

FRANCESCO BENATTI

IL PAGAMENTO CON COSE ALTRUI

Alla memoria di Mario Allara

SOMMARIO: 1. I precedenti storici dell'art. 1192 cod. civ.: l'art. 1238 cod. Nap. e l'art. 1240 cod. civ. 1865. — 2. L'ambito di applicazione dell'art. 1192. — 3. *Segue*. — 4. L'art. 1192 e i contratti traslativi. — 5. L'art. 1192 e le prestazioni isolate. — 6. I problemi riguardanti la legittimazione ad impugnare il pagamento con cose altrui sotto l'art. 1240 cod. civ. abr. e loro soluzione da parte dell'art. 1192. — 7. La natura dell'impugnativa. — 8. La disciplina dell'impugnativa del debitore. — 9. La posizione del creditore a conoscenza dell'altruità della cosa offerta in pagamento. — 10. L'impugnativa del pagamento da parte del creditore di buona fede.

1. L'attuale disciplina del pagamento eseguito dal debitore con cose altrui non è giudicata con favore ⁽¹⁾, anche se appare più precisa e articolata di quella prevista dall'art. 1240 cod. civ. 1865. La valutazione non positiva dell'art. 1192 cod. civ. si fonda sull'osservazione secondo cui il legislatore del '42 si sarebbe limitato a risolvere due questioni che sorgevano con riguardo all'art. 1240 ⁽²⁾, senza modificarne sostanzialmente il contenuto ⁽³⁾. È noto che l'art. 1240 era considerato in dottrina una regola formulata in modo errato, quasi un relitto storico introdotto nel codice del '65 senza giustificato motivo, giudizio questo che si rifaceva ad antiche discussioni sorte in Francia, già ai primi dell'ottocento, a proposito della corrispondente norma del *code*.

L'art. 1238 cod. Nap., statuendo che « pour payer valable-

(1) Cfr. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano 1959, p. 46.

(2) Cioè i problemi relativi alla legittimazione ad impugnare il pagamento con cose altrui: v. il § 6.

(3) Ciò spiega anche il disinteresse per il tema da parte della dottrina più recente. In argomento esistono gli scritti di GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 33, 46 s. e 54 s. (l'a. non ha mutato pensiero nel recente corso su *L'inadempimento*³, Milano 1975), *Lezioni di diritto civile*, Bologna 1956, p. 29 ss. e voce « Pagamento (Diritto civile) », in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino 1965, p. 324 s.; NICOLÒ, voce « Adempimento », in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, p. 559 s.; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*², I, Milano 1966, p. 257 ss. (lo stesso ordine di idee è sostenuto in *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano 1974, p. 216 s.); BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano 1974, p. 129 ss.

ment, il faut être propriétaire de la chose donnée en payement, et capable d'aliéner », si ispira a un passo di Pothier secondo il quale « lorsque l'obligation est de donner quelque chose, le payement est la donation et traslation de la propriété de cette chose » ⁽⁴⁾ e di conseguenza « le payement n'est pas valable lorsque celui qui a payé une chose n'en était pas le propriétaire » ⁽⁵⁾. Già i primi commentatori rimproverarono al legislatore di avere copiato Pothier « sans discernement, sans réflexion, et de manière à présenter une disposition très inexacte » ⁽⁶⁾. Infatti Pothier aveva posto il principio dell'invalidità del pagamento eseguito con cose altrui con riguardo ai soli contratti traslativi di proprietà; viceversa l'art. 1238 è redatto in modo tale da fare pensare che siffatto principio abbia una portata generale e valga quindi nell'esecuzione di ogni contratto, il che è inesatto. Si faccia l'esempio del comodato: al tempo della restituzione il comodatario non è proprietario della cosa comodata, appartenendo questa al comodante; eppure, stando alla lettera dell'art. 1238, il comodatario,

(4) *Traité des obligations*, n. 494, in *Oeuvres*², ed. M. Bugnet, II, Paris 1861, p. 270, il quale aveva ripreso una regola del diritto romano (PERNICE, *Labeo*, III, 1, Halle 1892, p. 245), accolta anche nel periodo intermedio: cfr. CUIACIO, *Comm. in libr. X Dig. Salvii Juliani, ad L. XIX de rel. cred. § si pupillus*, in *Opera omnia*, III, Prati 1837, c. 785 e *Comm. in libr. VIII quaest. Papin., ad L. LXXXI de jur. dot. et L. XCIV de sol., ibid.*, IV, c. 831. Ancora per i compilatori del code « le paiement est un transport de propriété »: BIGOT-PREAMENEU, *Exposé de motif*, in LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, VI, Bruxelles 1836, p. 168.

(5) POTHIER, *Traité des obligations*, n. 496, in *Oeuvres*, II, cit., p. 271.

(6) MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du code Napoléon*⁶, IV, Paris 1868, n. 682, p. 542. Cfr. inoltre BEAUDANT, *Cours de droit civil français. Les contrats e les obligations*, Paris 1906, § 779, p. 447; DELVINCOURT, *Cours de code civil*⁴, V, Bruxelles 1827, p. 334; DURANTON, *Cours de droit civil*⁴, VII, Bruxelles 1873, p. 253 ss.; LAURENT, *Principes de droit civil*³, XVII, Bruxelles-Paris 1878, n. 493, p. 485 ss.; COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de code civil*², V, Paris 1883, p. 308 ss.; LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, IV, Paris 1885, p. 78 ss.; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Trattato teorico e pratico di diritto civile. Delle obbligazioni*, II, Milano (s.d.), n. 1407, p. 519 s.; AUBRY e RAU, *Droit civil français*⁶, IV, Paris 1942, § 316, p. 222; JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, II, Paris 1930, n. 842, p. 407; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*¹², III, Bruxelles 1950, n. 410, p. 386.

per poter validamente pagare, dovrebbe essere « propriétaire de la chose donnée en payement » (7).

Anche restringendo la sfera di applicazione dell'art. 1238 cod. Nap. alle sole ipotesi di contratti traslativi, la dottrina francese ha individuato nuovi e non meno gravi ostacoli cui la norma va incontro, apparendo essa in contrasto con altre disposizioni del *code*. Si è avvertito che i compilatori sono caduti nell'inspiegabile errore di avere introdotto, in un ordinamento che accoglie il principio consensualistico nel trasferimento dei diritti, una regola elaborata quando i contratti traslativi generavano soltanto l'obbligazione di dare e il trasferimento era effetto dell'adempimento di tale obbligazione. Ma una volta disposto che il passaggio della proprietà avviene con il semplice consenso, non è corretto statuire che « per poter validamente pagare, occorre essere proprietari della cosa data in pagamento », giacchè al momento della consegna l'alienante non è *dominus* della cosa, essendone già divenuto titolare l'acquirente (8).

Le difficoltà incontrate dagli scrittori d'oltralpe nell'interpretare l'art. 1238 cod. Nap. furono superate circoscrivendo l'ambito di applicazione della norma ai casi in cui il trasferimento del diritto è opera non del contratto, ma del pagamento. Solo rispetto a questi casi è presupposto essenziale, per il verificarsi dell'effetto traslativo, che il debitore adempia con cose sue. Secondo la prevalente opinione della dottrina francese il pagamento avrebbe funzione traslativa nella *datio in solutum*, nel contratto avente

(7) Questa critica non è condivisa da MOURLON, *Répétitions écrites sur le code civil*¹⁰, II, Paris 1877, n. 1327, p. 696, il quale così interpreta l'art. 1238 cod. Nap.: « Donnée, c'est à dire aliénée en payement. C'est absolument comme si elle avait dit: pour exécuter l'obligation de donner, c'est-à-dire l'obligation de transférer la propriété, il faut être propriétaire de la chose qu'on paye et capable de l'aliéner ».

(8) La dottrina francese spiega il contrasto tra l'art. 1238 e l'art. 1138, in forza del quale « l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes », con « la précipitation avec laquelle le projet de Code fut rédigé » (TUOLLIER, *Le droit civil français*, IV, Bruxelles 1837, n. 6, p. 9). È forse più esatto ritenere che l'infelice formulazione dell'art. 1238 dipende da non completa assimilazione del principio consensualistico oppure da resistenze dei compilatori alla sua effettiva applicazione.

per oggetto cose determinate alternativamente o per *genus* e infine nel contratto in cui le parti convengono che il passaggio della proprietà sia differito al tempo dell'adempimento ⁽⁹⁾.

Il legislatore del '65 doveva conoscere evidentemente le obiezioni mosse all'art. 1238 cod. Nap., se nel dettare la disciplina del pagamento con cose altrui non ha ripetuto l'equivoca formula della norma francese: « pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en payement », ma ha invece disposto che « il pagamento che ha per oggetto di trasferire la proprietà della cosa pagata nel creditore non è valido, se non è fatto da colui che sia proprietario della cosa e capace di alienarla » ⁽¹⁰⁾. Con siffatta disposizione si è cercato di porre fine alle incertezze esistenti nella dottrina francese, mediante l'esplicito riferimento della norma alle sole ipotesi di pagamento traslativo, che in sintesi sarebbero quelle precedentemente individuate dagli autori francesi ⁽¹¹⁾.

Ma anche la disposizione dell'art. 1240 non andò esente da gravi critiche. Ad attento esame si è rilevato che nelle ipotesi prospettate la *solutio* non ha funzione traslativa ⁽¹²⁾. Nella *datio*

⁽⁹⁾ Cfr. DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, XIII, Bruxelles 1873, n. 86, p. 254 s.; MARCADÉ, *Explication théorique et pratique de code Napoléon*, IV, cit., n. 682, p. 542; LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, IV, cit., p. 79 s.; ZACHARIAE e CROME, *Manuale del diritto civile francese*, trad. di L. Barassi, II, Milano 1907, § 296, p. 305 ss.; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Delle obbligazioni*, II, cit., n. 1407, p. 521; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, cit., n. 411, p. 387.

⁽¹⁰⁾ La maggiore precisione della formula dell'art. 1240 rispetto a quella dell'art. 1238 cod. Nap. è stata rilevata da PIOLA CASELLI, voce « Pagamento », in *Il digesto italiano*, XVIII, 1, Torino 1906-1910, p. 32; LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*², II, in *Il diritto civile italiano*, diretto da P. Fiore, Napoli-Torino 1925, p. 37.

⁽¹¹⁾ RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VI, Torino 1880, n. 252, p. 331 s.; PIOLA CASELLI, voce « Pagamento », in *Il digesto italiano*, XVIII, 1, cit., p. 32; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*⁷, VII, Firenze 1910, n. 102, p. 127 ss.; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*⁵ a cura di G. Venzi, IV, Firenze 1920, n. 114, p. 534; LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, II, cit., p. 36 s.; GIORCIANNI, voce « Pagamento », in *Nuovo dig. it.*, IX, Torino 1939, p. 417.

⁽¹²⁾ GIUSIANA, voce « Pagamento », in *Dizionario pratico del diritto privato*, V, 1, Milano 1937-1939, p. 36; NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano 1936, p. 174 ss.

in solutum il passaggio della proprietà della cosa prestata in luogo di quella dedotta in obbligazione è effetto del contratto stipulato tra creditore e debitore, non dell'adempimento; nei contratti traslativi di cose di genere o alternativamente specificate il trasferimento si verifica al momento dell'individuazione o della scelta e trova la sua giustificazione causale nel negozio, non nel pagamento; infine nell'ipotesi in cui il trasferimento è differito al tempo dell'adempimento, si confonde il momento del passaggio della titolarità con la sua fonte.

La critica avrebbe dovuto indurre la dottrina a riesaminare la tradizionale interpretazione della norma oppure ad affermare che l'art. 1240 è una disposizione superflua. Viceversa, per motivi non chiari la maggior parte degli scrittori non si è discostata dall'opinione dominante, in quanto « *de iure condito*, per serbare un significato all'art. 1240, è giocoforza aderire alle spiegazioni comunemente ricevute » (13). Solo un autore ha proposto una diversa ricostruzione dell'art. 1240 (14). Muovendo dalla constatazione che spesso il momento del trasferimento coincide praticamente con quello del pagamento, ha osservato che in queste ipotesi il trasferimento « non è il risultato dell'adempimento ma semplicemente conseguenza di fatti autonomi, quali la scelta e la specificazione, che non sono momenti costitutivi dell'adempimento, ma solo presupposti necessari perché il debitore ponga in essere gli atti destinati ad attuare il contenuto del suo obbligo. Ora l'art. 1240 presuppone questa simultaneità cronologica fra il momento del trasferimento e quello dell'adempimento scambian-dolo però con un fenomeno che sarebbe diverso, della inserzione cioè dell'effetto traslativo nello schema del pagamento come un suo (eventuale) momento tipico » (15). Questa tesi non ha avuto seguito in quanto appariva in contrasto con la lettera dell'art.

(13) GIUSIANA, voce « Pagamento », in *Dizionario pratico del diritto privato*, V, I, cit., p. 36 s.

(14) NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 175.

(15) NICOLÒ, *op. ult. loc. cit.*

1240; sicché si può concludere che la dottrina sotto il codice abrogato non è riuscita ad individuare con sicurezza quali siano le ipotesi disciplinate dall'art. 1240, essendo stata incapace di coordinare la norma con il principio consensualistico (art. 1125).

2. La controversa interpretazione degli artt. 1238 cod. Nap. e 1240 cod. civ. abr. è stato il motivo per cui il progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti non ritenne opportuno conservare la norma sul pagamento con cose altrui. Tale norma ricompare, invece, nel codice del '42, ma dai lavori preparatori non risultano le ragioni che hanno indotto il legislatore ad abbandonare la posizione in precedenza assunta sia dal progetto italo-francese sia da quello del '36⁽¹⁶⁾. La relazione si limita a sottolineare le innovazioni apportate dall'art. 1192 all'art. 1240, notando che si è disciplinato separatamente l'adempimento con cose altrui e quello eseguito dall'incapace e inoltre si è posto fine alle questioni relative alla legittimazione ad impugnare il pagamento con cose altrui. Non dice una parola sulla questione, rimasta insoluta in Francia e sotto il codice abrogato, come si giustifichi la disposizione sul pagamento con cose altrui, storicamente elaborata con riguardo alla figura del pagamento traslativo, in presenza del principio consensualistico del trasferimento dei diritti, né dà alcun risalto al fatto che l'art. 1192 non riproduce la discussa formula dell'art. 1240: « pagamento che ha per oggetto di trasferire la proprietà della cosa pagata al creditore »⁽¹⁷⁾. In

⁽¹⁶⁾ In particolare cfr. la relazione al progetto del libro delle obbligazioni, Roma 1942, p. 44 s.; la relazione al libro delle obbligazioni, Roma 1941, n. 30, e la relazione al codice civile, n. 564.

⁽¹⁷⁾ Il codice del '42 ha così eliminato l'unico dato testuale a favore della tesi dell'efficacia traslativa del pagamento, tesi respinta dalla prevalente dottrina: cfr. NICOLÒ, voce « Adempimento (Diritto civile) », in *Enc. dir.*, I, cit., p. 554; i saggi di PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, II, Messina 1946, p. 21 ss.; *La rappresentanza indiretta e la morte del rappresentante*, in *Foro pad.* 1953, III, 79 ss. (ora in *Studi sulla rappresentanza*, Milano 1965, p. 424 ss.); *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Milano 1964, p. 40 s.; inoltre T. RAVÀ, *Causa e rappresentanza indiretta nell'acquisto*, in *Banca borsa tit. cred.* 1952, I, 268 s.; SALV. ROMANO, *L'atto esecutivo nel diritto privato. Appunti*, in *Riv. dir. civ.* 1957, I, 688; CAMPAGNA, I

realtà proprio il nuovo testo di legge consente di determinare la sfera di applicazione dell'art. 1192 senza incorrere nelle difficoltà incontrate dalla passata dottrina.

Come si argomenta dal primo comma, l'art. 1192 riguarda l'adempimento di obbligazione avente per oggetto cose generiche; si discute, invece, se esso si riferisca anche al pagamento di cosa determinata « che abbia carattere di fungibilità »⁽¹⁸⁾. Sebbene appena accennata, tale teoria è stata proposta in relazione alla vendita e muove implicitamente da una valutazione critica degli artt. 1478 e 1479, per i quali l'alienante deve consegnare la cosa oggetto del contratto, di cui ha l'obbligo di fare acquistare la proprietà al compratore, e questi, se è in buona fede, può chiedere la risoluzione e il risarcimento del danno senza potere pretendere una nuova prestazione né essere tenuto ad accettarne l'offerta da parte del venditore. È stato osservato che una simile normativa non soddisfa le esigenze della pratica, quando la vendita si riferisce ad una cosa specifica prodotta in serie: ad esempio, nell'ipotesi di vendita di un determinato elettrodomestico già alienato ad un terzo non esiste una ragione sufficiente per negare al venditore il potere di consegnarne un altro identico, per marca e tipo, di sua proprietà al fine di sottrarsi alle sanzioni disposte per l'inadempimento, e al compratore il potere di chiedere la prestazione anziché la risoluzione del contratto.

Rilievi analoghi sono formulati a proposito della garanzia per vizi (art. 1490 ss. cod. civ.), in quanto la tutela accordata all'ac-

« negozi di attuazione » e la manifestazione dell'intento negoziale, Milano 1958, p. 191 ss.; SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano 1961, p. 26 e nota 11; MENGONI e REALMONTE, voce « Disposizione (atto di) », in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1964, p. 191. In senso contrario v. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*², II, Milano 1967, p. 32 ss.; PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. soc.* 1970, 933 ss.; SACCO, *Causa e consegna nella conclusione del mutuo, del deposito e del comodato*, in *Banca borsa tit. cred.* 1971, I, 502 ss.; D'ALESSANDRO, *La revoca dei pagamenti nel fallimento*, Milano 1972, p. 40 ss.; per un ampio esame del problema v. il § 4.

⁽¹⁸⁾ LUZZATTO, *La compravendita*, ed. postuma a cura di S. Persico, Torino 1961, p. 256.

quirente si riduce alla risoluzione oppure all'azione estimatoria, mentre non gli è concesso il diritto di domandare l'esatto adempimento. Questa disciplina, legata allo schema romanistico della vendita di cosa specifica ⁽¹⁹⁾, è oggi inadeguata nei confronti dei beni fabbricati in massa, rispetto ai quali è possibile effettuare una nuova prestazione in luogo di quella viziata. La più recente dottrina ha cercato di colmare la lacuna esistente nella legge, prendendo spunto da varie disposizioni disseminate nel codice, in particolare dall'art. 1512 ⁽²⁰⁾, ma ha incontrato non poche difficoltà a causa degli equivoci dati testuali, da cui non sembra agevole ricavare un principio generale ⁽²¹⁾.

Le incertezze che sorgono in relazione alla disciplina dei vizi, sono superate, dalla teoria in esame, nel caso di alienazione di cosa specifica altrui prodotta in serie mediante il richiamo all'art. 1192. Poiché la sostituzione della cosa oggetto del contratto fatta dal venditore realizza in uguale misura l'interesse del creditore (art. 1192, comma 1°), si è integrata la disciplina degli artt. 1478 e 1479 con quella dell'art. 1192 allo scopo di concedere ai contraenti il potere di effettuare o di pretendere l'esatto adempimento. Così come è formulata, questa tesi non pare accettabile. Si supponga che Tizio entri in un negozio di elettrodomestici per acquistare l'unico aspirapolvere esposto in vetrina. Appena vendutolo, il

⁽¹⁹⁾ GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 56; DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano 1967, p. 305, e da ultimo CARNEVALI, *La responsabilità del produttore*, Milano 1974, p. 7.

⁽²⁰⁾ Al riguardo cfr. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 53 ss.; Cass. 3 marzo 1971, n. 551, in *Mass. Giust. civ.* 1971, 303.

⁽²¹⁾ Cfr. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, Torino 1972, p. 892 ss. Secondo RUBINO, *La compravendita*², in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano 1962, p. 825, l'azione di esatto adempimento sarebbe possibile soltanto nel caso di colpa del venditore (conf. GRECO e COTTINO, *Della vendita*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma 1966, p. 225 ss.); v. inoltre Trib. Palermo, 25 gennaio 1967, in *Foro pad.* 1967, I, 830; App. Messina, 10 aprile 1967, in *Riv. dir. comm.* 1968, II, 50; contro Cass., 20 aprile 1963, n. 868, in *Giur. it.* 1965, I, 1, 328, con nota critica di G. Amorth; Trib. Milano, 30 giugno 1967, in *Riv. dir. comm.* 1968, II, 50.

commerciante si ricorda di averlo già alienato ad un terzo e pertanto ne offre un altro identico che è in magazzino. Una simile facoltà deve essere concessa al venditore: se nella vetrina fossero stati esposti più esemplari identici, Tizio avrebbe manifestato la volontà di acquistarne uno qualsiasi tra quelli esposti, essendo per lui indifferente comprare un esemplare piuttosto che un altro. Muovendo da questo rilievo, l'opinione in esame sembra concludere che, per la circostanza eccezionale che nel negozio si trovino uno o più esemplari identici di un bene, non si può mutare la disciplina della vendita, negando nel primo caso al venditore il potere di eseguire un esatto adempimento sulla base degli artt. 1478 e 1479. Ma una simile motivazione non coglie che nell'esempio riferito non si è in presenza di una vendita di cosa specifica. Ciò sarebbe esatto soltanto se il compratore avesse voluto acquistare quell'elettrodomestico, perché lo aveva esaminato attentamente, constatando l'assenza di vizi; qui il potere di sostituzione non può essere attribuito al venditore, avendo le parti dedotto ad oggetto del contratto proprio quel dato bene. Ma questa non è l'ipotesi più frequente. Quando nella vendita di prodotti di massa i contraenti prendono in considerazione, al momento della conclusione del contratto, un determinato bene non in quanto tale, ma in quanto appartenente ad un *genus*, la vendita non può essere che generica con questa particolarità, che vi è coincidenza tra stipulazione del contratto e specificazione. La mancata distinzione dei due atti che sono cronologicamente coincidenti fa sorgere la falsa impressione che la vendita sia specifica: più correttamente si deve sostenere che si tratta di contratto avente per oggetto un bene « specificato » (22).

Da questa discussione emerge il seguente principio: quando oggetto di un negozio o di un atto è un bene determinato che ha carattere di fungibilità, si applicano le regole relative alla fungibilità della prestazione e quindi anche l'art. 1192.

(22) RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 96 s.

3. Si rende opportuna una seconda precisazione: l'art. 1192 si riferisce all'adempimento di ogni obbligazione, qualunque sia la fonte. È questo un aspetto della norma che non è stato messo in luce dalla dottrina a causa dell'influenza della tradizione, che ha sempre collegato il problema del pagamento con cose altrui alle ipotesi di pagamento traslativo: al riguardo era significativa la formula dell'art. 1240 cod. civ. abr., che si limitava a statuire l'invalidità del « pagamento che ha per oggetto di trasferire la proprietà delle cose prestate nel creditore », ove fosse compiuta con beni che non sono del debitore. L'abbandono di questa formula da parte del codice del '42 e l'adozione dell'ampia locuzione: « pagamento con cose di cui [il debitore] non può disporre » rappresentano una ragione sufficiente per non restare vincolati alla passata opinione. L'attuale testo fa rientrare, sotto la previsione dell'art. 1192, l'adempimento di ogni obbligazione che ha per oggetto cose generiche ed eseguito dal debitore con cose altrui: si consideri, anche se può sembrare un esempio di scuola, l'ipotesi di contratto di locazione di *un* appartamento situato in un dato palazzo, quando il locatore consegna un appartamento già venduto a un terzo.

4. Le osservazioni precedenti costituiscono la premessa necessaria per procedere all'esame dei problemi che sorgono in relazione ad alcune ipotesi in cui trova applicazione l'art. 1192. Iniziando dai contratti traslativi di cose generiche (e con eccezione di quelli che comportano l'obbligo di restituzione, come il mutuo, i quali devono essere considerati a parte), va condivisa l'opinione secondo cui tali contratti non sono soggetti agli artt. 1478 e 1479 cod. civ., presupponendo essi « nella configurazione accolta dal legislatore una precisa individuazione della cosa venduta, tale da permettere l'*automatica* traslazione della proprietà a favore del compratore non appena il venditore l'avrà acquistata » (23), ma

(23) GIORGIANNI, *Gli obblighi di fare del venditore*, in *Riv. dir. comm.* 1964, I, 6; conf. GRECO e COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 130; BIANCA, *La vendita*, cit.,

rientrano sotto la previsione dell'art. 1192 (24). Questa tesi va approfondita. Nessuna questione sorge quando l'individuazione è fatta contestualmente al momento della consegna: « i due atti giuridici, della individuazione e della consegna, pur rimanendo concettualmente distinti, coincidono materialmente e cronologicamente: la vera e propria individuazione in senso giuridico avviene con la consegna » (25). Ma essa assume anche la veste di pagamento nell'accezione in cui tale termine è usato nell'articolo 1192 (26), e pertanto, quando non ha per oggetto un bene dell'alienante, è soggetta all'art. 1192.

Può accadere che l'individuazione avvenga prima della consegna: orbene, qualora si concentri su cose che non sono del debitore, non produce l'effetto di cui all'art. 1378 cod. civ. E poiché l'individuazione è ritenuta « un atto giuridico di assegnazione, assoggettato alla disciplina dell'adempimento » (27), all'individuazione su cose altrui viene applicato l'art. 1192 (28). Questa conclusione deve essere verificata, in quanto non spiega cosa significhi « impugnare l'individuazione »; cioè non chiarisce se l'impugnativa del pagamento-consegna, cui allude l'art. 1192, sia la stessa cosa dell'impugnativa del pagamento-individuazione. Se con l'espressione impugnativa — e il punto sarà più avanti approfondito — si intende, in conformità al suo significato più comune,

p. 650. L'opinione era pacifica anche sotto l'art. 59 cod. comm.: VIDARI, *Corso di diritto commerciale*², IV, Milano 1883, n. 2018, p. 280 s.; RAMELLA, *La vendita nel diritto moderno*, I, Milano 1920, p. 154; VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*⁵, IV, Milano (s.d.), p. 139; TARTUFARI, *Della vendita e del riporto*⁶, in *Il codice di commercio commentato*, III, Torino 1936, p. 174; cfr. ancora Cass. Torino, 6 ottobre 1916, in *Riv. dir. comm.* 1917, II, 303.

(24) BIANCA, *La vendita*, cit., p. 650 s.

(25) RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 388.

(26) L'affermazione del testo presuppone risolto il problema circa il significato in cui il termine « pagamento » è usato nell'art. 1192 e se esso si distingue dall'espressione « adempimento » (cfr. artt. 1181, 1183 ecc.). In realtà le due locuzioni sono adoperante indifferentemente dal legislatore (conf. NICOLÒ, voce « Adempimento », in *Enc. dir.*, I, cit., p. 554) e il loro significato si desume dal contesto di ogni singola norma.

(27) BIANCA, *La vendita*, cit., p. 285.

(28) BIANCA, *La vendita*, cit., p. 286 nota 3.

l'azione diretta a rimuovere l'efficacia di un atto, non si vede come l'individuazione su cosa altrui possa essere assoggettata ad una simile azione, posto che essa è una operazione materiale senza rilevanza giuridica (arg. ex art. 1378). Né si può obiettare che una siffatta individuazione produce l'obbligo di consegnare e pertanto l'impugnativa sarebbe volta contro tale obbligazione, in quanto questa trova causa non nell'individuazione, bensì nel contratto ⁽²⁹⁾. Viceversa, se si ritiene che l'art. 1192 adoperi l'espressione « impugnativa » nel senso di ripetizione del debitore (primo comma) e di rifiuto dell'adempimento da parte del creditore (secondo comma), sorgono nuove difficoltà per identificare l'impugnativa dell'individuazione con quella del pagamento. La verità è che la disciplina del pagamento con cose altrui è sorta storicamente con riguardo all'ipotesi di pagamento traslativo e quindi l'art. 1192 è stato elaborato sul presupposto che vi sia stata la consegna della cosa del *solvens* all'*accipiens*. Semmai dall'art. 1192 si può argomentare per ricavare la disciplina dell'individuazione su cose altrui in mancanza di specifica disposizione, così concludendo che il venditore può offrire di eseguire una nuova individuazione con cose di cui può disporre e il compratore di buona fede può pretendere che il debitore proceda all'individuazione con beni propri.

Come si è già anticipato, un diverso ordine di rilievi vale nei confronti della categoria di contratti che, pur essendo immediatamente traslativi della proprietà, comportano l'obbligo di restituzione (mutuo, pegno irregolare ecc.) ⁽³⁰⁾. Analizzando la fase

⁽²⁹⁾ Comunque è discusso se la vendita di cosa altrui produca una autonoma obbligazione di consegna, esigibile indipendentemente dall'adempimento dell'obbligazione di fare acquistare al compratore la proprietà della cosa. Secondo la giurisprudenza solo il compratore di buona fede può pretendere la consegna (cfr. Cass., 17 luglio 1947, in *Rep. Foro it.* 1947, voce « Vendita », n. 138; App. Bari, 28 luglio 1949, in *Dir. e giur.* 1950, 365; Cass., 16 luglio 1956, n. 2700, in *Rep. Foro it.* 1956, voce « Vendita », n. 91 s.; Cass., 25 gennaio 1958, n. 189, *ibid.* 1958, voce cit., n. 87). La dottrina è divisa: cfr. MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*², Milano 1968, p. 20 nota 2, e da ultimo, BIANCA, *La vendita*, cit., p. 374 s. e 647 s.

⁽³⁰⁾ Al deposito irregolare non si applica l'art. 1192, bensì l'art. 1777.

di costituzione del rapporto, si osserva che l'art. 1192 non può trovare applicazione se si accede alla tesi della natura reale di tali contratti; viceversa si applica ove si aderisca alla teoria consensualistica, in quanto allora la consegna di cose altrui da parte del mutuante costituisce atto di pagamento ai sensi dell'art. 1192. Ma in quest'ultimo caso non è possibile separare l'individuazione dalla consegna, così come avviene nella vendita, in quanto l'art. 1378 non riguarda la categoria dei contratti in esame. Con ciò non si vuole sostenere che vi può essere consegna senza una previa determinazione del bene da prestare ⁽³¹⁾, ma soltanto che il trasferimento del diritto avviene al tempo della consegna ed è conseguenza della fattispecie contratto-consegna. Infatti, mentre nella vendita l'individuazione di cui all'art. 1378 ha lo scopo di fissare il momento del trasferimento e quindi il passaggio del rischio, il che può avvenire anche in un momento antecedente la consegna, nel mutuo il trasferimento ha carattere strumentale, rispondendo a « finalità che sotto l'aspetto economico potrebbero essere dette di godimento da parte dell'*accipiens* » ⁽³²⁾, e perciò deve verificarsi contestualmente all'inizio della utilizzazione del bene, quindi con la consegna.

L'adempimento dell'obbligazione di restituzione eseguita con cose altrui è disciplinato dall'art. 1192. Contrariamente a quanto si è sostenuto, tale adempimento non ha « contenuto traslativo » ⁽³³⁾, essendo il trasferimento effetto non già di una volontà dispositiva inerente alla *solutio*, bensì del contratto ⁽³⁴⁾.

⁽³¹⁾ In questo caso l'individuazione costituisce una necessaria attività preparatoria dell'adempimento.

⁽³²⁾ DALMARTELLO, *Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutorii e contratti sinallagmatici*, in *Riv. dir. civ.* 1955, I, 828.

⁽³³⁾ NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 175 nota 44.

⁽³⁴⁾ Si deve ricordare che l'art. 1192 non si applica ai contratti traslativi di cose future. Poiché « l'acquisto della proprietà si verifica appena la cosa viene ad esistenza » (art. 1471, comma 1°, cod. civ.), il venditore è obbligato a consegnare al compratore le cose di cui questi è già divenuto titolare. Qualora l'alienante consegni cose altrui, l'acquirente può esercitare le azioni *ex contractu*.

Per quanto riguarda la *datio in solutum* si rende necessario precisare la tesi che ricorre all'art. 1192 nell'ipotesi in cui il debitore consegni cose di cui non può

5. Un vasto settore che viene assoggettato all'art. 1192 è rappresentato dalle prestazioni isolate ⁽³⁵⁾. Si tratta delle ipotesi di adempimento di obbligazioni che non nascono da contratto o da negozio: per esempio, dell'adempimento dell'obbligazione di reintegrazione in forma specifica del soggetto leso a seguito di fatto illecito, dell'obbligazione di restituzione di frutti da parte dell'*accipiens*, dell'obbligazione di restituzione delle cose consumabili e delle scorte da parte degli eredi dell'usufruttuario ecc. ⁽³⁶⁾.

L'interesse che rivestono questi casi consiste nel fatto che qui l'atto di adempimento è diretto al trasferimento della proprietà; il che dimostra l'esistenza, nel vigente ordinamento, della figura del pagamento traslativo ⁽³⁷⁾. L'opinione contraria, secondo cui l'effetto traslativo non avviene « in virtù di una volontà inerente alla *solutio* (altrimenti si cadrebbe nella tesi del negozio astratto), ma in virtù dell'efficacia che a quest'ultimo atto viene attribuita dallo stesso legislatore, il quale, facendo sorgere l'obbligo, ha già valutato positivamente il risultato da realizzare, cioè l'acquisto da parte del creditore » ⁽³⁸⁾, si fonda su un concetto inesatto di atto astratto. Secondo la tesi che sembra più corretta si ha atto traslativo astratto soltanto nel caso in cui un atto produce effetti reali sulla base di una semplice dichiarazione delle parti o sulla

disporre (RODOTÀ, voce « Dazione in pagamento (dir. civ.) », in *Enc. dir.*, XI, Milano 1962, p. 739). Se oggetto della *datio* è una cosa altrui determinata, si applicano le norme sulla vendita (sebbene l'art. 1197, comma 2°, richiami soltanto le disposizioni sull'evizione, tale rinvio « deve intendersi comprensivo dell'integrale disciplina, e cioè sia di quella 'preventiva' sia di quella — che più propriamente merita l'appellativo di 'garanzia per evizione' — relativa al caso in cui il terzo faccia valere i suoi diritti. Il semplice rinvio alle norme sulla 'evizione' tradisce un difetto di aggiornamento nel coordinamento delle varie parti del codice »: GIORCIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 49). Viceversa, se la *datio* ha per oggetto cose generiche, valgono le conclusioni esposte nel testo.

⁽³⁵⁾ Queste ipotesi erano già state individuate con riguardo all'art. 1240: cfr. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*⁶, III, Messina-Milano (s.d.), p. 103; GIORCIANNI, voce « Pagamento », in *Nuovo dig. it.*, IX, cit., p. 417.

⁽³⁶⁾ L'art. 1192 non si applica, invece, all'adempimento di obbligazione naturale, come si desume dall'art. 2034, comma 2°.

⁽³⁷⁾ Per indicazioni sullo stato della dottrina v. *retro* nota 17.

⁽³⁸⁾ SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, cit., p. 26 nota 10.

base del mero compimento di certe formalità; di conseguenza non è tale quel negozio in cui è indicato l'assetto di interessi che tende a realizzare l'attribuzione patrimoniale con esso prodotta⁽³⁹⁾. Pertanto, l'adempimento delle obbligazioni sopra elencate non è un negozio astratto, perché in esso è menzionata la causa che è diretto a realizzare, causa che si specifica in una situazione obbligatoria non sottostante, ma antecedente⁽⁴⁰⁾.

Se dunque non può essere contestato che nei casi in esame il pagamento ha funzione traslativa⁽⁴¹⁾, è dubbio se esso abbia struttura unilaterale o bilaterale, se cioè sia un contratto. In quest'ultimo senso si è pronunciata la dottrina sotto il codice abrogato, la quale giustificava la propria posizione con un argomento di carattere esegetico. Poiché l'art. 710 cpv. disponeva: « la proprietà può trasmettersi per successione, per donazione e per effetto di convenzioni », « è evidente che, se la proprietà non si trasferisce in base all'atto costitutivo del rapporto obbligatorio, la convenzione traslativa della proprietà può ritrovarsi nell'atto di pagamento »⁽⁴²⁾. Questo argomento non è più valido, perché l'art. 922 cod. civ. — statuendo che « la proprietà si acquista... per effetto di contratto, per successione a causa di morte e *nei modi stabiliti dalla legge* » — non esclude che fra questi possa essere ricompreso l'atto unilaterale. Ciò non significa che la tesi tradizionale debba essere senz'altro respinta. Pur mancando di un appoggio testuale nel codice del '42, essa si fonda sulla regola non scritta dell'assoluta sovranità del soggetto nella propria sfera giuridica, che non può essere modificata da una dichiarazione unilaterale altrui. Ma tale principio sembra essere invocato inesattamente nei casi in esame: ad esempio, con l'atto di adempimento

(39) PORTALE, *op. cit.*, in *Riv. soc.* 1970, 934, dove un'attenta puntualizzazione del pensiero della dottrina.

(40) Cfr. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, cit., p. 46.

(41) Altre ipotesi sono contenute nell'art. 651, comma 1°, e, secondo una parte della dottrina, nell'art. 1706, comma 2°.

(42) SCUTO, *Sulla natura giuridica del pagamento*, in *Riv. dir. comm.* 1915, I, 363.

dell'obbligo di risarcimento da parte del danneggiato non si verifica alcuna arbitraria ingerenza nella sfera giuridica altrui, essendo questo atto giustificato da un precedente rapporto tra le parti, e quindi non si profila la necessità di un'adesione del creditore alla dichiarazione di volontà del *solvens* per il prodursi dell'effetto traslativo. La critica non è però decisiva, perché « la qualifica (funzionale) di un atto dovuto non può influire sulla struttura del negozio, il cui comportamento è dedotto nel contenuto dell'obbligazione » (43).

L'irrelevanza della volontà del creditore al fine del verificarsi del trasferimento potrebbe essere dedotta dalla circostanza che — di fronte ad un suo rifiuto di ricevere la prestazione — il debitore non sarebbe illimitatamente vincolato all'obbligo, ma potrebbe ottenere la liberazione coattiva ex art. 1206 ss. Senonché anche questo argomento può lasciare perplesso chi ritiene che il creditore « è in condizione di soggezione rispetto all'effetto estintivo — giacché egli non può impedirlo quando il debitore ne abbia posto in essere le condizioni — non certo rispetto all'effetto traslativo o acquisitivo, giacché il trapasso della cosa o l'acquisto della prestazione non si produce nel patrimonio del creditore per la sola volontà del debitore » (44).

In realtà, il problema in esame può essere risolto soltanto muovendo dall'analisi degli interessi in gioco. Sotto questo profilo appare inutile configurare il pagamento traslativo come contratto, in quanto il creditore è pienamente soddisfatto mediante il solo atto solutorio del debitore, mentre non esiste alcuna ragione che induca a ritenere necessaria l'adesione dell'*accipiens* alla manifestazione di volontà del *solvens*. La collaborazione richiesta al creditore è identica a quella connessa al ricevimento di ogni prestazione e non costituisce accettazione dell'attribuzione, che è dovuta dal debitore a causa del preesistente obbligo, il quale gli conferisce titolo per la produzione dell'effetto senza e indipen-

(43) MENGONI, in *Riv. dir. civ.* 1959, I, 116.

(44) OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano 1947, p. 401.

dentemente dal concorso della volontà del creditore ⁽⁴⁵⁾. A sostegno di questa conclusione si può ricordare che la regola contenuta nell'art. 1376 non è una disposizione inderogabile ⁽⁴⁶⁾, che imponga il trasferimento dei diritti, per atto tra vivi, solo attraverso lo strumento del contratto. Per ragioni legate alla sua origine storica, l'art. 1376 non può essere ritenuto una norma di ordine pubblico, « essendo l'omaggio reso dal codice liberale per eccellenza al dogma del diritto naturale, secondo cui ogni soggetto, sovrano nella sfera che gli compete, può, con un atto puro di volontà, disporre dei diritti soggettivi che gli appartengono » ⁽⁴⁷⁾.

Le obiezioni che possono essere mosse a questa ricostruzione si fondano, da un lato, sull'osservazione che l'acquisto dei diritti reali deve essere circondato da garanzie tali da esigere il consenso di entrambe le parti e, dall'altro, sulla pretesa necessaria corrispondenza tra *numerus clausus* dei diritti reali e tassatività dei negozi ad essi relativi ⁽⁴⁸⁾; ma si tratta di critiche non decisive ⁽⁴⁹⁾. La prima si ricollega al dogma della intangibilità della sfera giuridica altrui ⁽⁵⁰⁾, dogma che non può essere richiamato

⁽⁴⁵⁾ Considerano l'atto unilaterale idoneo alla produzione dell'effetto reale: PORTALE, *op. cit.*, in *Riv. soc.* 1970, 935 s. (spec. p. 940 nota 63) e ivi ampi riferimenti di diritto comparato; BIANCA, *La vendita*, cit., p. 85 s. e nota 1 p. 86 (sebbene con qualche perplessità); DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli 1972, p. 311 ss. Va ricordato che la c.d. « Übereinigung » o atto di consegna della cosa prevista dal § 929 BGB ha natura contrattuale. La tesi, elaborata da Savigny (sulla quale v. F. RANIERI, *Brevi note sull'origine della nozione di negozio reale e astratto*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1970, 315 ss., spec. 333 ss.), è pacifica presso gli scrittori tedeschi: cfr. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, II, 1, Berlin 1957, p. 221; MÜHL, *Sachenrecht*, in SOERGEL u. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, IV, Stuttgart-Berlin 1968, p. 236; WESTERMANN, in ERMAN, *BGB*², II, Münster Westf. 1972, p. 140 s.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. PORTALE, *op. cit.*, in *Riv. soc.* 1970, 932 ss.

⁽⁴⁷⁾ SACCO, *op. cit.*, in *Banca borsa tit. cred.* 1971, I, 526.

⁽⁴⁸⁾ BARASSI, *I diritti reali*. Milano 1934, p. 50; PUGLIATTI, *op. cit.*, in *Foro pad.* 1953, III, 73; GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano 1957, p. 3; U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano 1967, p. 200.

⁽⁴⁹⁾ Altre obiezioni possono essere mosse sulla base degli artt. 1350, n. 2 e 4, e 2643, n. 2 e 4; ma v. la critica in DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., p. 309 nota 168 e p. 317.

⁽⁵⁰⁾ Sul quale cfr. DONISI, *op. cit.*, p. 68 ss.

nei casi in oggetto, perché la produzione dell'effetto reale nella sfera giuridica altrui si giustifica con la precedente obbligazione che il debitore è tenuto a realizzare. Quanto alla seconda obiezione, è già stata dimostrata la sua inconsistenza con argomenti definitivi⁽⁵¹⁾, ed inoltre urta, come si è già notato, contro il disposto dell'art. 922 che non esclude il negozio unilaterale fra i modi di acquisto della proprietà.

6. Si è constatato che l'art. 1192 ha risolto le questioni più dibattute sotto l'impero del codice abrogato, cioè quelle riguardanti la legittimazione ad impugnare il pagamento con cose altrui. I contrasti nascevano dal fatto che l'art. 1240 statuiva, sulla scia del modello francese, che tale pagamento « non è valido »⁽⁵²⁾, formula questa, che non offriva utili indicazioni ai fini dell'individuazione del tipo di invalidità e in conseguenza della disciplina applicabile.

La dottrina prevalente considerava nullo un siffatto pagamento⁽⁵³⁾, ma era incerta se si trattasse di nullità assoluta o relativa e quindi se essa potesse essere fatta valere, oltre che dal creditore, anche dal debitore. Essendo l'art. 1240 disposto nell'interesse del creditore, non c'era dubbio che questi potesse im-

(51) GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.* 1936, I, 366 ss.; v. inoltre GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano 1974, p. 146.

(52) Era naturale, pertanto, che nella impostazione e nella soluzione di questi problemi i nostri scrittori subissero l'influsso della dottrina francese.

(53) BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, III, 2, Torino 1877, p. 619 s.; RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VI, cit., n. 252, p. 332; LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, II, cit., p. 38; CARIOTAFERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova 1936, p. 366 s.; GIORGIANNI, voce « Pagamento », in *Nuovo dig. it.*, IX, cit., p. 417. A favore dell'annullabilità RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939, p. 434 s. La nullità del pagamento eseguito con cose altrui è sostenuta anche dalla dottrina francese: DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, XIII, cit., n. 91, p. 255; LAURENT, *Principes de droit civil*, XVII, cit., n. 494, p. 487; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Delle obbligazioni*, II, cit., n. 1409, p. 521; COLIN e CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*¹⁰, II, a cura di Julliot de la Morandière, Paris 1948, n. 475, p. 337; RIPERT e BOULANGER, *Traité de droit civil* di Planiol, II, Paris 1957, n. 1517, p. 559.

pugnare il pagamento, a meno che fosse in mala fede, perché allora si presumeva che egli avesse implicitamente rinunciato a proporre l'azione di nullità⁽⁵⁴⁾; e d'altra parte non era ritenuto meritevole di tutela chi fosse a conoscenza dei rischi cui poteva andare incontro accettando un pagamento con cose altrui⁽⁵⁵⁾. Viceversa sulla legittimazione del debitore lo stato della letteratura si presentava confuso. In linea di massima la dottrina manifestava non poche perplessità nell'attribuire al *solvens* il potere d'impugnativa, non ritenendo degno di protezione chi ha violato il dovere di prestare esattamente. Una simile opinione si basava sul brocardo « quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio »⁽⁵⁶⁾, ma ad essa è stato facile obiettare che il brocardo era richiamato a sproposito, dal momento che l'azione del debitore non poteva essere considerata una rivendica.

Scartata per insufficiente motivazione l'idea che mai il *solvens* potesse impugnare il pagamento eseguito con cose non proprie, si incominciò a prospettare la tesi opposta. Dapprima si sostenne che l'impugnativa poteva essere concessa al debitore che avesse adempiuto con cose altrui per errore scusabile⁽⁵⁷⁾; poi la si ammise tutte le volte in cui egli fosse in grado di offrire cose di cui poteva disporre. Questa conclusione, che alla lunga finì col prevalere, venne giustificata con tre diversi ordini di considerazioni. In primo luogo si rilevò che sarebbe iniquo impedire al *solvens* di ripetere la cosa prestata e lasciarlo, quindi, esposto all'azione di responsabilità del *dominus*, qualora offrisse di reiterare il pagamento con beni propri: sarebbe mancato un apprezzabile interesse del creditore a conservare la cosa altrui, quando

(54) GIUSIANA, voce « Pagamento », in *Dizionario pratico del diritto privato*, V, 1, cit., p. 38.

(55) BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Delle obbligazioni*, II, cit., n. 1410, p. 522.

(56) LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, II, cit., p. 38; MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du code Napoléon*, IV, cit., n. 683, p. 543; LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, IV, cit., p. 82.

(57) BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, III, 2, cit., p. 620; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, VII, cit., n. 112, p. 141.

fosse posto nella condizione di essere ugualmente e per di più esattamente soddisfatto. D'altra parte l'azione di restituzione del *solvens* era implicitamente ammessa dall'art. 1249, comma 2°: siccome il debitore « non può ripetere il pagamento di una somma di danaro o di una cosa che si consuma con l'uso, dal creditore che l'ha consumata in buona fede », ciò significava che, fuori dal caso previsto, la ripetizione doveva essere sempre concessa, specialmente quando era accompagnata dall'offerta di cose proprie (58). Infine, la soluzione indicata sembrava realizzare l'esigenza di protezione del terzo proprietario, il quale, mentre normalmente può esercitare la rivendicazione nei confronti del debitore, spesso non la potrebbe proporre contro il creditore, essendo frequente l'ipotesi in cui questi diventi proprietario del bene per effetto delle regole sugli acquisti « a non domino » (59).

Ma anche i rilievi su cui si fondava la pretesa restitutoria del *solvens*, non erano sembrati convincenti, sicché in definitiva i più importanti problemi posti dall'art. 1240 non avevano trovato una soluzione definitiva. Per evitare incertezze circa la disciplina da applicare al pagamento con cose altrui, il legislatore del '42 ha codificato le due opinioni dominanti nella dottrina del tempo, quella per cui « il debitore non può impugnare il pagamento con cose di cui non poteva disporre, salvo che offra di eseguire la prestazione dovuta con cose di cui può disporre » (art. 1192, comma 1°), e l'altra in base alla quale « il creditore che ha ricevuto il pagamento in buona fede può impugnarlo, salvo il diritto al risarcimento del danno » (art. 1192, comma 2°). Se in tale modo si sono chiuse le controversie più gravi che esistevano nella

(58) PIOLA CASELLI, voce « Pagamento », in *Il digesto italiano*, XVIII, I, cit., p. 34; ALLARA, *La prestazione in luogo di adempimento*, in *Annali Palermo*, XIII (1927), p. 245; CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, cit., p. 366 s.; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 434; GIORGIANNI, voce « Pagamento », in *Nuovo dig. it.*, IX, cit., p. 417.

(59) Cfr. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VI, cit., n. 252, p. 332; PIOLA CASELLI, voce « Pagamento », in *Il digesto italiano*, XVIII, I, cit., p. 34; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Delle obbligazioni*, II, cit., n. 1417, p. 527.

passata dottrina, sono rimasti, però, ancora aperti numerosi altri problemi ⁽⁶⁰⁾.

7. Il più grave riguarda la natura dell'impugnativa. In dottrina si è sostenuto che si tratta di un'azione di annullamento ⁽⁶¹⁾ oppure di un'azione diretta a fare dichiarare l'irregolarità dell'adempimento e perciò la sua irrilevanza ai fini della liberazione del debitore ⁽⁶²⁾; ma queste tesi non convincono. La seconda riduce l'impugnativa ad una azione di accertamento dell'inefficacia del pagamento con cose altrui, ma se così fosse, essa dovrebbe essere concessa anche quando il creditore è di mala fede oppure il debitore non offre di sostituire le cose prestate con altre di sua proprietà.

Anche la prima tesi va incontro a serie obiezioni. Infatti:

a) nell'ipotesi in cui il pagamento ha funzione traslativa e quindi natura negoziale, essa poteva valere semmai sotto il codice abrogato in conformità ai principi in tema di atto di disposizione di cosa altrui, che era ritenuto annullabile argomentando dall'art. 1459 dettato per la vendita di cosa altrui ⁽⁶³⁾. Viceversa nell'attuale ordinamento che prevede la validità della vendita di cosa altrui, non si può considerare annullabile il pagamento con cose altrui per la decisiva considerazione che non sarebbe coerente, sul piano sistematico, sostenere che l'atto di disposizione di un diritto altrui è valido se compiuto nella forma della vendita e invalido se fatto nella forma del pagamento;

b) nell'ipotesi in cui l'adempimento ha natura di atto

⁽⁶⁰⁾ Questo saggio è limitato all'esame dei rapporti tra *solvens* e *accipiens*, mentre ne resta escluso lo studio dei rapporti tra proprietario e creditore e tra proprietario e debitore.

⁽⁶¹⁾ GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 46. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, Torino 1960, p. 483, sostiene che si tratta di « invalidità relativa ».

⁽⁶²⁾ NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 258.

⁽⁶³⁾ DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, III, cit., p. 316, « la nullità è qui semplicemente relativa, non assoluta: perocchè giammai essa può farsi valere dal venditore sia in via di azione sia in via di eccezione »).

giuridico in senso stretto, la teoria in esame sembra aderire alla concezione tradizionale che applica direttamente le norme del negozio all'atto giuridico, concezione questa tutt'altro che pacifica⁽⁶⁴⁾. Infatti, una parte della dottrina sostiene che la disciplina del negozio non può essere estesa all'atto giuridico⁽⁶⁵⁾; in una posizione intermedia si trova chi afferma la possibilità di un'estensione analogica; di diverso avviso è ancora chi, mentre non nega l'applicazione analogica ad alcuni atti giuridici in senso stretto delle regole negoziali, in quanto l'analogia risulti giustificata, nella specie « ritiene applicabile in linea di principio agli atti leciti le regole dettate dalla legge per l'atto illecito »⁽⁶⁶⁾. Di fronte a siffatta varietà di opinioni appare per lo meno discutibile muovere da impostazioni di carattere generale per risolvere il problema in esame. D'altra parte un simile procedimento neppure è metodologicamente corretto, non potendosi riferire ad atti, che hanno in comune un solo elemento negativo, cioè di non essere negozi, una disciplina aprioristicamente ricostruita, perché in tal modo si dimentica la discrezionalità con cui i singoli atti possono essere regolati. Viceversa occorre procedere dall'analisi dei testi di legge per ricavare, in relazione ad ogni atto, la sua tipica regolamentazione.

Se dunque l'impugnativa prevista dall'art. 1192 non è una domanda di annullamento nè una domanda di accertamento dell'inefficacia del pagamento, resta da chiarire quale sia la sua natura. Nessun particolare valore può essere attribuito al mutamento di terminologia rispetto al codice abrogato. L'art. 1240 considerava invalido il pagamento con cose altrui, in quanto per i compilatori tale regola era stata dettata con riferimento all'ipotesi di pagamento traslativo e quindi appariva naturale applicare

⁽⁶⁴⁾ Su questi problemi v., da ultimo, M. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova 1972.

⁽⁶⁵⁾ SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli 1956 (ristampa), p. 181 s. e voce « Atto giuridico », in *Enc. forense*, I, Milano 1958, p. 592 s.

⁽⁶⁶⁾ SANTORO-PASSARELLI, voce « Atto giuridico », in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, p. 211 s.

i principi dell'invalidità degli atti giuridici. Con l'art. 1192 il legislatore ha abbandonato la preconcepita idea che la disciplina del pagamento con cose altrui sia inscindibilmente legata alla figura del pagamento traslativo; ma nella formulazione della norma si è preoccupato non già di risolvere il problema della natura dell'azione concessa al debitore o al creditore, ma soltanto di stabilire entro quali limiti è attribuito a questi soggetti il potere di impugnare il pagamento eseguito con beni che non sono di proprietà del debitore.

Per risolvere il problema in esame sembra opportuna un'indagine che muova alla ricerca del significato in cui il termine « impugnativa » è adoperato nel linguaggio legislativo. Esso è usato in due accezioni: *a*) con riferimento ad atti negoziali (artt. 482, comma 1°; 526, comma 1°; 1349, comma 2°; 2113; 2652, n. 6) sta ad indicare la domanda di nullità o di annullamento; *b*) con riguardo al pagamento (art. 1191) designa la domanda di ripetizione ⁽⁶⁷⁾. Prendendo spunto da quest'ultimo dato si può sostenere che l'impugnativa del debitore (art. 1192, comma 1°) è un'azione di ripetizione condizionata all'offerta dell'esatto adempimento ⁽⁶⁸⁾. A favore di tale interpretazione militano due argomenti. L'art. 1240 cod. civ. abr., dal quale deriva l'art. 1192, prevedeva un'identica disciplina del pagamento con cose altrui e di quello eseguito dall'incapace. Il legislatore del '42 ha distinto le due ipotesi regolandole separatamente; ma il fatto che nell'art. 1191 e nell'art. 1192 usi la stessa locuzione « impugnativa » e che nella prima norma tale espressione indichi la domanda di restituzione, può essere un valido indice per affermare che uguale natura ha l'impugnativa di cui all'art. 1192, comma 1°. Ad ulteriore conferma di questa opinione si può invocare la seguente considerazione. Nelle ipotesi in cui la legge concede al de-

⁽⁶⁷⁾ Dottrina unanime: per tutti v. SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, cit., p. 39.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. Relazione al codice civile, n. 564; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 359 nota 20; BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., p. 131.

bitore di reagire contro l'inesatto adempimento (tale è quello eseguito con cose altrui), gli attribuisce l'azione di ripetizione (così è, ad esempio, nel caso di adempimento viziato da errore, perché il *solvens* ha effettuato una prestazione diversa da quella pattuita e nel caso di pagamento fatto nelle mani di un soggetto non legittimato a ricevere) ⁽⁶⁹⁾: lo si desume da un argomento *a contrariis* tratto dall'art. 1185, comma 2°. La norma prevede un'ipotesi di adempimento con errore del debitore circa la scadenza, che per ragioni pratiche viene tenuto fermo nonostante la presenza di questo vizio ⁽⁷⁰⁾: ebbene l'art. 1185, comma 2°, stabilisce che « il debitore non può *ripetere* ciò che ha pagato anticipatamente, anche se ignorava la presenza del termine ».

A questa tesi può essere obiettato di lasciare insoluta la questione della natura dell'impugnativa del creditore, la quale non può certo consistere in un'azione di restituzione. Come pare desumersi dal coordinamento del primo con il secondo comma dell'art. 1192, l'impugnativa del creditore dovrebbe essere identica a quella del debitore, sembrando scorretto sostenere che sotto la medesima formula la legge ricomprensca, nella stessa norma, regole diverse. L'obiezione può essere superata. Alla base dell'affermazione secondo cui l'art. 1192, comma 1°, contempla un'azione di ripetizione, sta l'idea che di fronte ad un inesatto adempimento la norma vuole ripristinare, in presenza di determinati presupposti, la situazione precedente l'atto di adempimento. Se questa osservazione è esatta, l'impugnativa contenuta nell'art. 1192, comma 2°, si configura come rifiuto dell'adempimento da parte del creditore. A favore di tale conclusione si rileva che il creditore, come ha il potere di rifiutare l'adempimento che ha per oggetto cose altrui al momento dell'offerta, così deve avere lo stesso potere anche dopo l'*acceptio*, qualora si accorga che il bene ricevuto non è di proprietà del *solvens*.

⁽⁶⁹⁾ NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, cit., p. 19 ss.; GIORGANI, *Natura del pagamento e vizi di volontà del solvens*, in *Foro pad.* 1962, I, 722.

⁽⁷⁰⁾ NATOLI, *op. ult. cit.*, p. 17 e 21 s.

Alla tesi qui prospettata potrebbe essere obiettato di valere solo per l'ipotesi in cui il pagamento è un atto giuridico. Per i casi di pagamento traslativo (negozi) si dovrebbe sostenere, invece, che l'espressione « impugnativa » viene usata, dall'art. 1192, nel significato che le è assegnato dalla dottrina tradizionale, la quale la configura come azione distinta da quella di nullità e di annullamento e caratterizzata dall'essere tesa a togliere efficacia ad un atto ⁽⁷¹⁾. L'obiezione non coglie nel segno, in quanto non indica l'effetto prodotto dal pagamento con cose altrui, che sarebbe rimosso dall'azione d'impugnativa. In realtà si potrebbe osservare che un siffatto adempimento genererebbe l'obbligo del *solvens* di procurare l'acquisto della proprietà all'*accipiens*, argomentando dal parallelo con la disciplina della vendita di cosa specifica altrui (art. 1478). Nei confronti di tale argomento è facile replicare che — a parte la difficoltà di interpretare l'art. 1192 sulla scia dell'art. 1478 per le evidenti diversità esistenti tra le due norme — l'impugnativa dell'art. 1192 non può essere rivolta contro l'obbligo di fare acquistare la proprietà delle cose, essendo un'azione indipendente dal fatto che il debitore abbia adempiuto una simile obbligazione. Si sarebbe allora tentati di modellare l'impugnativa sull'azione di risoluzione *ex art.* 1479 ⁽⁷²⁾, ma nemmeno questa opinione può essere sostenibile, non chiarendo la natura dell'impugnativa attribuita al debitore, la quale non può essere di certo una risoluzione del tipo di quella prevista dall'art. 1479 ⁽⁷³⁾.

8. L'art. 1192 non detta la disciplina dell'impugnativa del pagamento con cose altrui. Per la sua complessità l'argomento

⁽⁷¹⁾ N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*³, Milano 1924, p. 344 s.; CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico*², Napoli (s.d.), p. 368 s.

⁽⁷²⁾ In questo senso pare orientato BIANCA, *La vendita*, cit., p. 651.

⁽⁷³⁾ A questo punto potrebbe sorgere il problema se il pagamento con cose altrui estingua l'obbligazione, qualora non sussistano le condizioni per l'impugnativa. Il problema è puramente teorico, essendo rilevante invece un'altra questione, se il creditore evitto possa agire nei confronti del *solvens*, questione che sarà trattata più avanti.

deve essere trattato esaminando separatamente la posizione del debitore e quella del creditore ⁽⁷⁴⁾.

(74) È tuttora controverso il problema se il creditore possa impugnare il pagamento con cose altrui, qualora ne sia divenuto proprietario per effetto delle regole sugli acquisti « a non domino » (identico problema si pone in relazione all'art. 1479). Per il diritto romano classico « quando il debitore pagava con una cosa altrui, l'obbligazione si estingueva dal momento in cui essa cosa non poteva essere più tolta al creditore perchè l'aveva usucapita o perchè l'aveva consumata in buona fede... Quel che contava è che fosse stato soddisfatto definitivamente l'interesse di lui » (BRANCA, voce « Adempimento (Diritto romano e intermedio) », in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, p. 550). Questa soluzione, accolta anche da POTHIER (*Traité des obligations*, n. 540, in *Oeuvres*, II, cit., p. 286), viene messa in dubbio all'indomani della promulgazione del *code* (MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du code Napoléon*, IV, cit., n. 683, p. 543; DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, XIII, cit., n. 94 s., p. 255 s.; MOURLON, *Répétitions écrites sur le code civil*, II, cit., n. 1324, p. 697; LAURENT, *Principes de droit civil*, XVII, cit., n. 496, p. 488 ss.; COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de code civil*, VI, cit., p. 314; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Delle obbligazioni*, II, cit., n. 1412, p. 523 ss.). Si è sostenuto, infatti, che non può essere negato al creditore il potere di fare valere la nullità del pagamento quando fosse divenuto proprietario della cosa prestata in virtù del principio « possesso vale titolo », in quanto può ripugnare alla sua coscienza essere consapevole di acquistare la proprietà di un bene altrui, approfittando di una disposizione dura come quella prevista nell'art. 2279 cod. Nap. L'*accipiens* ha diritto di godere tranquillamente il bene comperato senza doversene fare un caso di coscienza, e pertanto è opportuno lasciarlo arbitro di scegliere, secondo le proprie convinzioni, il comportamento da tenere in siffatte circostanze (MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du code Napoléon*, IV, cit., n. 683, p. 543). A tal fine sono diretti gli artt. 2220 e 2221 cod. Nap., per i quali « soltanto a colui, in favore del quale si è compiuta la prescrizione, spetta decidere se veramente ha il diritto di opporla. Egli solo può giudicare se, facendo valere questa eccezione, non commetterebbe veramente una spogliazione della proprietà » (BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Delle obbligazioni*, II, cit., n. 1412, p. 523). Ma la critica della tesi tradizionale non è sembrata decisiva. Si è obiettato che il richiamo agli artt. 2220 e 2221 implica adesione alla concezione, inaccettabile anche per il diritto francese, che costruisce la regola « possesso vale titolo » non come modo di acquisto della proprietà, ma come eccezione contro l'azione di rivendicazione. Quanto all'altro ordine di rilievi, pur apprezzando la giusta preoccupazione di controllare le conseguenze di una teoria sul piano etico-sociale, si è osservato come spesso il legislatore di fronte alla scelta tra una soluzione prevalentemente ispirata a principi morali ed un'altra maggiormente aderente alle necessità della pratica, abbia preso posizione per quest'ultima. Ciò è avvenuto in tema di circolazione di beni mobili, dove l'urgenza della tutela della stabilità, sicurezza e rapidità degli scambi e del commercio è prevalsa sull'interesse del titolare del diritto. Per affermare, quindi, che il creditore divenuto proprietario ex art. 2279 cod. Nap. può ugualmente fare dichiarare la nullità del pagamento, si dovrebbe dimostrare che in questa particolare ipotesi il rispetto degli scrupoli morali o dell'interesse individuale dell'*accipiens* prevale sull'interesse collettivo

La relazione giustifica la regola contenuta nel primo comma dell'art. 1192 con il rilievo — già avanzato dagli scrittori sotto

che sta a fondamento dell'art. 2279. Ma gli autori d'oltralpe non hanno approfondito in questa direzione la loro indagine.

Su una posizione di incertezza analoga a quella della dottrina francese si trovano i nostri scrittori sotto il codice abrogato (ammettono l'impugnativa del creditore di buona fede BORSARI, *Commentario del codice civile*, III, 2, cit., p. 619; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, VII, cit., n. 109, p. 136 ss.; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, IV, cit., n. 114, p. 535; CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, cit., p. 367 nota 6; GIUSIANA, voce « Pagamento », in *Dizionario pratico del diritto privato*, V, 1, cit., p. 39; ma contro RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VI, cit., n. 252, p. 332; PIOLA CASELLI, voce « Pagamento », in *Il digesto italiano*, XVIII, 1, cit., p. 33; ORLANDO CASCIO, *Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*, Milano 1938, p. 103).

Il codice del '42, pur avendo mutato la disciplina del pagamento con cose altrui contenuta negli artt. 1238 cod. Nap. e 1240 cod. civ. abr. e pur essendosi distaccato dalle linee direttive del *code*, non ha portato nuovi elementi atti a risolvere il problema. Dai lavori preparatori non si ricava un sicuro orientamento. Sebbene i compilatori fossero al corrente delle perplessità che in parte della dottrina aveva suscitato l'opinione tradizionale, non hanno tuttavia preso posizione nè a favore nè contro. Si legge nella relazione che « in qualche caso, per quanto di buona fede, il creditore può non avere interesse all'impugnazione: così è quando l'effetto traslativo del pagamento si verifica comunque in virtù del principio 'possesso vale titolo' » (Relazione al libro delle obbligazioni, cit., p. 33). L'espressione del relatore è ambigua, perchè può significare, anzitutto, che l'impugnativa presuppone l'esistenza di un interesse a farla valere, « interesse che si ha quando occorre prevenire la molestia e l'evizione del terzo spogliato della cosa sua, e che non esiste invece, quando il creditore è al riparo dall'azione di costui, per effetto della tutela che la legge gli accorda a norma dell'art. 1153 » (PAVONE LA ROSA, *Se l'acquirente di buona fede di un bene mobile abbia diritto alla garanzia per evizione*, in *Riv. dir. comm.* 1949, II, 328). Ma può volere dire anche un'altra cosa: dipende dal concreto interesse dell'*accipiens*, divenuto proprietario del bene avuto in pagamento in base alle regole sugli acquisti « a non domino », valutare l'opportunità circa l'esercizio dell'impugnativa (ad esempio, il creditore si orienterà in senso positivo, qualora desideri sottrarsi ai fastidi che gli potrebbe procurare una eventuale rivendicazione del *dominus*).

Se dai lavori preparatori si passa all'analisi dell'art. 1192, non si fa alcun passo innanzi nella soluzione del problema. Chi infatti ritiene che l'art. 1192, comma 2°, vada interpretato « nel senso che il diritto d'impugnativa del creditore di buona fede esiste soltanto quando egli, nonostante la sua buona fede, non ha conseguito la proprietà del bene oggetto del pagamento » (PAVONE LA ROSA, *op. cit.*, in *Riv. dir. comm.* 1949, II, 327 s.; conf. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 327), attribuisce alla disposizione un significato che non traspare univocamente dal suo contesto letterale, potendosi da esso trarre l'opposta e contraria proposizione: il potere di impugnativa è concesso al creditore di buona fede, abbia o non abbia acquistato la titolarità del diritto *ex art.* 1153, proprio perchè egli voleva acquistare la proprietà dal debitore ed evitare così le molestie del giudizio di rivendicazione promosso dal *dominus* (GRECO

il codice abrogato — che il debitore « non può impugnare il pagamento fatto con cose altrui, perché è tenuto a garantire il creditore per ciò che ha consegnato. Ma se egli offre una nuova prestazione idonea, attua la garanzia dovuta, non vi è più ragione allora per impedirgli di chiedere la restituzione della cosa consegnata, e di ovviare così alla sua responsabilità verso il proprietario della cosa » (75). Nè si rende necessario distinguere — nota ancora il relatore — « tra caso in cui il debitore sia di buona fede, per il già indicato motivo che, con la nuova prestazione, il creditore riceve egualmente il suo, e non può avere interesse ad opporre la mala fede del solvente » (76).

e COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 136). Nè a favore di quest'ultima opinione può essere addotto un argomento tratto dal raffronto tra il primo e il secondo comma dell'art. 1192. Il debitore sembra legittimato ad impugnare l'adempimento anche quando la controparte può invocare le disposizioni sugli acquisti « a non domino », giacchè egli, offrendosi di sostituire le cose altrui consegnate con cose di cui può disporre, assicura il completo soddisfacimento del risultato atteso dal creditore (GIORGIANI, *Lezioni di diritto civile*, cit., p. 31 s. e voce « Pagamento (diritto civile) », in *Novissimo dig. it.*, XII, cit., p. 324). Qualora questi rifiutasse la sostituzione richiamandosi al principio « possesso vale titolo », si comporterebbe in modo scorretto, perchè esporrebbe il debitore al pericolo dell'azione di responsabilità del *dominus*. Se, dunque, al debitore è permesso di impugnare il pagamento pure nell'ipotesi in cui il creditore ha acquistato la proprietà ex art. 1153, uguale potere deve essere riconosciuto all'*accipiens*, che sia divenuto titolare del bene sulla base di quella norma. Un simile ragionamento muove dalla premessa indimostrata che il *solvens* possa impugnare l'adempimento nel caso di acquisto del diritto ex art. 1153 da parte del creditore. Viceversa anche tale questione presuppone risolto in via pregiudiziale il più generale problema, se per il vigente ordinamento l'interesse del creditore si realizza attraverso l'acquisto della proprietà a titolo derivativo (cioè procuratogli dal comportamento del debitore) oppure possa essere soddisfatto con un acquisto a titolo originario (ossia indipendente dalla condotta del debitore).

Questa impostazione del problema circa i rapporti tra l'art. 1192 e le regole sugli acquisti « a non domino » permette di comprendere la posizione assunta dalla dottrina sotto il codice del 1942. Anche ad un esame sommario non può sfuggire lo stato di disagio in cui essa si trova, perchè la mancanza di sicuri dati di diritto positivo la porta ad attribuire peso decisivo a rilievi che si presentano come espressioni di una preferenza dell'interprete per una determinata soluzione. La tendenza più recente è nel senso di concedere al creditore il potere di impugnativa: cfr. GRECO e COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 133 ss.; GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, in *Trattato di diritto civile* diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Torino 1972, p. 74 e nota 12; BIANCA, *La vendita*, cit., p. 659 ss.

(75) Relazione al codice civile, n. 564.

(76) Ancora dalla relazione al codice civile.

Se dunque è pacifica la *ratio* dell'art. 1192, comma 1°, controverse sono le modalità di esercizio dell'impugnativa del debitore. La dottrina concorda solo su due punti, cioè sul fatto che a) l'impugnativa può essere proposta quando le cose conservano la loro individualità presso il creditore; b) il debitore può offrire anche cose di qualità diversa rispetto a quelle già prestate, purché non inferiore alla media (art. 1178 cod. civ.) (77). Di conseguenza restano insolute le questioni più delicate.

Anzitutto il debitore non può impugnare il pagamento — e il creditore avrebbe il diritto di opporsi — quando è diventato proprietario (per successione *mortis causa*, per contratto ecc.) delle cose prestate in un momento successivo all'adempimento (78). Da un lato è venuto meno l'interesse del *solvens* a recuperare le cose consegnate al creditore per restituirle al loro proprietario e così sottrarsi all'azione di responsabilità; dall'altro nemmeno al creditore conviene rendere le cose ricevute, non avendo più ragione di temere l'evizione (79). Questi rilievi inducono a ritenere che anche rispetto all'art. 1192 operi una regola identica a quella dell'art. 1478, comma 2°, per la quale « il compratore diviene proprietario nel momento in cui il venditore acquista la proprietà dal titolare » (80).

È discusso se l'impugnativa *ex art.* 1192, comma 1°, possa essere proposta nel caso di consumazione, vendita, donazione della

(77) Contro BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Delle obbligazioni*, II, cit., n. 1418, p. 527, secondo il quale il debitore è tenuto a consegnare un'altra cosa « esattamente equivalente ».

(78) Il principio si trova espresso già in POTHIER, *Traité des obligations*, n. 540, in *Oeuvres*, II, cit., p. 286. Cfr. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, VII, cit., n. 109, p. 136; LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, IV, cit., p. 82.

(79) Neppure il creditore di buona fede può impugnare l'adempimento con cose altrui, se nel tempo successivo alla consegna il debitore è divenuto proprietario della cosa: « il debitore, una volta che la cosa gli venisse restituita, potrebbe obbligarlo a riceverla di nuovo in pagamento » (BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Delle obbligazioni*, II, cit., n. 1411, p. 522; conf. DURANTON, *Cours de droit civil*, VII, cit., n. 32, p. 18; DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, XIII, cit., n. 93, p. 255; PIOLA CASELLI, voce « Pagamento », in *Il digesto italiano*, XVIII, 1, cit., p. 32).

(80) Questa soluzione trova una puntuale conferma sul piano storico-comparatistico: cfr. F. RANIERI, *Alienatio convalescit*, Milano 1974.

cosa da parte del creditore. Il problema era espressamente previsto — per l'ipotesi di consumazione — dall'art. 1240, comma 2°, cod. civ. abr.: « non si può ripetere il pagamento di una somma di denaro o di cosa che si consuma con l'uso dal creditore che l'ha consumata in buona fede, sebbene il pagamento sia stato fatto da chi non ne era proprietario o non aveva la capacità di alienarla » (81), ma si trattava di norma di così ardua interpretazione da lasciare non poche incertezze nella sua applicazione (82). In primo luogo era discusso se l'art. 1240, comma 2°, si riferisse solo al *solvens* (83) oppure anche al proprietario (84). Stando al tenore letterale della disposizione, si propendeva per la prima soluzione: siccome l'art. 1240, comma 2°, disponeva: « non si può ripetere ecc. », se ne deduceva che la norma riguardava il debitore e non il *dominus*, perché questi non può agire contro il terzo in ripetizione (85). Ma una simile opinione presentava l'in-

(81) Riproducendo la stessa regola dell'art. 1238, comma 2°, cod. Nap., l'art. 1240, comma 2°, cod. civ. abr. ha ricevuto la medesima interpretazione avanzata dalla dottrina francese.

(82) Neppure era pacifica la *ratio* della disposizione. I compilatori del codice Napoleone così la giustificavano: « l'exception est fondée sur la nécessité de protéger la bonne foi » (v. il *Rapport* di M. Jaubert, in LOCRÉ, *Legislation civile, commerciale et criminelle*, VI, cit., p. 207). La dottrina successiva propose le più diverse interpretazioni: sul punto v. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVII, cit., n. 500, p. 492 ss.; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Delle obbligazioni*, II, cit., n. 1419, p. 528; RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VI, cit., n. 252, p. 333; PIOLA CASELLI, voce « Pagamento », in *Il digesto italiano*, XVIII, 1, cit., p. 35.

(83) In questo senso BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Delle obbligazioni*, II, cit., n. 1419, p. 528; conf. CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, cit., p. 369; GIORGIANNI, voce « Pagamento », in *Nuovo dig. it.*, IX, cit., p. 417. Secondo la tesi esposta nel testo, « l'art. 1240 prende in considerazione la consumazione operata in buona fede, soltanto ai fini di negare l'azione di ripetizione al *solvens* (non proprietario); cioè, la prende in considerazione soltanto rispetto ai rapporti interni (rapporti tra *solvens* e *accipiens*), non rispetto ai rapporti col proprietario. Posto ciò, è chiaro che l'*accipiens*, essendo obbligato a dare l'equivalente al proprietario, ha interesse ad impugnare il pagamento, che non l'ha reso proprietario definitivamente, per potere chiedere, quindi, cose che appartengono al *solvens*, come tali capaci di entrare nel suo patrimonio, senza che sorga a carico di lui obbligazione di sorta » (CARIOTA-FERRARA, *op. loc. cit.*).

(84) LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, IV, cit., p. 83.

(85) Cfr. LAURENT, *Principes des droit civil*, XVII, cit., n. 504, p. 496 s.

conveniente di basarsi su un debole argomento letterale, non essendo sicuro che l'espressione « ripetere » fosse usata in senso tecnico, nè teneva in considerazione l'origine storica dell'art. 1240, comma 2°. La norma derivava dall'art. 1238, comma 2°, cod. Nap., il quale a sua volta riproduceva una regola di Pothier: « la consommation qu'en fait de bonne foi le créancier, valide le payement qu'en est fait. La raison est que le consommation qu'il faite de bonne foi... équipolle à la traslation de la propriété de cette chose »⁽⁸⁶⁾, e quindi mette il creditore al riparo sia dalla ripetizione del *solvens*, sia dall'azione di responsabilità del *dominus*. Una volta ammesso che il proprietario non poteva agire contro il creditore che in buona fede avesse consumato la cosa ricevuta, si constatava che tale regola aveva un campo di applicazione limitato alle ipotesi in cui il creditore non era tutelato dal principio « possesso vale titolo », in particolare quando il creditore fosse in mala fede o colpa grave al momento dell'acquisto del possesso e in buona fede al tempo della consumazione, oppure quando avesse ricevuto una cosa proveniente da furto o smarrimento (art. 708 cod. civ. abr.)⁽⁸⁷⁾.

L'altro aspetto dibattuto dell'art. 1240, comma 2°, riguardava il problema se esso si riferisse soltanto alla consumazione⁽⁸⁸⁾ oppure potesse essere esteso anche alle ipotesi di vendita e donazione⁽⁸⁹⁾: l'interpretazione restrittiva, sebbene apparisse aderente al testo legislativo e trovasse conferma nell'origine storica della norma, determinava una ingiustificata disparità di tratta-

(86) *Traité des obligations*, n. 497, in *Oeuvres*, II, cit., p. 272.

(87) Infatti, per l'art. 708 cod. civ. abr. « colui che ha smarrita la cosa o che ne fu derubato, può ripeterla da quello presso cui la trova, salvo a questo il regresso per indennità contro colui dal quale l'ha ricevuta ».

(88) Era inoltre incerto lo stesso concetto di consumazione: per le diverse opinioni cfr. DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, XIII, cit., n. 107, p. 260 ss.; DURANTON, *Cours de droit civil*, VII, cit., n. 33, p. 18 ss.; LAURENT, *Principes de droit civil*, XVII, cit., n. 502, p. 494 s.; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, VII, cit., n. 116, p. 145 ss.

(89) Cfr. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, VII, cit., n. 119, p. 147 s.

mento tra chi consuma la cosa e chi compie un diverso atto di disposizione.

Di fronte a questo stato della dottrina era naturale che i compilatori del codice del '42 si preoccupassero di modificare anche la regola dell'art. 1240, comma 2°, ritenuta « per alcuni lati troppo imprecisa e per altri troppo ristretta »⁽⁹⁰⁾. Ma l'art. 88, comma 3°, del progetto preliminare⁽⁹¹⁾ fu formulato in modo tale da non eliminare completamente le difficoltà suscitate dall'art. 1240, comma 2°, sicchè nella redazione del testo definitivo del codice si preferì non introdurre alcuna disposizione che regolasse l'ipotesi di vendita, donazione, consumazione della cosa da parte del creditore.

Secondo una recente opinione, con l'offerta di una prestazione regolare da parte del *solvens* il creditore trattiene senza causa le cose altrui ricevute in precedenza, sicchè « l'ipotesi sembra inserirsi *de plano* nelle linee fondamentali della fattispecie solutoria ripetibile »⁽⁹²⁾. Di conseguenza il problema qui in discussione dovrebbe essere risolto mediante il ricorso agli artt. 2037 e 2038. La tesi esposta muove dalla premessa che tutte le azioni di restituzione siano soggette agli artt. 2033 ss., in quanto fin dal diritto romano si sarebbe verificata una sostanziale unificazione delle diverse *condictiones*⁽⁹³⁾. Ma una simile premessa non sembra del tutto esatta: ad esempio, l'azione di restituzione collegata alla risoluzione del contratto non ha natura di ripetizione di indebito, perché, se così fosse, nei confronti del terzo acquirente a titolo gratuito il principio della inopponibilità della risoluzione stabilito dall'art. 1458 sarebbe limitato dall'azione di arricchimento.

(90) Relazione al progetto del libro delle obbligazioni, cit., p. 45.

(91) « Anche quando il creditore, nonostante la sua buona fede, non acquista la proprietà delle cose di cui avrebbe dovuto diventare proprietario all'atto del pagamento, egli non può essere tenuto a restituirle o a rimborsare l'equivalente al proprietario, se pure in buona fede le ha alienate o consumate ».

(92) BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., p. 131.

(93) BRECCIA, *op. cit.*, p. 9.

mento *ex art.* 2038 ⁽⁹⁴⁾. La verità è che rispetto ad ogni azione di restituzione deve essere accertato se essa rientri nell'ambito della previsione degli artt. 2033 ss. Pertanto, pur ammettendo che l'impugnativa dell'art. 1192, comma 1°, è un'azione di restituzione, deve essere sottolineato che scopo di tale azione è di permettere al *solvens* di riprendere la cosa prestata per restituirla al *dominus*: ne consegue che essa non può essere utilmente esercitata, quando il debitore non è in grado di recuperare il bene presso il creditore.

In realtà, la questione se il debitore possa impugnare il pagamento quando il creditore ha consumato o venduto le cose ricevute, va impostata diversamente. Al riguardo si osserva che il debitore può « impugnare il pagamento » per chiedere al creditore, dietro offerta dell'esatto adempimento, la restituzione delle cose prestate, quando queste si trovano ancora presso di lui, non importando questa operazione alcun mutamento di carattere patrimoniale. Ma non può pretendere che l'*accipiens* paghi il valore dei beni consumati o alienati per ottenerne altri del medesimo *genus*, dal momento che costui disponendo delle cose ricevute, le ha già utilizzate secondo le proprie necessità ed esigenze e quindi non ha un concreto interesse ad una nuova uguale prestazione. A ciò si aggiunga che il creditore, per pagare il valore dei beni o per restituire il *tantundem*, dovrebbe subire una modificazione nella sua sfera economica che può non volere e che, oltretutto, potrebbe essere sopportata con sacrifici. La soluzione qui accolta appare, da ultimo, coerente con la *ratio* del primo comma dell'art. 1192: se l'impugnativa è concessa al debitore al fine di recuperare il bene prestato e tenerlo pronto per renderlo al *dominus* che agisce in rivendicazione, essa non ha ragione di

(94) MENGONI, *Note sulla trascrizione delle impugnative negoziali*, in *Riv. dir. proc.* 1969, 369 nota 22; cfr. anche, con riguardo all'art. 1463, MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, Milano 1962, p. 30 ed, in relazione alle azioni di restituzione connesse alla nullità del contratto, G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova 1947, p. 69.

essere esercitata, qualora il *solvens* non possa riacquistarne la disponibilità materiale ⁽⁹⁵⁾.

9. Il creditore ha il potere di rifiutare la prestazione che ha per oggetto cose di cui il debitore non è legittimato a disporre; ma se l'accetta in mala fede non può impugnare il pagamento (arg. ex art. 1192, comma 2°) ⁽⁹⁶⁾. In tal modo egli è esposto al pericolo di rivendicazione o di risarcimento del danno da parte del *dominus*, senza che gli sia concesso di porre fine a siffatta situazione di incertezza ⁽⁹⁷⁾.

Dall'art. 1192, comma 2°, non risulta se (e in quale misura) sia tutelato il creditore cui è nota l'alienità della cosa, quando viene evitto oppure quando ha risarcito il danno al proprietario come nell'ipotesi di consumazione. La norma si limita a statuire che il creditore di buona fede ha il potere di impugnare il pagamento e di chiedere la riparazione del pregiudizio sofferto per non essere stato esattamente soddisfatto, e quindi non può essere utilizzata ai fini del problema riguardante la posizione del creditore

⁽⁹⁵⁾ Nessun particolare problema suscita il primo comma dell'art. 1192, quando si applica ad obbligazioni nascenti da contratti che non hanno come scopo di fare acquistare la proprietà del bene al creditore.

⁽⁹⁶⁾ L'art. 88, comma 2°, del progetto preliminare del libro delle obbligazioni accordava al creditore il potere di impugnare il pagamento con cose altrui anche in caso di mala fede, mentre subordinava alla sua buona fede soltanto il diritto al risarcimento del danno. Questa disposizione non fu accolta nel testo definitivo del codice del '42, essendosi preferito codificare l'opinione dominante sotto l'impero dell'art. 1240 cod. civ. abr.

⁽⁹⁷⁾ Al quesito se il creditore di mala fede possa chiedere la risoluzione del contratto ove ne ricorrano i presupposti, va data risposta negativa. Infatti, solo con l'impugnazione del pagamento si determina la situazione di inesecuzione del contratto e quindi solo da quel momento sorge il potere di chiedere la risoluzione (un accenno in NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 257). A questa conclusione si potrebbe obiettare che essa crea una disparità di trattamento tra l'ipotesi qui considerata e quella della vendita di cosa specifica altrui, rispetto alla quale il compratore di mala fede può sempre agire in risoluzione, qualora il venditore non gli abbia procurato la proprietà della cosa. Il rilievo non è decisivo, anzitutto perchè « la vendita di cosa di genere è estranea alla nozione di vendita di cosa altrui » (BIANCA, *La vendita*, cit., p. 650). In secondo luogo la consapevolezza del creditore dell'altruità della cosa ricevuta in pagamento costituisce acquiescenza all'inesatto adempimento con conseguente perdita dei rimedi predisposti al riguardo.

di mala fede, evitto o soccombente nel giudizio di responsabilità promosso dal *dominus*. Bisogna esaminare separatamente il caso dell'evizione da quello in cui il creditore abbia risarcito il danno al terzo.

Nel primo caso la soluzione del problema deve essere ricercata muovendo dalle singole ipotesi in cui si applica l'art. 1192. Nei contratti traslativi di cose generiche il creditore può ricorrere, al verificarsi dell'evizione, ai rimedi previsti dall'art. 1483 cod. civ., essendo ormai incontestato che le disposizioni sulla vendita si estendono — in quanto compatibili — alla categoria dei negozi onerosi traslativi ⁽⁹⁸⁾. Pertanto il creditore può chiedere la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno nei limiti dell'art. 1479. Può anche pretendere un nuovo esatto adempimento, in quanto l'atto traslativo riguarda cose generiche. Ciò non può essere messo in dubbio malgrado la mancanza di espliciti riferimenti testuali nella disciplina dell'evizione. Il silenzio del legislatore in argomento non è decisivo, perché riflette — come si è già osservato — « un certo schema della vendita, quale ci viene tramandato dalla lunga elaborazione storica di questo contratto, e cioè quello della vendita di cose specifiche. In questo tipo di compravendita, una volta effettuato il trasferimento della cosa, non è possibile un nuovo adempimento, cosicchè gli unici rimedi idonei a tutelare l'interesse dell'acquirente potrebbero essere costituiti dalla risoluzione del contratto » ⁽⁹⁹⁾. Ma nella vendita di cose generiche il debitore può compiere una nuova prestazione con cose della medesima specie, e allora non c'è più ragione di fermarsi alla constatazione che l'art. 1483 non prevede l'azione di esatto adempimento, presupponendo questa norma un

⁽⁹⁸⁾ GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 49, e voce « Causa (dir. priv.) », in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960, p. 565; E. RUSSO, *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*, Milano 1965, p. 276 s. Questo autore nota, inoltre, che « la teoria generale dei contratti, tutto sommato, è, nel nostro codice, la teoria generale dei contratti obbligatori » (p. 277).

⁽⁹⁹⁾ GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 56. Il § 480 BGB e l'art. 206 del codice svizzero delle obbligazioni accordano al compratore di cose generiche il potere di pretendere l'esatto adempimento.

tipo di vendita diverso da quello qui considerato. Oltretutto la richiesta dell'esatta prestazione risponde, per un verso, ad un apprezzabile interesse del creditore, e, per l'altro, si manifesta di evidente utilità anche per il debitore, molto spesso più favorevole ad effettuare un nuovo pagamento, che dovere subire le conseguenze della risoluzione.

Mentre il problema della tutela del creditore evitto può essere agevolmente risolto, nei contratti traslativi, con il ricorso alle norme sulla vendita, esso sembra presentare maggiore complessità, quando viene posto in relazione alle altre ipotesi in cui l'art. 1192 trova applicazione (ad esempio, ai pagamenti in natura). A mio avviso, anche rispetto a queste ipotesi si deve concludere che il creditore evitto può rivalersi sul debitore del danno subito, perché la contraria opinione contrasterebbe con i principi, determinando una inammissibile frattura nel sistema. Da numerose norme del codice (cfr. artt. 797, comma 2°; 1197, comma 2°; 1553; 2254, comma 1°; 2921) risulta che il pregiudizio per la mancata realizzazione dell'effetto reale non è a carico dell'acquirente — e ciò indipendentemente dal suo stato soggettivo di buona o mala fede — ma si trasferisce sull'alienante; dal che si trae argomento per affermare che questa è una regola generale dell'ordinamento. L'osservazione è ulteriormente confermata se si confronta, ad esempio, la situazione del creditore cui viene consegnato un bene altrui in esecuzione della vendita con la situazione del lavoratore che è soddisfatto con cose altrui (art. 2099, ult. comma, cod. civ.). Qualora si sostenesse che nel primo caso il creditore evitto è tutelato nei confronti del debitore, mentre nel secondo caso il danneggiato deve subire l'evizione senza potere chiedere un nuovo adempimento, si perverrebbe ad una soluzione inammissibile sul piano sistematico. Le due ipotesi esigono una eguale disciplina, dal momento che esse presentano una stessa nota caratteristica: il creditore non è stato sostanzialmente soddisfatto, perché con l'evizione il pagamento è

venuto meno alla funzione di realizzare l'interesse del destinatario.

Queste considerazioni suggeriscono la conclusione, che anche nei casi in esame il creditore evitto ha il potere di pretendere un nuovo adempimento. Nè vale obiettare che tale soluzione sarebbe in contrasto con l'art. 1192, comma 2°, il quale nega l'impugnativa al creditore di mala fede ⁽¹⁰⁰⁾. La norma va rettamente interpretata nel senso che l'*accipiens* di mala fede non può impugnare il pagamento prima dell'evizione, ma non si occupa della diversa questione, se possa agire contro il debitore una volta privato della disponibilità materiale della cosa ⁽¹⁰¹⁾.

Si deve passare all'esame dell'altro problema relativo alla posizione del creditore che, avendo consumato le cose altrui ricevute in pagamento, è condannato a risarcire il danno al proprietario. Con la consumazione le cose sono state utilizzate secondo la loro naturale destinazione e quindi l'adempimento sembrerebbe avere raggiunto il suo scopo con il soddisfacimento del risultato pratico perseguito dal creditore. Senonchè non bisogna dimenticare che si è verificato uno squilibrio nei rapporti tra *solvens* e *accipiens*, perché quest'ultimo, pagando al *dominus* il valore dei beni, oltre al risarcimento del danno ulteriore, si vede venire meno i vantaggi economici che la prestazione gli avrebbe dovuto arrecare. Esigenze di coerenza interna del sistema inducono a ritenere che il danno subito dal creditore si trasferisca sul debitore: se il creditore è adeguatamente tutelato in caso di evizione avvenuta prima della confusione o della consumazione, lo deve essere anche quando è obbligato a corrispondere al proprietario il valore o il *tantundem* a causa dell'avvenuta consumazione.

Per addossare al debitore il danno subito in conseguenza

⁽¹⁰⁰⁾ Questa obiezione sembra trovare un punto d'appoggio nella relazione al codice civile, n. 564.

⁽¹⁰¹⁾ Esattamente si è osservato che la mala fede del creditore « esclude il potere di impugnazione dell'atto solutorio, ma non implica definitiva estinzione dell'obbligo se si constati *ex post* che il diritto del creditore non si è in alcun modo realizzato » (NICOLÒ, voce « Adempimento (diritto civile) », in *Enc. dir.*, I, cit., p. 559 s.).

dell'azione del *dominus* il creditore può ricorrere a diversi rimedi, che variano a seconda delle diverse fattispecie in cui è chiamato ad operare l'art. 1192 e che sono identici a quelli cui avrebbe potuto rifarsi in caso di evizione, data l'evidente analogia tra quest'ultimo caso e quello qui considerato: per esempio, nei contratti traslativi il creditore può chiedere la risoluzione.

La sola perplessità che sorge da una siffatta conclusione, può derivare dall'obiezione secondo cui il creditore, consumando in mala fede le cose altrui, compie un fatto illecito (violazione del diritto di proprietà) e pertanto deve sopportare le conseguenze del suo comportamento. Ma la critica è inconsistente, dal momento che il creditore è tenuto a risarcire al *dominus* l'intero danno da questi subito, mentre al debitore può chiedere soltanto il valore dei beni. Ad ulteriore conferma dell'esattezza di tale soluzione è ancora una volta di aiuto il parallelo con l'evizione. Una lesione del diritto reale da parte del creditore si ha sia quando costui si serve di un bene altrui ricevuto in pagamento, ad esempio inserendo una macchina utensile nella sua fabbrica (arg. ex art. 932 cod. civ.), sia quando consuma le cose altrui e la consumazione costituisce il modo normale di utilizzazione delle cose. Ebbene, poiché nel primo caso l'evizione gli permette di riversare sul debitore il danno subito entro i limiti dell'art. 1479, comma 2°, non si vede perché ciò non possa avvenire anche nell'ipotesi in esame.

10. Al creditore è attribuito il potere di impugnare il pagamento eseguito dal debitore con cose altrui soltanto se è in buona fede, cioè non conosce, al momento dell'adempimento, l'altruità delle cose offertegli. Ma il concetto di buona fede di cui all'art. 1192, comma 2°, non si esaurisce nella ignoranza di ricevere una prestazione fatta con beni che non sono del *solvens*. Può accadere, infatti, che questi sia proprietario delle cose al tempo del pagamento e successivamente ne perda la proprietà (ad esempio, perché il contratto con cui è diventato *dominus* di quei beni è stato annullato). In questo caso all'atto della *solutio* il

creditore è soddisfatto con beni del debitore e quindi l'oggetto della buona fede non può consistere nell'ignoranza della mancanza di titolarità del *solvens*. Esso va ricercato, invece, nell'ignoranza di determinati fatti o circostanze, preesistenti al pagamento, i quali possono far venire meno la legittimazione a disporre del debitore.

Dall'art. 1192, comma 2°, non si deduce se l'impugnativa spetti al creditore anche nell'ipotesi di buona fede dipendente da colpa grave. La questione va risolta, anzitutto, prendendo le mosse dal concetto di buona fede. Secondo la dottrina tradizionale la buona fede presuppone un errore del creditore, ma la scusabilità dell'errore (ossia la sua incolpevolezza) non appartiene all'essenza della buona fede ⁽¹⁰²⁾. « L'errore inescusabile non è meno errore dell'errore scusabile, e perciò in nessun caso la colpa grave può mettere in causa l'esistenza della buona fede. Ciò che viene messa in causa, in questa ipotesi, è la sufficienza della buona fede, valutata alla stregua dell'etica sociale propria d'un determinato ambiente: e questo, evidentemente, è un problema che non l'interprete, ma il legislatore può risolvere » ⁽¹⁰³⁾. Muovendo da tale impostazione si deve coerentemente concludere che la colpa grave non è di impedimento all'esercizio dell'impugnativa ⁽¹⁰⁴⁾, mancando nell'art. 1192 qualsiasi indice positivo circa la sua rilevanza ⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. BONFANTE, *Essenza della « bona fides » e suo rapporto con la teoria dell'errore*, in *Scritti giuridici*, II, Torino 1918, p. 832; SCAVO LOMBARDO, voce « Buona fede (dir. can.) », in *Enc. dir.*, V, Milano 1959, p. 668; GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso soggettivo nel diritto privato*, in *Riv. dir. comm.* 1965, I, 346.

⁽¹⁰³⁾ MENCONI, voce « Acquisto a non domino », in *Novissimo dig. it.*, I, 1, Torino (s.d.), p. 247, e *Gli acquisti « a non domino »*, cit., p. 339 nota 13.

⁽¹⁰⁴⁾ SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino 1949, p. 237: « la buona fede dell'art. 1192, comma 2°, si misura in concreto, e si appoggia al fatto dell'avvenuto pagamento ».

⁽¹⁰⁵⁾ Nè è possibile estendere all'art. 1192, comma 2°, la disposizione dell'art. 1147, comma 2°: « la buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave ». Non può essere, infatti, condivisa l'opinione, diffusa soprattutto in giurisprudenza, che considera il principio espresso nell'art. 1147 un precetto di carattere generale (cfr. Cass., 28 giugno 1963, n. 1753, in *Riv. dir. comm.* 1964, II, p. 139). In primo luogo non sono indicate le ragioni per cui questa norma debba essere estesa a

Questa soluzione appare esatta anche dal punto di vista dei recenti orientamenti che affrontano il problema della colpa basandosi sulla valutazione degli interessi che emergono dalla *ratio* delle singole norme. L'onere di accertare con diligenza e cura l'esistenza del diritto in capo al debitore implica lo svolgimento di un'indagine difficile, posto che essa riguarda la sfera giuridica altrui e soprattutto una circostanza di non facile individuazione. Per questo motivo non è sempre opportuno addossare ad un soggetto il compito di effettuare una siffatta indagine, ma occorre valutarne la convenienza in relazione alle singole situazioni concrete. Così, ad esempio, è giusto imporre all'acquirente l'onere di controllare l'esistenza del potere di disposizione dell'alienante nella fattispecie dell'art. 1153: trattandosi di giustificare l'acquisto del diritto *a non domino* e correlativamente la perdita da parte del terzo proprietario, appare necessario che il comportamento dell'acquirente non sia giudicato sfavorevolmente sotto il profilo etico-sociale. Diversamente si deve concludere a proposito dell'art. 1192, comma 2°, perché non merita tutela chi adempie senza informarsi se i beni gli appartengono. Nè può rilevare, a giustificazione del debitore, la sua buona fede: infatti, non è tanto il creditore che deve essere attento e diligente nell'accertare la legittimazione a disporre del debitore, bensì è il debitore che deve preoccuparsi di eseguire esattamente la prestazione dovuta. L'affidamento del creditore ad accettare il pagamento è riconducibile causalmente alla condotta del debitore e perciò si deve applicare a quest'ultimo il principio dell'agire a proprio rischio ⁽¹⁰⁶⁾.

tutti i casi di buona fede, data la incompatibilità logica tra colpa e buona fede. Non bisogna inoltre dimenticare le contraddizioni che l'indirizzo giurisprudenziale criticato porterebbe nel sistema (messe bene in luce da GIAMPICCOLO, *op. cit.*, in *Riv. dir. comm.* 1965, I, 352 nota 36: ad esempio nell'ambito dell'azione revocatoria « la *inscientia damni* del terzo destinatario dell'atto di disposizione del debitore dovrebbe ritenersi rilevante ancorchè oggettivamente inescusabile mentre la buona fede del terzo subacquirente verrebbe ad incontrare il limite della colpa grave. E questo è palesemente illogico: perchè non si vede come potrebbe chiedersi al terzo estraneo maggiore diligenza che al terzo direttamente partecipe del negozio impugnato per revocatoria »).

⁽¹⁰⁶⁾ Questi rilievi valgono a dimostrare l'irrilevanza della colpa grave anche nelle fattispecie di cui agli artt. 1479, 1481, 1489 cod. civ.: conf. SACCO, *La buona fede*,

L'art. 1192, comma 2°, è dunque ispirato al *favor* per il creditore, indicazione, questa, che consente di risolvere l'ulteriore problema, se nella fattispecie in esame la buona fede è presunta. Una volta dimostrato che l'art. 1147, comma 3°, non contiene un principio generale ⁽¹⁰⁷⁾ e constatato che la formula dell'art. 1192, comma 2°, è insignificante ai fini della distribuzione dell'onere della prova, occorre affrontare il problema ricorrendo ad un criterio interpretativo analogo a quello invocato a proposito della questione sulla rilevanza della colpa grave, fondandosi cioè sulla valutazione degli interessi in gioco. Un siffatto metodo, adottato nell'esame del sistema della norma protettiva della buona fede, ha condotto all'individuazione della direttiva secondo cui la buona fede è presunta se è rilevante indipendentemente dalla colpa grave; deve essere provata qualora sia richiesto il requisito della scusabilità. « In altre parole, quanto più rigoroso è il legislatore nell'esigere fatti concomitanti giustificativi della buona fede, tanto più è probabile che la mala fede si presuma » ⁽¹⁰⁸⁾. Sulla base di tale criterio si argomenta che nell'art. 1192, comma 2°, la buona fede è presunta: se la norma tutela la buona fede temeraria del creditore, ciò vuole dire che essa è orientata ad uno spiccato *favor creditoris*; il che induce a ritenere, in virtù della stessa logica politica, che egli è esonerato anche dalla prova della buona fede.

Con l'impugnativa il creditore può chiedere il risarcimento del danno (art. 1192, comma 2°) e, ove ne ricorrano i presupposti, anche la risoluzione del contratto. Non è altrettanto sicuro

cit., p. 234 s.; App. Firenze, 17 luglio 1963, in *Foro pad.* 1964, I, 1302 (specialmente c. 1307); contro Cass., 15 dicembre 1962, n. 3372, in *Foro it.* 1963, I, 1220.

⁽¹⁰⁷⁾ SACCO, *La presunzione di buona fede*, in *Riv. dir. civ.* 1959, I, 20 ss.; MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*, cit., p. 352 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ SACCO, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.* 1959, I, 282. Il criterio proposto dal Sacco non è accolto da GIAMPICCOLO, *op. cit.*, in *Riv. dir. comm.* 1965, I, 358, il quale scrive che, « se un principio si vuole stabilire in materia, esso non può essere se non quello che deriva da una normale applicazione dell'art. 2697 cod. civ.: sicchè la prova della buona fede dovrà, di regola, ritenersi a carico di chi tale fatto allega e intende trarne conseguenze favorevoli in giudizio ».

se sia legittimato ad esigere un nuovo adempimento. Una simile pretesa sembra esclusa dalla norma, giacchè questa, facendo esclusivo riferimento al risarcimento, parrebbe negare al creditore il diritto all'esatta prestazione; ma tale conclusione appare infondata come dimostrano, accanto alla tradizione storica (cfr. D. 46, 3, 94), rilievi di ordine esegetico e sistematico ed infine la considerazione degli interessi delle parti (¹⁰⁹).

Si è osservato in precedenza che il creditore evitto ha il potere di chiedere il risarcimento del danno oppure l'esatta prestazione. Tale alternativa non gli può essere negata nel caso di impugnativa del pagamento, dato che anche in questa circostanza può essere per lui utile ottenere un nuovo adempimento al posto della riparazione del pregiudizio subito. Tanto più che il legislatore, come ha ritenuto meritevole di tutela l'interesse del debitore a riavere la cosa prestata allo scopo di poterla consegnare al *dominus* e quindi sottrarsi all'azione di responsabilità di quest'ultimo (art. 1192, comma 1°), così non può avere disconosciuto l'interesse del creditore ad esigere una prestazione conforme all'oggetto dell'obbligazione, la sola che realizza compiutamente la sua aspettativa. Tra l'altro una siffatta pretesa non contrasta, nei contratti a prestazioni corrispettive, con le esigenze del *solvens*, il quale può preferire di essere invitato a pagare con cose proprie — e pertanto evitare la risoluzione — in modo da non perdere il diritto al corrispettivo. Ma c'è di più. Qualora il creditore fosse stato a conoscenza dell'alienità della cosa al tempo del pagamento, avrebbe potuto rifiutare una simile offerta e pretendere l'esatto adempimento. Tale potere non gli può essere

(¹⁰⁹) Anche la dottrina meno recente ha riconosciuto al creditore il diritto di pretendere un nuovo pagamento: cfr. DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, XIII, cit., n. 91, p. 255; MOURLON, *Répétitions écrites sur le code civil*, II, cit., p. 697; LAURENT, *Principes de droit civil*, XVII, cit., n. 495, p. 488; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, VII, cit., n. 108, p. 136; PIOLA CASELLI, voce « Pagamento », in *Il digesto italiano*, XVIII, 1, cit., p. 32; contro GIUSIANA, voce « Pagamento », in *Dizionario pratico del diritto privato*, V, 1, cit., p. 39. Con riguardo all'art. 1192 v. NICOLÒ, voce « Adempimento (diritto civile) », in *Enc. dir.*, I, cit., p. 559; GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 54; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 257 ss.

negato nell'ipotesi in cui abbia accettato in buona fede la prestazione e solo successivamente, accortosi della mancanza della legittimazione a disporre del debitore, abbia impugnato il pagamento: se così non fosse, egli si verrebbe a trovare in una situazione sfavorevole, in cui non sarebbe incorso, qualora il debitore si fosse comportato correttamente.

È dibattuto se il creditore possa impugnare il pagamento ai sensi dell'art. 1192, comma 2°, quando la cosa è perita per caso fortuito e quindi non è in grado di restituirla al debitore. Vigente l'art. 1240 cod. civ. abr. la dottrina non manifestava alcuna perplessità nel dare al quesito risposta positiva ⁽¹¹⁰⁾, ma gli argomenti con cui giustificava una simile soluzione, non erano sempre convincenti. Così non poteva dirsi appagante il rilievo secondo cui l'*interitus rei* non impedisce di fare valere l'invalidità del pagamento, « perché tale perimento è a carico del proprietario di essa, non già del creditore che non ne aveva acquistato il diritto di dominio » ⁽¹¹¹⁾. Un siffatto principio riguardava semmai i rapporti tra creditore e proprietario, ma non poteva essere invocato ai fini della disciplina dei rapporti tra *solvens* e *accipiens*.

Di maggior pregio sembrava l'opinione che si richiamava al brocardo « *debitor rei certae fortuito interitu rei certae liberatur* » ⁽¹¹²⁾. Essa muoveva dall'osservazione secondo cui la restituzione della cosa altrui ricevuta in pagamento non è un presupposto per l'esercizio dell'azione di impugnativa, bensì un effetto riflesso dell'invalidità dell'adempimento. Infatti la dichiarazione di nullità produce, da un lato, l'obbligo del creditore di

⁽¹¹⁰⁾ GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, VII, cit., n. 110, p. 138 s.; PIOLA CASSELLI, voce « Pagamento », in *Il digesto italiano*, XVIII, 1, cit., p. 32. Identica opinione era sostenuta dalla dottrina francese: cfr. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du code Napoléon*, IV, cit., n. 684, p. 544; DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, XIII, cit., n. 96, p. 256 s.; LAURENT, *Principes de droit civil*, XVII, cit., n. 497, p. 490; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Delle obbligazioni*, II, cit., n. 1416, p. 525.

⁽¹¹¹⁾ RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VI, cit., n. 252, p. 332.

⁽¹¹²⁾ BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, III, cit., p. 619 s.

restituire la cosa e, dall'altro, fa sorgere il diritto di chiedere il risarcimento del danno oppure una nuova prestazione. Se l'esecuzione dell'obbligazione di restituzione diventa impossibile per caso fortuito, il creditore è liberato da tale obbligo, pur conservando il diritto di ottenere un nuovo adempimento.

Rilievi analoghi si possono ripetere in presenza dell'art. 1192. Poichè il creditore di mala fede non può impugnare il pagamento, deve sopportare il rischio del perimento. Diversamente si deve concludere, invece, nell'ipotesi di buona fede dell'*accipiens*. L'obbligo di restituire la cosa prestata è una conseguenza dell'esercizio dell'impugnativa, sicchè l'impossibilità di adempiere questa obbligazione non preclude al creditore il potere di impugnare, il quale è legato esclusivamente al presupposto della buona fede, ossia dell'ignoranza di ricevere beni non appartenenti al debitore ⁽¹¹³⁾.

⁽¹¹³⁾ Da tempo è dibattuto il problema se il creditore di buona fede possa impugnare l'adempimento con cose altrui, quando il *dominus* lo abbia ratificato. L'antica dottrina francese e quella italiana sotto il codice del 1865 si limitano ad affermare che la ratifica del *dominus* fa venire meno il potere d'impugnativa del creditore (cfr. DURANTON, *Cours de droit civil*, VII, cit., n. 32, p. 18; PIOLA CASELLI, voce « Pagamento », in *Il digesto italiano*, XVIII, 1, cit., p. 32), ma nulla dicono sul contenuto di tale ratifica e sul suo modo di operare. Soltanto qualche autore motiva genericamente la soluzione prospettata con la mancanza d'interesse ad impugnare dell'*accipiens*, « poichè il debitore, una volta che la cosa gli fosse restituita, potrebbe obbligarlo a riceverla di nuovo in pagamento » (BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Delle obbligazioni*, II, cit., n. 1411, p. 522); il che in altre parole significa che per questi autori la ratifica del *dominus* produce l'acquisto della proprietà delle cose prestate in capo al debitore. Ma una simile conclusione è insostenibile: la ratifica non può essere considerata atto traslativo, dato che nel nostro ordinamento costituiscono — di regola — *iusta causa* di un'attribuzione patrimoniale i negozi causali (sotto il codice abrogato si osservava, a proposito della ratifica di cosa altrui da parte del *dominus*, che questa ratifica è « in realtà rinuncia o atto traslativo »: GORLA, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, Torino 1937, p. 238).

Si potrebbe allora pensare che la passata dottrina usasse l'espressione « ratifica » nel senso di approvazione del titolare compiuta successivamente ad un atto di disposizione del non titolare, equiparandola alla *Genehmigung* del diritto tedesco. L'ammissibilità di questa figura è da noi contestata sul presupposto che nel vigente codice civile manca una regola corrispondente a quella contenuta nel § 185, comma 2°, BGB nè è possibile ricavarla dal sistema [cfr. da ultimo, CARRARO, voce « Approvazione (diritto civile) », in *Enc. dir.*, II, Milano 1958, p. 854; AURICCHIO, voce « Autorizzazione (dir. priv.) », in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, p. 507]. Infatti, per il § 185 BGB

« l'effetto traslativo si ricollega esclusivamente all'atto di disposizione del non titolare, mentre la preventiva dichiarazione di consenso del titolare (*Einwilligung*) ha soltanto la funzione di fatto equipollente alla titolarità del diritto, concepita come requisito esterno di efficacia dell'atto di disposizione ». Viceversa, nel nostro ordinamento « il titolare del diritto può validamente consentire che altri ne disponga soltanto mediante uno o l'altro dei negozi (di solito, contratti) causali ai quali la legge ricollega l'effetto di legittimare l'alienazione del diritto da parte di un altro soggetto, *agente in nome proprio* ... In queste ipotesi, con riguardo al trasferimento del diritto, nessuno dei due negozi (il negozio autorizzativo e il negozio autorizzato) è atto di disposizione per se solo, ma ciascuno si qualifica tale in virtù del collegamento con l'altro » (MENGONI e REALMONTE, voce « Disposizione (atto di) », in *Enc. dir.*, XIII, cit., p. 193).

Una ratifica del *dominus* potrebbe semmai essere ammessa ai sensi dell'art. 2032 cod. civ. La norma ha, senza dubbio, un'ampia portata, in quanto si riferisce anche al caso in cui l'atto di gestione è stato compiuto « da persona che credeva di gestire un affare proprio » e pertanto sembra applicarsi all'ipotesi in cui un soggetto dispone di beni altrui per pagare un proprio debito. Senonchè una simile conclusione dipende dal significato che si attribuisce all'art. 2032, norma ancora poco studiata e di incerto significato (l'unica indagine approfondita si trova in SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino 1958, p. 114 ss., ma con riguardo a un problema diverso da quello qui considerato).