitore ed è solo la valutazione comparativa tra il mancato impiego del bene – indotto dal disinteresse del proprietario – e le conseguenze della sua occupabilità a giustificare il sacrificio degli interessi del proprietario stesso. Proprio muovendo da questo assunto Corte cost., 13 luglio 1990, n. 328, in *Foro it.*, 1990, I, c. 3064 ss., con nota di M. ROMBOLI; in *Giur. cost.*, 1990, p. 2080 ss.; e in *Riv. dir. agr.*, 1991, II, p. 191 ss. (s.m.), con nota di G. BELLANTUONO, *Sulla libera raccolta dei tartufi nei terreni non coltivati*, ha affermato la legittimità costituzionale del già citato art. 3 l. 16 dicembre 1985, n. 752, in relazione all'art. 42 Cost.

[50] Cfr. R. SACCO e R. CATERINA, *op. cit.*, p. 205 s.; nonché G. BELLANTUONO, *op. cit.*, p. 194 s., che, tuttavia, parla di «modo di acquisto della proprietà che non trova riscontro nel codice», quando, al contrario, si tratta soltanto di estendere l'occupazione anche ad ipotesi che non sono espressamente menzionate dal legislatore, lasciandone immutati il congegno tecnico e gli effetti e dunque senza alcuna possibilità di prospettare, come invece ritiene E. CASADEI, *Il regime giuridico di appartenenza dei funghi e dei frutti spontanei in genere*, cit., p. 36 ss., una violazione del principio di tipicità dei modi di acquisto della proprietà fissato dall'art. 42, 2° co., Cost.

Attualità

DIRITTI E DOVERI PER LA CONSERVAZIONE DELLA "CASA COMUNE" *

Di Andrea Proto Pisani

1. La pubblicazione sulla rivista di questa (mini) lettura laica dell'enciclica "Laudato sì" di papa Francesco dedicata al richiamo indifferibile dei valori riassunti dalle espressioni "ecologia" e " solidarietà", rende necessari alcuni chiarimenti.

Nelle "note minime" (su cristianesimo e giustizia, sulla equità, su europa e sviluppo etc.) che negli ultimi cinque anni ho chiesto alla direzione del Foro di pubblicare nella parte V della rivista vi è una motivazione e una unità di fondo. La profonda convinzione che nel difficile periodo che stiamo attraversando sia indispensabile per i giurista (e quindi anche per le riviste giuridiche)di richiamare con energia l'attenzione sui valori ultimi della nostra costituzione del 1948 (e delle varie carte internazionali dei diritti ai quali la parte verde della rivista dedica particolare importanza da oltre quarant'anni).

Limitandomi alla nostra Costituzione, mi sembra che il suo significato (almeno dei suoi principi fondamentali (artt.1a11) e di molti articoli della sua parte I(artt. 13a54)) possa essere così sintetizzato: rispetto e promozione della persona nella prospettiva del valore la solidarietà politica, economica e sociale.

Questa consapevolezza deve essere alla base di qualsiasi ricostruzione giuridica (anche di quella a prima vista più arida e tecnica). Come tale essa di tanto in tanto deve essere ricordata ai c.d. operatori giuridici. Per questo è opportuno di tanto in tanto dare sfogo a questi concetti-valvola, a questi veri e propri polmoni racchiusi nella nostra Carta fondamentale.

Non è certo il caso di richiamare qui e ora tutti questi concetti o principi giuridici. È sufficiente pensare all'articolo 2 e al suo riferirsi ai "doveri inderogabili di solidarietà politica ,economica e sociale"; all'articolo 3 secondo comma e al suo richiamo al "pieno sviluppo della persona umana"; all'articolo 4, secondo comma e al suo affermare il dovere di ogni cittadino di svolgere un' attività che concorra al progresso materiale e spirituale della società ; all'articolo 9, secondo comma che tutela beni comuni quali il

Il paesaggio e il patrimonio storico e artistico; ancora al comb.disp.artt.9, secondo comma e 32,primo comma che tutela l'ambiente; agli artt.10, primo comma e 11 che evidenziano la prospettiva sovranazionale di tali valori o principi giuridici; agli artt. 41,secondo comma, e 42, secondo comma che individuano nel rispetto della dignità umana i limiti indispensabili dell'iniziativa economica privata e della proprietà; etc.etc..

Sono quelli ora richiamati, valori universali; e non è un caso che nella sua enciclica Papa Francesco al punto 157 così si esprima : " Il bene comune presuppone il rispetto della persona umana in quanto tale con diritti fondamentali e inalienabili ordinati al suo sviluppo integrale .Esige jùanche i dispositivi di benessere e sicurezza sociale e lo sviluppo dei diversi gruppi intermedi applicando il principio di sussidiarietà ".

Con frasi come questa papa Francesco fa opera di giurista? Io direi che egli , come in tutte le parti dell'enciclica che abbiamo ritenuto opportuno ripor-

* Articolo in corso di pubblicazione sul Foro Italiano

tare, si limita a dare linfa, a dare contenuto a quei principi (questi sì giuridici) della nostra costituzione e di tanta altre carte di diritti a cui accennavo all'inizio di questa breve premessa.

2. Prima di passare all'esposizione (breve) dell'enciclica un ultimo rilievo.

Come è stato osservato (da Lucia Capuzzi) "le riflessioni ecologiche di Francesco sono intimamente unite alla questione sociale. L'intima relazione tra i poveri e la fragilità del pianeta; la convinzione che tutto nel mondo è infinitamente connesso; la critica al nuovo paradigma e alle forme di potere che derivano dalla tecnologia; l'invito a cercare altri modi di intendere l'economia e il progresso; il valore proprio di ogni creatura; il senso umano dell'ecologia; la necessità di dibattiti sinceri e onesti; la grave responsabilità della politica internazionale e locale; la cultura dello scarto e la proposta di un nuovo stile di vita, sono i punti cardine dell'enciclica".

* * *

1… La nostra casa comune è anche come una sorella, con la quale condividiamo l'esistenza, e come una madre bella che ci accoglie tra le sue braccia.

2. Questa sorella protesta per il male che le provochiamo, a causa dell'uso irresponsabile e dell'abuso dei beni che Dio ha posto in lei. Siamo cresciuti pensando che eravamo suoi proprietari e dominatori, autorizzati a saccheggiarla.

3… Adesso, di fronte al deterioramento globale dell'ambiente, voglio rivolgermi a ogni persona che abita questo pianeta.

8… « Che gli esseri umani distruggano la diversità biologica nella creazione di Dio; che gli esseri umani compromettano l'integrità della terra e contribuiscano al cambiamento climatico, spogliando la terra delle sue foreste naturali o distruggendo le sue zone umide; che gli esseri umani inquinino le acque, il suolo, l'aria: tutti questi sono peccati ».

Perché « un crimine contro la natura è un crimine contro noi stessi e un peccato contro Dio ».

11… Se noi ci accostiamo alla natura e all'ambiente senza questa apertura allo stupore e alla meraviglia, se non parliamo più il linguaggio della fraternità e della bellezza nella nostra relazione con il mondo, i nostri atteggiamenti saranno quelli del dominatore, del consumatore o del mero sfruttatore delle risorse naturali, incapace di porre un limite ai suoi interessi immediati.

13… Desidero esprimere riconoscenza, incoraggiare e ringraziare tutti coloro che, nei più svariati settori dell'attività umana, stanno lavorando per garantire la protezione della casa che condividiamo. Meritano una gratitudine speciale quanti lottano con vigore per risolvere le drammatiche conseguenze del degrado ambientale nella vita dei più poveri del mondo. I giovani esigono da noi un cambiamento.

15. Spero che questa Lettera enciclica, che si aggiunge al Magistero sociale della Chiesa, ci aiuti a riconoscere la grandezza, l'urgenza e la bellezza della sfida che ci si presenta.

16… Questo riguarda specialmente alcuni assi portanti che attraversano tutta l'Enciclica. Per esempio: l'intima relazione tra i poveri e la fragilità del pianeta; la convinzione che tutto nel mondo è intimamente connesso; la critica al nuovo paradigma e alle forme di potere che derivano dalla tecnologia; l'invito a cercare altri modi di intendere l'economia e il progresso; il valore proprio di ogni creatura; il senso umano dell'ecologia; la necessità di dibattiti sinceri e onesti; la grave responsabilità della politica internazionale e locale; la cultura dello scarto e la proposta di un nuovo stile di vita.

19 L'obiettivo non è di raccogliere informazioni o saziare la nostra curiosità, ma di prendere dolorosa coscienza, osare trasformare in sofferenza personale quello che accade al mondo, e così riconoscere qual è il contributo che ciascuno può portare.

20… La tecnologia che, legata alla finanza, pretende di essere l'unica soluzione dei problemi, di fatto non è in grado di vedere il mistero delle molteplici relazioni che esistono tra le cose, e per questo a volte risolve un problema creandone altri.

21… Molte volte si prendono misure solo quando si sono prodotti effetti irreversibili per la salute delle persone.

27… Già si sono superati certi limiti massimi di sfruttamento del pianeta, senza che sia stato risolto il problema della povertà.

29. Un problema particolarmente serio è quello della qualità dell'acqua disponibile per i poveri, che provoca molte morti ogni giorno. Fra i poveri sono frequenti le malattie legate all'acqua, incluse quelle causate da microorganismi e da sostanze chimiche.

30… *L'accesso all'acqua potabile e sicura è un diritto umano essenziale, fondamentale e universale, perché determina la sopravvivenza delle persone, e per questo è condizione per l'esercizio degli altri diritti umani*. Questo mondo ha un grave debito sociale verso i poveri che non hanno accesso all'acqua potabile, perché ciò *significa negare ad essi il diritto alla vita radicato nella loro inalienabile dignità*.

43. Se teniamo conto del fatto che anche l'essere umano è una creatura di questo mondo, che ha diritto a vivere e ad essere felice, e inoltre ha una speciale dignità, non possiamo tralasciare di considera-

re gli effetti del degrado ambientale, dell'attuale modello di sviluppo e della cultura dello scarto sulla vita delle persone.

49… Oggi non possiamo fare a meno di riconoscere che *un vero approccio ecologico diventa sempre un approccio sociale*, che deve integrare la giustizia nelle discussioni sull'ambiente, per ascoltare *tanto il grido della terra quanto il grido dei poveri*.

50… Incolpare l'incremento demografico e non il consumismo estremo e selettivo di alcuni, è un modo per non affrontare i problemi. Si pretende così di legittimare l'attuale modello distributivo, in cui una minoranza si crede in diritto di consumare in una proporzione che sarebbe impossibile generalizzare, perché il pianeta non potrebbe nemmeno contenere i rifiuti di un simile consumo.

52… Bisogna rafforzare la consapevolezza che siamo una sola famiglia umana. Non ci sono frontiere e barriere politiche o sociali che ci permettano di isolarci, e per ciò stesso non c'è nemmeno spazio per la globalizzazione dell'indifferenza.

53… Si rende indispensabile creare un sistema normativo che includa limiti inviolabili e assicuri la protezione degli ecosistemi, prima che le nuove forme di potere derivate dal paradigma tecnoeconomico finiscano per distruggere non solo la politica ma anche la libertà e la giustizia.

56. Nel frattempo i poteri economici continuano a giustificare l'attuale sistema mondiale, in cui prevalgono una speculazione e una ricerca della rendita finanziaria che tendono ad ignorare ogni contesto e gli effetti sulla dignità umana e sull'ambiente. Così si manifesta che il degrado ambientale e il degrado umano ed etico sono intimamente connessi. Molti diranno che non sono consapevoli di compiere azioni immorali, perché la distrazione costante ci toglie il coraggio di accorgerci della realtà di un mondo limitato e finito. Per questo oggi « qualunque cosa che sia fragile, come l'ambiente, rimane indifesa rispetto agli interessi del mercato divinizzato, trasformati in regola assoluta »

57. È prevedibile che, di fronte all'esaurimento di alcune risorse, si vada creando uno scenario favorevole per nuove guerre, mascherate con nobili rivendicazioni.

95. L'ambiente è un bene collettivo, patrimonio di tutta l'umanità e responsabilità di tutti. Chi ne possiede una parte è solo per amministrarla a beneficio di tutti. Se non lo facciamo, ci carichiamo sulla coscienza il peso di negare l'esistenza degli altri. Per questo i Vescovi della Nuova Zelanda si sono chiesti che cosa significa il comandamento "non uccidere" quando « un venti per cento della popolazione mondiale consuma risorse in misura tale da rubare alle nazioni povere e alle future generazioni ciò di cui hanno bisogno per sopravvivere »

101… Vi è un modo di comprendere la vita e l'azione umana che è deviato e che contraddice la realtà fino al punto di rovinarla.

106… L'intervento dell'essere umano sulla natura si è sempre verificato, ma per molto tempo ha avuto la caratteristica di accompagnare, di assecondare le possibilità offerte dalle cose stesse. Si trattava di ricevere quello che la realtà naturale da sé permette, come tendendo la mano. Viceversa, ora ciò che interessa è estrarre tutto quanto è possibile dalle cose attraverso l'imposizione della mano umana, che tende ad ignorare o a dimenticare la realtà stessa di ciò che ha dinanzi.

Ciò suppone la menzogna circa la disponibilità infinita dei beni del pianeta, che conduce a "spremerlo" fino al limite e oltre il limite. Si tratta del falso presupposto che « esiste una quantità illimitata di energia e di mezzi utilizzabili, che la loro immediata rigenerazione è possibile e che gli effetti negativi delle manipolazioni della natura possono essere facilmente assorbiti »

107… Occorre riconoscere che i prodotti della tecnica non sono neutri, perché creano una trama che finisce per condizionare gli stili di vita e orientano le possibilità sociali nella direzione degli interessi di determinati gruppi di potere. Certe scelte che sembrano puramente strumentali, in realtà sono scelte attinenti al tipo di vita sociale che si intende sviluppare.

109… Il paradigma tecnocratico tende ad esercitare il proprio dominio anche sull'economia e sulla politica. L'economia assume ogni sviluppo tecnologico in funzione del profitto, senza prestare attenzione a eventuali conseguenze negative per l'essere umano. La finanza soffoca l'economia reale.

111. La cultura ecologica non si può ridurre a una serie di risposte urgenti e parziali ai problemi che si presentano riguardo al degrado ambientale, all'esaurimento delle riserve naturali e all'inquinamento. Dovrebbe essere uno sguardo diverso, un pensiero, una politica, un programma educativo, uno stile di vita e una spiritualità che diano forma ad una resistenza di fronte all'avanzare del paradigma tecnocratico. Diversamente, anche le migliori iniziative ecologiste possono finire rinchiuse nella stessa logica globalizzata. Cercare solamente un rimedio tecnico per ogni problema ambientale che si presenta, significa isolare cose che nella realtà sono connesse, e nascondere i veri e più profondi problemi del sistema mondiale.

113… Non rassegniamoci a questo e non rinunciamo a farci domande sui fini e sul senso di ogni

cosa. Diversamente, legittimeremo soltanto lo stato di fatto.

114… Nessuno vuole tornare all'epoca delle caverne, però è indispensabile rallentare la marcia per guardare la realtà in un altro modo, raccogliere gli sviluppi positivi e sostenibili, e al tempo stesso recuperare i valori e i grandi fini distrutti da una sfrenatezza megalomane.

117… Quando non si riconosce nella realtà stessa l'importanza di un povero, di un embrione umano, di una persona con disabilità per fare solo alcuni esempi, difficilmente si sapranno ascoltare le grida della natura stessa. Tutto è connesso.

139… Non ci sono due crisi separate, una ambientale e un'altra sociale, bensì una sola e complessa crisi socio-ambientale. Le direttrici per la soluzione richiedono un approccio integrale per combattere la povertà, per restituire la dignità agli esclusi e nello stesso tempo per prendersi cura della natura.

144. La visione consumistica dell'essere umano, favorita dagli ingranaggi dell'attuale economia globalizzata, tende a rendere omogenee le culture e a indebolire l'immensa varietà culturale, che è un tesoro dell'umanità.

È necessario assumere la prospettiva dei diritti dei popoli e delle culture, e in tal modo comprendere che lo sviluppo di un gruppo sociale suppone un processo storico all'interno di un contesto culturale e richiede il costante protagonismo degli attori sociali locali *a partire dalla loro propria cultura*.

146. In questo senso, è indispensabile prestare speciale attenzione alle comunità aborigene con le loro tradizioni culturali. Non sono una semplice minoranza tra le altre, ma piuttosto devono diventare i principali interlocutori, soprattutto nel momento in cui si procede con grandi progetti che interessano i loro spazi. Per loro, infatti, la terra non è un bene economico, ma un dono di Dio e degli antenati che in essa riposano, uno spazio sacro con il quale hanno il bisogno di interagire per alimentare la loro identità e i loro valori. Quando rimangono nei loro territori, sono quelli che meglio se ne prendono cura. Tuttavia, in diverse parti del mondo, sono oggetto di pressioni affinché abbandonino le loro terre e le lascino libere per progetti estrattivi, agricoli o di allevamento che non prestano attenzione al degrado della natura e della cultura.

152. La mancanza di alloggi è grave in molte parti del mondo, tanto nelle zone rurali quanto nelle grandi città, anche perché i bilanci statali di solito coprono solo una piccola parte della domanda. Non soltanto i poveri, ma una gran parte della società incontra serie difficoltà ad avere una casa propria. La proprietà della casa ha molta importanza per la dignità delle persone e per lo sviluppo delle famiglie. Si tratta di una questione centrale dell'ecologia umana.

157. Il bene comune presuppone il rispetto della persona umana in quanto tale, con diritti fondamentali e inalienabili ordinati al suo sviluppo integrale. Esige anche i dispositivi di benessere e sicurezza sociale e lo sviluppo dei diversi gruppi intermedi, applicando il principio di sussidiarietà.

159… Ormai non si può parlare di sviluppo sostenibile senza una solidarietà fra le generazioni.

Non stiamo parlando di un atteggiamento opzionale, bensì di una questione essenziale di giustizia, dal momento che la terra che abbiamo ricevuto appartiene anche a coloro che verranno.

160… Quando ci interroghiamo circa il mondo che vogliamo lasciare ci riferiamo soprattutto al suo orientamento generale, al suo senso, ai suoi valori. Se non pulsa in esse questa domanda di fondo, non credo che le nostre preoccupazioni ecologiche possano ottenere effetti importanti. Ma se questa domanda viene posta con coraggio, ci conduce inesorabilmente ad altri interrogativi molto diretti: A che scopo passiamo da questo mondo? Per quale fine siamo venuti in questa vita? Per che scopo lavoriamo e lottiamo? Perché questa terra ha bisogno di noi? Pertanto, non basta più dire che dobbiamo preoccuparci per le future generazioni. Occorre rendersi conto che quello che c'è in gioco è la dignità di noi stessi. Siamo noi i primi interessati a trasmettere un pianeta abitabile per l'umanità che verrà dopo di noi. È un dramma per noi stessi, perché ciò chiama in causa il significato del nostro passaggio su questa terra.

162… L'uomo e la donna del mondo postmoderno corrono il rischio permanente di diventare profondamente individualisti, e molti problemi sociali attuali sono da porre in relazione con la ricerca egoistica della soddisfazione immediata, con le crisi dei legami familiari e sociali, con le difficoltà a riconoscere l'altro.

164. Dalla metà del secolo scorso, superando molte difficoltà, si è andata affermando la tendenza a concepire il pianeta come patria e l'umanità come popolo che abita una casa comune. Un mondo interdipendente non significa unicamente capire che le conseguenze dannose degli stili di vita, di produzione e di consumo colpiscono tutti, bensì, principalmente, fare in modo che le soluzioni siano proposte a partire da una prospettiva globale e non solo in difesa degli interessi di alcuni Paesi.

166… I Vertici mondiali sull'ambiente degli ultimi anni non hanno risposto alle aspettative perché, per mancanza di decisione politica, non hanno raggiunto accordi ambientali globali realmente significativi ed efficaci.

167… Gli accordi hanno avuto un basso livello di attuazione perché non si sono stabiliti adeguati meccanismi di controllo, di verifica periodica e di sanzione delle inadempienze.

175… Abbiamo bisogno di una reazione globale più responsabile, che implica affrontare contemporaneamente la riduzione dell'inquinamento e lo sviluppo dei Paesi e delle regioni povere.

179. In alcuni luoghi, si stanno sviluppando cooperative per lo sfruttamento delle energie rinnovabili che consentono l'autosufficienza locale e persino la vendita della produzione in eccesso. Questo semplice esempio indica che, mentre l'ordine mondiale esistente si mostra impotente ad assumere responsabilità, l'istanza locale può fare la differenza.

190… Bisogna sempre ricordare che « la protezione ambientale non può essere assicurata solo sulla base del calcolo finanziario di costi e benefici. L'ambiente è uno di quei beni che i meccanismi del mercato non sono in grado di difendere o di promuovere adeguatamente ». Ancora una volta, conviene evitare una concezione magica del mercato, che tende a pensare che i problemi si risolvano solo con la crescita dei profitti delle imprese o degli individui. È realistico aspettarsi che chi è ossessionato dalla massimizzazione dei profitti si fermi a pensare agli effetti ambientali che lascerà alle prossime generazioni? All'interno dello schema della rendita non c'è posto per pensare ai ritmi della natura, ai suoi tempi di degradazione e di rigenerazione, e alla complessità degli ecosistemi che possono essere gravemente alterati dall'intervento umano.

193… E' arrivata l'ora di accettare una certa decrescita in alcune parti del mondo procurando risorse perché si possa crescere in modo sano in altre parti.

201…Si rende necessario un dialogo aperto e rispettoso tra i diversi movimenti ecologisti, fra i quali non mancano le lotte ideologiche. La gravità della crisi ecologica esige da noi tutti di pensare al bene comune e di andare avanti sulla via del dialogo che richiede pazienza, ascesi e generosità, ricordando sempre che « la realtà è superiore all'idea ».

202. Molte cose devono riorientare la propria rotta, ma prima di tutto è l'umanità che ha bisogno di cambiare. Manca la coscienza di un'origine comune, di una mutua appartenenza e di un futuro condiviso da tutti. Questa consapevolezza di base permetterebbe lo sviluppo di nuove convinzioni, nuovi atteggiamenti e stili di vita. Emerge così una grande sfida culturale, spirituale e educativa che implicherà lunghi processi di rigenerazione.

Persona e Mercato