

in tema di *compensatio* (n. 15537/2017), aveva inteso riconoscere nell'istituto della res. civ. un c.d. principio "di indifferenza", in base al quale "il risarcimento del danno non può rendere la vittima dell'illecito né più ricca né più povera, di quanto non fosse prima dell'illecito". E tale principio troverebbe conferma nell'art. 1224, che riconosce la debenza dell'interesse da ritardo, anche se il creditore non prova di avere sofferto danno alcuno, così come, in altri casi, (come negli artt. 1149 recante restituzione dei frutti al proprietario e rimborsi di spese al possessore).

Ma, in realtà, codesto principio, definito "di indifferenza", se regola il caso in cui da un medesimo fatto conseguono nello stesso tempo utilità ed oneri (frutti "contro" spese per produrli) e cioè il rapporto "di dare ed avere" tra le parti, non sembra idoneo ad essere applicato nell'ambito della resp. civile, ove si ribadisce che danni e vantaggi, aventi fonte diversa, non sono destinati ad incontrarsi, almeno ove il legislatore non lo abbia espressamente previsto, sia pure "in senso negativo", per escludere che la mancanza di danno impedisca al creditore di pretendere gli inte-

ressi di mora (art. 1224) "o in senso positivo", come da taluno immaginato¹⁴.

Costi e benefici

In conclusione, se il *revirement* della Cassazione può incontrare indubbiamente consenso per l'obiettivo di impedire che per uno stesso danno abbia a cumularsi una duplice attribuzione, avente la medesima finalità, favorendo, in tal modo, la vittima del danno ed aggravando il responsabile, salvo la surroga, e ciò con aggravio di costi per il sistema assicurativo, resta tuttavia la criticità di una soluzione che introduce nella responsabilità civile, così come accertata, l'interferenza di fonti ad essa esterna, aventi finalità di carattere pubblico o derivanti da autonomi contratti (come per l'assicurazione).

E a poco vale contrapporre un indirizzo tradizionale ad uno "più innovativo"¹⁵ allorché la "innovazione" finirebbe con l'introdurre un *vulnus* nell'istituto della responsabilità civile¹⁶.

Indebito

Cassazione civile, Sez. III, 28 marzo 2017, n. 7867 – Pres. Spirito – Rel. Scarano – P.M. Basile (conf.) – F.R. (avv.ti Pellicelli) – G.F., G.P. (avv.to Petrillo). *Conferma App. Roma, 21 giugno 2012.*

Esecuzione forzata – Ripetizione d'indebito – Alienazione della cosa ricevuta indebitamente – Fattispecie – Sussistenza

All'art. 2038 c.c. deve riconoscersi applicazione generale, non limitata alla sola ipotesi di alienazione della res, frutto di libero accordo tra l'accipiens ed il terzo; al termine alienazione deve attribuirsi significato ampio e comprensivo. A tale nozione ampia e comprensiva di alienazione non può e non deve considerarsi estranea la fattispecie della vendita forzata. (Massima non ufficiale)

Omissis. – Con il 1° motivo la ricorrente denuncia "violazione e falsa applicazione" degli artt. 2033, 2037, 2038, in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

Si duole che la corte di merito abbia erroneamente applicato l'art. 2038 c.c., che essendo norma eccezionale derogatoria dell'art. 2033 c.c. non può essere applicata analogicamente al di là della prevista ipotesi di alienazione della cosa ricevuta indebitamente, laddove nella specie

non vi è stata alienazione, tale non potendo ritenersi l'avvenuta espropriazione dell'immobile de quo.

Lamenta che nella specie "risultano... errate le premesse... a fondamento della... applicabilità dell'art. 2038 c.c." dalla corte di merito ravvisate nel non essere "più giuridicamente praticabile l'obbligo restitutorio... in seguito alla declaratoria di nullità del contratto, costituito specificamente dalla retrocessione del bene agli originari venditori", atteso che nella specie "la proprietà del bene immobile, seppur risultante gravata da un diritto reale di garanzia, costituito dall'ipoteca accesa... a garanzia del mutuo contratto,... ben poteva essere retrocessa in favore degli originari venditori a fronte della restituzione del prezzo di acquisto ricevuto", e il "mutato stato giuridico del bene avrebbe casomai potuto legittimare una azione di risarcimento danni nei confronti della F."

Si duole che la corte di merito abbia erroneamente ritenuto che fosse in mala fede, giacché "l'atto di compravendita poi risultato nullo è stato comunque oggetto di rogito notarile", avendo altresì effettuato "il pagamento, seppur parziale del prezzo di acquisto".

(Omissis). Con particolare riferimento al 1° motivo, va ulteriormente osservato che (diversamente da quanto dall'odierna ricorrente sostenuto nei propri scritti difensivi) all'art. 2038 c.p.c. deve riconoscersi applicazione generale, non limitata alla sola ipotesi di "alienazione della res" frutto

¹⁴ R. Pardolesi, *op. loc. cit.* che delinea due versioni dell'art. 2043 c.c., l'una "più debole": "qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno, sempre che non vi debba provvedere altri per preesistente obbligo di legge o contrattuale" ed una più forte: "qualunque fatto doloso o colposo ... e sempre che non vi provveda altri".

¹⁵ P. Gallo, *op. cit.* 1346.

¹⁶ Come quando l'adunanza plenaria del Cons. di Stato cit., per escludere il cumulo, modificando la natura dell'indennità dovuta al dipendente, ritiene che essa abbia natura risarcitoria, perché consegue non più ad un atto lecito, come si era sempre sostenuto, ma ad un illecito (del datore di lavoro). V. sul punto criticamente Manganaro, *op. loc. cit.* La tesi è dunque sempre quella di un danno considerato "quale differenza tra il patrimonio del danneggiato prima e dopo l'illecito".

di “libero accordo tra l'accipiens ed il terzo”, al termine alienazione deve senz'altro attribuirsi significato ampio e comprensivo.

Atteso che, non risultando dal legislatore utilizzato in un'accezione tecnica, precisa e costante, è generalmente inteso in particolare nel senso di disposizione, come questa Corte ha già avuto modo di porre in rilievo un tanto non depone peraltro per l'esclusione della riconducibilità ad esso di altre ipotesi (per l'applicabilità dell'art. 2038 c.c. anche in tema espropriazione per pubblica utilità cfr. Cass., 17/4/1993, n. 4553).

A tale stregua, alla nozione ampia e comprensiva di alienazione non può e non deve considerarsi invero estranea la fattispecie della vendita forzata.

Come questa Corte ha già avuto modo di affermare, in accordo con la migliore dottrina civilistica, pur verificandosi indipendentemente dalla volontà del precedente proprietario e ricollegandosi ad un provvedimento del giudice (dell'esecuzione o del giudice delegato al fallimento), anche l'acquisto per trasferimento coattivo costituisce infatti ipotesi di acquisto non già originario bensì derivativo (che viene solitamente scandito nel duplice aspetto di acquisto traslativo e di acquisto costitutivo, a seconda che in correlazione con la contemporanea perdita da parte del precedente titolare l'acquisto del diritto avvenga in capo al nuovo nella sua integrità ovvero quest'ultimo acquisti un nuovo diritto, formalmente e per contenuto diverso da quello da cui esso stesso deriva e che ne costituisce il fondamento (es., diritto di usufrutto rispetto al diritto di proprietà), presupponendo l'anteriore appartenenza del diritto o di una più ampia posizione giuridica in capo al precedente titolare e traducendosi nella trasmissione dello stesso diritto del debitore esecutato o del fallito (cfr. Cass., 25/07/2003, n. 11563; Cass., 9/11/1982, n. 5888).

Peraltro, i diritti dei terzi sull'immobile assoggettato alla espropriazione forzata immobiliare sono ex art. 2919 c.c. opponibili nei confronti dell'aggiudicatario solamente nei limiti in cui possono essere fatti valere nei confronti del creditore precedente o dei creditori intervenuti, e pertanto solo se risultanti da atto negoziale trascritto prima della trascrizione del pignoramento (v. Cass., 28/1/1995, n. 1048), realizzandosi anche mediante l'opposizione all'esecuzione forzata ex art. 615 c.p.c. per fare in tale giudizio accertare che il bene stesso non apparteneva (o non apparteneva del tutto) al soggetto che ha subito l'espropriazione ma, in forza di titolo opponibile al creditore pignorante e agli intervenuti, apparteneva per intero o pro quota all'opponente, conseguendone, in caso di esito positivo, il difetto, in capo all'aggiudicatario del bene, del potere di procedere all'esecuzione (v. Cass., 12/1/2011, n. 517).

A tale stregua, qualora, nel corso del giudizio promosso contro il proprietario di un immobile il bene venga espropriato in esito ad esecuzione forzata, la sentenza che definisce quel giudizio deve ritenersi opponibile all'aggiudica-

tario ai sensi dell'art. 111 c.p.c., comma 4, in qualità di successore a titolo particolare nel diritto controverso, salva l'eventuale operatività delle limitazioni previste agli artt. 2915 e 2919 c.c. (v. Cass., 5/4/1977, n. 1299).

Al di fuori di tali ipotesi, una volta che l'acquisto dell'immobile pignorato sia stato dal terzo compiuto in conformità alle regole che disciplinano lo svolgimento della procedura espropriativa il suo acquisto rimane fermo (salvo che sia dimostrata la collusione del terzo col creditore precedente).

Come le Sezioni Unite di questa Corte hanno avuto modo di precisare, la vendita forzata produce infatti un trasferimento per atto tra vivi, operante sul piano del diritto sostanziale, sotto molti aspetti (pur con le note differenze di regime) assimilabile alla compravendita negoziale (art. 2919 c.c.), in base alla quale il terzo acquirente o assegnatario del bene pignorato, che è soggetto estraneo al rapporto intercorrente tra il preteso creditore e l'esecutato, deriva il suo diritto da una sequela di atti, nell'ambito di un procedimento giudiziale che una volta conclusosi (conforme alle regole di quel procedimento) con l'emissione del decreto di trasferimento, produce effetti non retrattabili in capo al terzo acquirente (o assegnatario).

In altri termini, salva l'ipotesi di vizi propri dell'atto di trasferimento o della sequenza di atti che necessariamente lo precedono e che ad esso ineriscono (nel qual caso opera la speciale disciplina delineata all'art. 2929 c.c.), il terzo acquista bene in quanto, estraneo al rapporto intercorrente tra il preteso creditore e l'esecutato, deriva il suo diritto dal decreto di trasferimento che, nel momento in cui interviene, si configura come un atto perfettamente legittimo e regolare (v. Cass., Sez. Un., 28/11/2012, n. 21110).

(*Omissis*). Atteso che la disciplina dell'indebito trova applicazione nei casi di nullità (v. Cass., 12/5/2014, n. 10250; Cass., 15/7/2011, n. 15669; Cass., 13/4/2005, n. 7651), annullabilità (v. Cass., 10/7/2008, n. 18886; Cass., 12/12/2003, n. 19052; Cass., 1/8/2001, n. 10498) risoluzione e rescissione (v. Cass., 10/7/2008, n. 18886; Cass., 15/10/2007, n. 21587; Cass., 15/1/2007, n. 738; Cass., 1/8/2001, n. 10498) del contratto, ma anche di alienazione, deterioramento e perimento della cosa, allorché la restituzione della cosa è divenuta impossibile per perimento o per altra causa (nella specie, vendita forzata) l'accipiens di mala fede è infatti ex art. 2037 c.c., art. 2038 c.c., comma 2 tenuto a corrisponderne il valore all'adempiente.

Correttamente la corte di merito ha dunque ritenuto nella specie divenuta impossibile (non “giuridicamente praticabile”) la restituzione in natura dell'immobile de quo acquistato dal creditore ipotecario all'esito della legittima emissione del decreto di trasferimento e di conseguenza ravvisato l'accipiens di mala fede (odierna ricorrente) tenuta a corrisponderne il valore agli originari venditori (odierni controricorrenti). – *Omissis*.

Esecuzione forzata e applicazione oggettiva dell'art. 2038 c.c.

Giuliano Zanchi*

Tra le applicazioni giurisprudenziali dell'art. 2038 c.c., quella della Corte di Cassazione con la sentenza 28 marzo 2017, n. 7867 pone un particolare accento ai contenuti attribuibili alla nozione di alienazione attorno alla quale è costruito l'ambito oggettivo di applicazione del meccanismo restitutorio previsto in questa disposizione. Nel tentativo di estenderne l'applicazione anche alle ipotesi in cui l'*accipiens* abbia subito un procedimento esecutivo e la *res indebita* gli sia stata espropriata, si finisce per assimilare vendita forzata a trasferimenti per via contrattuale, che invece attengono ad una fenomenologia circolatoria completamente diversa e alla quale ultima solamente sembra attagliarsi la disciplina restitutoria prevista dall'art. 2038 c.c.

Premessa

A giudizio della Suprema Corte la nozione di "alienazione" della *res indebita* contemplata nell'art. 2038 c.c. comprende ogni ipotesi di trasmissione di diritti a terzi, anche laddove non vi concorra un consenso traslativo dell'*accipiens*. La conseguenza che ne trae la Cassazione è l'applicazione dell'art. 2038 c.c. al caso in cui la *res indebita* sia stata oggetto di espropriazione forzata in danno dell'*accipiens*. Anche in tale ipotesi, sostiene la Corte, si è in presenza di un'alienazione perché si configura un'attribuzione a favore di terzi di un diritto.

Questa nozione di alienazione attribuisce all'art. 2038 c.c. una potenzialità applicativa particolarmente ampia. Esso si configurerebbe quale specifico meccanismo restitutorio dell'indebitato applicabile in tutti i casi in cui la cosa indebitamente ricevuta sia trasferita a terzi, a prescindere dalla natura dell'atto dispositivo. Tuttavia, una simile opzione ermeneutica definisce un ambito di applicazione dell'art. 2038 c.c. eccedente la sua *ratio* e che conduce a conclusioni difficilmente accettabili rispetto all'applicazione dei meccanismi restitutori previsti dalla medesima disposizione legislativa.

Concorso tra azione ex art. 2038 c.c. e azioni contrattuali

L'art. 2038 c.c. prevede una peculiare disciplina della restituzione dell'indebitato per l'ipotesi in cui chi abbia ricevuto la *res indebita* abbia poi alienato la stessa. Fermo l'acquisto del terzo¹, l'art. 2038 c.c.

definisce il contenuto del diritto di credito del *solvens* e ne articola l'esercizio in base allo stato soggettivo di buona o mala fede dell'*accipiens*. Chi abbia alienato la cosa indebitamente ricevuta in buona fede è tenuto a versare al *solvens* il corrispettivo, salvo subentro di quest'ultimo nel relativo diritto se il corrispettivo non fosse ancora conseguito. L'alienazione a titolo gratuito consente invece al *solvens* di agire nei limiti dell'arricchimento direttamente nei confronti del terzo. L'*accipiens* di mala fede, al contrario, dovrà corrispondere al *solvens* la somma pari al valore del bene in caso di alienazione o restituire la *res indebita* al *solvens*, salvo che quest'ultimo non preferisca esigere il corrispettivo pattuito per l'alienazione.

L'inquadramento teorico dell'art. 2038 c.c. è stato oggetto di attenzione da parte della dottrina, che ha espresso opinioni differenti, talora anche in ragione della pluralità di prospettive dalle quali può essere osservata l'alienazione a terzi del bene indebitamente ricevuto dall'alienante. Sotto quest'ultimo profilo si dispone il tema certamente più controverso nell'esegesi della disposizione in commento, vale a dire la concorrenza di questa disciplina con quelle relative alle impugnative contrattuali e alle conseguenze della caducazione degli effetti dei contratti nei confronti dei terzi².

Il confronto con queste discipline aiuta a determinare la corretta collocazione sistematica dell'art. 2038 c.c., ciò che torna poi utile nella comprensione dell'esatta estensione tecnico-concettuale della nozione di "alienazione" in esso utilizzata.

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ L'azione di ripetizione dell'indebitato è un'azione personale, non reale: cfr. *ex multis* Schlesinger, *Il pagamento del terzo*, Milano, 1961, 26, nota 11; Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1964, 378; Rescigno, voce "Ripetizione dell'indebitato", in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, 1224; Breccia, *La ripetizione dell'indebitato*, Milano, 1974, 325; Gallo, *Ripetizione dell'indebitato*, in *Digesto Civ.*, XVIII, Torino, 1998, Moscati, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, I, 435 e segg. anche in Id., *Studi sull'indebitato e sull'arricchimento senza causa*, Padova, 2012, 238 e 254; Di Maio, *La tutela civile dei diritti*, IV ed., 2003, 329 e segg.; Bacciardi, *Alienazione della cosa determinata indebitamente ricevuta*, in Bargelli, *Ripetizione d'indebitato*, Torino, 2014, 371.

² Salvo quanto si segnalerà *infra* con riferimento ai singoli dispositivi concorrenti, tra i principali contributi teorici in merito alla concorrenza tra le azioni *ex art.* 2038 c.c. e le azioni contrattuali cfr. Mengoni, *Gli acquisti "a non domino"*, III ed., Milano, 1975, 223 e segg., 262 e segg.; Argiroffi, *Ripetizione di cosa de-*

terminata e acquisto "a domino" della proprietà, Milano, 1980, *passim*; Moscati, *Del pagamento dell'indebitato*, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 1981, 491 e segg.; Breccia, *La ripetizione dell'indebitato*, cit., *passim*; Bruni, *Contributo allo studio dei rapporti tra azione di caducazione contrattuale e ripetizione d'indebitato*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1987, 173 e segg.; Nicolussi, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, Milano, 1998; Castronovo, *La risoluzione del contratto nella prospettiva del diritto italiano*, in *Eur. Dir. Priv.*, 1999, 793 e segg.; Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, 135 e segg.; Albanese, *Gli arricchimenti mediati e indiretti e l'assenza di nesso causale*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2004, III, 2316 e segg.; Sirena, *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2005, 105 e segg.; Pagliantini, *La c.d. inopponibilità ai terzi della risoluzione del contratto: spigolature sui rapporti tra l'art. 1458, 2 co. e 2038 cod. civ.*, in AA.VV., *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, Napoli, 2007, 827 e segg.; Bargelli, *"Sinallagma rovesciato" e ripetizione dell'indebitato. L'impossibilità della restituzione in integrum nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, 87 e segg.

Qualunque ne sia in concreto la causa, all'inefficacia originaria del negozio nullo consegue l'inefficacia dell'eventuale attribuzione a terzi del bene oggetto del contratto da parte dell'avente causa³. Pur nel silenzio del legislatore sul punto, la dottrina ritiene che, in forza del principio della necessaria causalità delle attribuzioni patrimoniali, l'inefficacia del contratto nullo si estenda ai terzi aventi causa da tale contratto. Quindi il terzo subacquirente non acquista per via negoziale il bene trasmessogli da chi abbia in precedenza acquistato il medesimo bene in forza di un contratto nullo⁴; l'inefficacia originaria del primo acquisto inficia irrimediabilmente l'efficacia dell'acquisto successivo⁵. Qualora esso sia eseguito, si pongono temi restitutori.

L'indifferenza dello stato soggettivo delle parti e della natura onerosa o gratuita del contratto, e più in generale la perentorietà della negazione di ogni effetto giuridicamente rilevante collegato ad un contratto nullo, sembra stridere con le previsioni contenute all'art. 2038 c.c. L'originaria inefficacia del contratto nullo, infatti, essendo opponibile al terzo subacquirente, farebbe pensare ad una disciplina rimediabile che sia volta al ripristino dello *status quo ante* la conclusione del primo contratto (nullo), e quindi ad un'azione che consenta al *solvens* (parte venditrice nel

primo contratto) di ottenere riconoscimento della piena proprietà del bene subacquisito dal terzo.

Passando ad analizzare la disciplina dell'annullamento del contratto, qui il legislatore ha dettato una specifica previsione rispetto agli effetti della sentenza di annullamento nei confronti dei terzi aventi causa dal contratto annullato. L'art. 1445 c.c. stabilisce che i diritti acquistati dai terzi di buona fede a titolo oneroso non sono travolti dall'annullamento, salvo il caso del contratto annullato per incapacità legale. I diritti dei terzi non sono dunque sacrificati quando vi sia la concorrenza di buona fede e onerosità dell'acquisto, con la sola eccezione dell'incapacità legale. Anche questa soluzione normativa propone una regolazione dei rapporti tra il primo acquirente e il terzo subacquirente distonica con quella dell'art. 2038 c.c. e ripropone il tema della concorrenza delle due azioni.

Quanto alla risoluzione del contratto, l'art. 1458, 2° comma, c.c. prevede che la risoluzione (per inadempimento) anche stragiudiziale non pregiudichi gli effetti acquistati dai terzi. Una soluzione di segno opposto a quello della disciplina generale della nullità, ma anch'essa comunque non coincidente con il dettato dell'art. 2038 c.c.⁶. L'art. 1458, 2° comma, c.c. esclude l'operatività di rimedi restitutori nei confronti del terzo che ha acquistato dal contraente inadempiente⁷ e non fa rileva-

³ Si è dubitato in dottrina dell'operatività nei confronti dei terzi del contratto nullo quando si tratti di una "nullità di protezione". Qui la nullità non sarebbe comminata nell'interesse generale, ma per la tutela di un interesse privato, e ciò renderebbe compatibile la protezione del consumatore con la tutela del terzo sub acquirente. Cfr. Pilia, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002, 264 e segg.

⁴ *Quod nullum est, nullum producit effectum*: l'inefficacia assoluta del contratto nullo costituisce la tradizionale forza logica della disciplina codicistica, sebbene essa non escluda *ex se* la possibilità che l'atto inefficace perché nullo possa consentire comunque il consolidamento giuridico della posizione dell'acquirente, sia pure in virtù dell'applicazione di un diverso plesso di regole. È il caso delle fattispecie di acquisto della proprietà in cui rileva la presenza di un titolo a ciò idoneo: si pensi all'acquisto per usucapione, rispetto al quale il contratto nullo può considerarsi titolo idoneo ai fini dell'abbreviazione del termine; si pensi all'acquisto a non domino disciplinato dall'art. 1153 c.c., rispetto al quale il contratto nullo può integrare l'elemento costitutivo del titolo idoneo alla trasmissione della proprietà; si pensi ancora alla *soluti retentio* qualora la causa di nullità integri la fattispecie del 1° comma dell'art. 2034 c.c. Su questi temi cfr. Mengoni, *Gli acquisti "a non domino"*, cit., 223 e segg.; Gentili, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, II, a cura di Gabrielli, Torino, 1999, 1369; Carusi, *Contratto illecito e soluti retentio*, Napoli, 1995, *passim*; Spadafora, *Profili solutori dell'atto non dovuto*, Roma, 1996, 85 e segg.; Nicolussi, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., 64 e segg.; Messinetti, *La tutela della proprietà "sacrificata". Contributo allo studio delle circolazioni acquisitive legali*, Padova, 1999, 27 e segg.; Bacciardi, *Alienazione della cosa determinata indebitamente ricevuta*, cit., 375 e segg. In giurisprudenza si registrano orientamenti altalenanti sulla qualificazione del contratto nullo quale titolo idoneo nelle citate fattispecie acquisitive. Ad un primo orientamento negativo (Cass., 28 marzo 1988, n. 2614, in *Mass. Giust. Civ.*, 1988) il quale enfatizza che la nullità, quale che sia la causa che la determini, investe sempre il titolo nella sua giuridica esistenza, sono seguite pronunce favorevoli a considerare il contratto nullo quale titolo astrattamente idoneo al trasferimento

to della proprietà di un bene (per una fattispecie di acquisto della proprietà *ex art.* 1159 c.c. Cass., 5 febbraio 2001, n. 1596, in *Riv. Not.*, 2001, 862 e segg. con nota di Gazzoni e in *Giur. It.* 2001, 1595 con nota di D'Auria e in *Notariato*, 2001, 454 con nota di Lomonaco; per un'ipotesi di acquisto della proprietà *ex art.* 1153 c.c. cfr. Cass., 5 maggio 2009, n. 10356 in *Riv. Notar.*, 2010, 1, 124 con nota di Grossmann, *ibid.*, 4, 1118 con nota di Checchi e in *Foro It.*, 2010, 1, I, 160), almeno tutte le volte in cui l'acquisto del diritto si sarebbe verificato se l'alienante fosse stato titolare del bene.

⁵ Deve essere tuttavia considerato quanto prevede l'art. 2652, n. 6, c.c. in base al quale le domande dirette a far dichiarare la nullità di contratti soggetti a trascrizione, se trascritte oltre cinque anni dalla trascrizione del contratto impugnato, non pregiudicano i diritti acquistati dai terzi di buona fede. Questa previsione tempera il principio di inefficacia assoluta della catena di acquisti originata da un contratto nullo in ragione della tutela dell'affidamento del terzo di buona fede sull'apparenza di validità del titolo del dante causa risultante nei pubblici registri. La ricostruzione teorica di questa previsione, tra teoria dell'apparenza e pretesa efficacia "sanante" della trascrizione è stata lungamente dibattuta in dottrina. Indicazioni essenziali sui termini di questo dibattito si traggono da Gazzoni, *La trascrizione immobiliare. Artt. 2643-2645 bis c.c.*, II ed., in *Comm. C.C.* a cura di Schlesinger, Milano, 1998, 472; Sacco, voce "Nullità e annullamento", in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 460 e segg.; Caredda, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Torino, 2004, 113 e segg.

⁶ La dottrina ha messo in luce il fatto che la scelta legislativa di conservare gli effetti del contratto risolto nei confronti dei terzi, salvi solo gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione (ma si consideri che la risoluzione può anche operare *ex lege*), attenua le conseguenze pratiche della retroattività della risoluzione (in tal senso cfr. Mengoni, *Gli acquisti "a non domino"*, cit., 262; nella stessa direzione, sebbene in termini meno drastici, Belfiore, voce "Risoluzione del contratto per inadempimento", in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, 1328).

⁷ A simili riflessioni conduce anche la comparazione tra la disciplina della ripetizione della cosa indebita alienata a terzi e l'a-

re lo stato soggettivo dell'alienante e del subacquirente⁸.

La disciplina delle vicende circolatorie conseguenti alla caducazione degli effetti del contratto mostra analoghe discrasie con l'impostazione normativa dell'art. 2038 c.c. anche con riferimento alle discipline sui singoli tipi contrattuali⁹, tra cui spicca per la frequenza della sua applicazione concreta quella sulla risoluzione del contratto di compravendita (artt. 1479, 2° comma, 1492, 3° comma, c.c.)¹⁰.

Le differenze tra i contenuti precettivi delle impugnative contrattuali e della disciplina sulla ripetizione dell'indebito con riferimento ai rapporti con i terzi subacquirenti non deve però far pensare all'inapplicabilità dell'art. 2038 c.c. in tutti i casi in cui l'indebito acquisto dell'*accipiens* discenda da un contratto originariamente o successivamente divenuto inefficace. L'art. 2038 c.c., infatti, non è incompatibile e non è in concorrenza con quanto prevedono le regole sull'invalidità e l'inefficacia del contratto verso i terzi; esso semplicemente si occupa di altro.

In sé e per sé considerate, le discipline codicistiche in materia di caducazione degli effetti del contratto così come non statuiscono conseguenze restitutorie tra le parti, non si occupano di definire le condizioni per l'eventuale esercizio di azioni restitutorie esercitabili dal *solvens* nei confronti del terzo subacquirente. La disciplina dell'invalidità del contratto, per fare un esempio, si limita a determinare che le conseguenze giuridiche implicate dal contratto nullo non siano mai state giuridicamente rilevanti. La ripetizione non è dunque immediata ed automatica conseguenza dell'esercizio dell'azione di nullità, ma si fonda sulla diversa ed autonoma obbligazione restitutoria regolata dagli artt. 2033 e segg. c.c. L'azione contrattuale svela o determina l'inesistenza di una causa legittima di circolazione della ricchezza, nega quindi giuridica rilevanza alla circolazione di beni tra le parti, ma non dispone *ex se* anche il recupero del bene presso l'*accipiens*, che resta assoggettato all'autonoma disciplina della *condictio indebiti*¹¹.

Allo stesso modo, nel definire quali siano gli effetti ulteriori dell'inefficacia del contratto *inter partes*, le discipline sulle impugnazioni contrattuali la estendono o la negano all'acquisto dei terzi, senza tuttavia occuparsi di stabilire se vi sia (e come vada esercitata), una pretesa restitutoria nei confronti del terzo subacquirente o altra forma di ripetizione in favore della parte che abbia originariamente eseguito la prestazione indebita.

Tale pretesa e le sue condizioni di esercizio sono appunto regolate dall'art. 2038 c.c., il quale trova applicazione in ogni ipotesi di subacquisto *sine titulo* di una cosa determinata, anche quello determinato dall'inefficacia del contratto a monte.

Non vi è dubbio che la convivenza tra le azioni contrattuali e l'azione *ex art. 2038 c.c.* possa rivelarsi talvolta problematica¹². Basti pensare al richiamo alla buona o mala fede dell'*accipiens*, su cui è costruita l'architettura rimediale dell'art. 2038 c.c., e che risulta non agevolmente convertibile in un giudizio di imputabilità alla singola parte contrattuale della causa di invalidità o inefficacia del contratto. Inoltre, il silenzio del legislatore sulle diverse configurazioni che può assumere l'obbligazione restitutoria in un contratto a prestazioni corrispettive, a seconda che la *restitutio in integrum* sia o meno concretamente possibile e le prestazioni corrispettive siano state entrambe già eseguite ovvero solo una sia stata eseguita al momento in cui sia esercitato il rimedio restitutorio¹³, rappresenta un'ulteriore fonte di perplessità nell'applicazione dei meccanismi restitutori dell'art. 2038 c.c. agli acquisti *ex contractu*.

In effetti, la disciplina sulla ripetizione d'indebito definisce i tratti dell'obbligazione restitutoria nella singolarità della relazione tra *solvens* ed *accipiens*, quale rimedio conseguente ad una prestazione indebita tra le parti, senza considerare l'eventuale contesto relazionale in cui la singola prestazione indebita e la corrispondente obbligazione restitutoria si collochino. Questa rappresentazione atomistica del meccanismo rimediale dell'art. 2038 c.c. ha posto interrogativi rispetto al con-

zione di rescissione. L'art. 1452 c.c. riproduce nella sostanza la medesima regola di neutralità verso i terzi della caducazione degli effetti contrattuali prevista dall'art. 1458, 2° comma, c.c.

⁸ Sicchiero, *La risoluzione per inadempimento. Artt. 1453-1459*, in in *Comm. C.C.* a cura di Schlesinger, Milano, 2007, 706; Dalmartello, voce "Risoluzione del contratto", in *Noviss. Dig. It.*, XVI, Torino, 1969, 146.

⁹ Si trovano disposizioni potenzialmente concorrenti con l'art. 2038 c.c. anche nella disciplina di altri tipi contrattuali: cfr. ad esempio artt. 1892, 2° comma, 2126, 2231 c.c.

¹⁰ L'analisi si è qui limitata alle ipotesi più significative di inefficacia contrattuale, ma va dato atto che le situazioni in cui le vicende contrattuali possono far sorgere temi di restituzione sono in realtà ulteriori. Si pensi alle restituzioni conseguenti ai contratti assoggettati ad una condizione risolutiva poi avverata o ad una condizione sospensiva non avverata, oppure ai contratti in cui sia stato esercitato un diritto di recesso.

¹¹ Vi è chi ha comunque enfatizzato la connessione tra azione di nullità e azione restitutoria, rimarcando che la prima è sostanzialmente finalizzata all'esercizio della seconda. In tal senso cfr. Sacco, *Il contratto. Le invalidità*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di Sacco,

Torino, 1993, 485.

¹² Sebbene la dottrina si divida tra chi si esprime favorevolmente all'applicazione della disciplina sulla ripetizione dell'indebito alle restituzioni postcontrattuali (opinione dominante in dottrina: oltre agli autori già citati in nota 1, cfr. Gentili, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, II, Torino, 1999, 1369) e chi nega la piana applicabilità degli artt. 2037 e 2038 c.c. all'inefficacia nei confronti dei terzi dei contratti sinallagmatici (almeno tutte le volte in cui vi sia una disciplina ad hoc prevista dal legislatore, come nel caso della risoluzione della vendita di cosa altrui o per vizi della cosa determinata: in tal senso Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 71 e segg.; Di Maio, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 351 segg.; Argiroffi, *Ripetizione di cosa determinata e acquisto "a non domino" della proprietà*, Milano, 1980, 147 segg.), si registra in ogni caso una diffusa convinzione sulla problematicità dell'applicazione della disciplina sulla ripetizione dell'indebito ai contratti.

¹³ Per una panoramica sulle diverse opzioni astrattamente configurabili cfr. Bargelli, *"Sinallagma rovesciato" e ripetizione dell'indebito*, cit., 92 e segg.

creto regime restitutorio applicabile quando la fattispecie di indebito consegua all'inefficacia, originaria o sopravvenuta, di un contratto sinallagmatico¹⁴.

La posizione della giurisprudenza

A fronte della variegata sfaccettatura di opinioni dottrinali, la giurisprudenza si attesta in modo compatto sulla tesi favorevole all'applicazione della disciplina sulla ripetizione d'indebito a tutte le ipotesi di acquisto da parte di terzi di beni provenienti da contratti invalidi o inefficaci¹⁵; e la sentenza in commento si colloca in questo indirizzo.

La giurisprudenza, tuttavia, dà l'impressione di applicare in modo ripetitivo l'asserzione dell'applicabilità dell'art. 2038 c.c. alle diverse ipotesi di restituzione della res indebita che sia stata alienata ad un subacquirente. L'adesione meccanica della giurisprudenza alla tesi unitaria della disciplina sulle restituzioni dal terzo subacquirente affiora proprio dall'analisi delle soluzioni concrete elaborate dalla giurisprudenza, le quali danno applicazione a "modelli" restitutori che in realtà variano a seconda della natura della prestazione, delle cause di invalidità o inefficacia, dell'esistenza o meno di specifiche previsioni normative di settore¹⁶.

Una conseguenza di questa applicazione acritica dell'art. 2038 c.c. a tutte le ipotesi di acquisto da parte di un terzo di una *res indebita* emerge proprio nell'ipotesi in cui il terzo abbia acquisito la proprietà della stessa a seguito di un'espropriazione forzata, come nel caso della sentenza in commento¹⁷.

Alienazione, traslazione e acquisto della proprietà

Il termine "alienazione" è utilizzato nei testi normativi e nel linguaggio scientifico con il significato ampio di attribuzione di un diritto ad un soggetto terzo. La sua radice etimologica pone l'accento sull'attribuzione del diritto ad un soggetto diverso dal precedente titolare e quindi sull'idea della nuova intestazione soggettiva del diritto. Alienare un diritto significa dunque

estraniarlo dalla sfera giuridica di un precedente titolare in favore di un altro.

L'alienazione individua sia l'atto, sia il correlativo effetto di una riattribuzione di titolarità di un diritto, ma in sé nulla rivela rispetto al titolo in ragione del quale il diritto è attribuito al suo nuovo titolare. Ciò rende il termine in esame particolarmente duttile, potendo essere agevolmente utilizzato per attribuzioni tra loro molto diverse (a titolo oneroso o gratuito, totali o parziali, e così via)¹⁸.

Ma la latitudine degli utilizzi del termine in esame determina dubbi semantici quando si sposti l'attenzione dall'effetto dell'attribuzione *ad aliena persona*, svelato dall'etimo, all'atto attributivo e quindi al congegno giuridico per mezzo del quale il diritto transita nella sfera giuridica del successivo titolare. Il dubbio si pone anzitutto in merito alla configurabilità dell'alienazione come trasferimento, ove a tale ultimo termine si assegni il significato di atto che collega funzionalmente la perdita del diritto in capo all'alienante all'acquisto del medesimo in favore dell'alienando. Inoltre, è dubbia anche la configurazione di tale eventuale nesso funzionale, nella misura in cui esso dipenda da un atto volontario dell'alienante o ne sia indifferente¹⁹.

In dottrina si registrano orientamenti controversi.

Vi è chi ritiene che per aversi alienazione serva il concorso del distacco dall'alienante e dell'acquisto ad un nuovo patrimonio²⁰. Se qui si arrestasse la definizione, di alienazione si potrebbe fare legittimo utilizzo sia per definire acquisti traslativi in senso proprio, in cui l'effetto attributivo dipende dal contributo dell'alienante, sia per descrivere attribuzioni non avvinte da un nesso di causalità con un correlativo atto dispositivo da parte del precedente titolare. Alienazione equivarrebbe ad attribuzione della titolarità del diritto al nuovo titolare (effetto attributivo), restando indifferente il meccanismo di attribuzione (atto o fatto attributivo). Applicando una simile nozione di alienazione all'acquisto del diritto di proprietà, si dovrebbe concludere che

¹⁴ Il tema si pone da sempre all'attenzione della dottrina che si è occupata del tema. Tra i principali contributi cfr. Rescigno, voce "Ripetizione dell'indebito", cit., 1234 e segg.; Breccia, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 236 e segg.; Id., voce "Indebito (ripetizione dell'indebito)", in *Enc. Giur.*, XVI, Torino, 1989, 4 e segg.; Moscati, *Del pagamento dell'indebito*, cit., 137 e segg.

¹⁵ Cfr. tra le pronunce più recenti Cass., 28 novembre 2012, n. 21110, in *Foro it.* 2013, 4, I, 1224 con nota di Longo e in *Giust. Civ.*, 2013, 5-6, I, 997, con nota di Campi; Cass., 13 febbraio 2006, n. 3073, in *Contratti*, 2006, 861, con nota di Carnevali; Cass., 12 dicembre 2003, n. 19052, in *Contratti*, 2004, 882; Cass., 1° agosto 2001, 10498, in *Riv. Notar.*, 2002, 184; Cass., 4 febbraio 2000, n. 1252, in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, 242. Discutono specificamente degli orientamenti giurisprudenziali Albanese, *L'indebito oggettivo nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Corriere Giur.*, 2004, 1373 e segg.; Bargelli, *"Sinallagma rovesciato" e ripetizione dell'indebito*, cit., 105 e segg.

¹⁶ Cfr. oltre alle pronunce citate nella nota che precede Cass., 28 maggio 2009, n. 12550, in *Foro It.*, 2010, I, 1874; Cass., 17 giugno 1982, n. 3674, in *Giust. Civ.* 1982, I, 2597; Cass., 9 luglio

1980, n. 4374, in *Giur. It.*, 1981, I, 1310.

¹⁷ La giurisprudenza aveva già avuto occasione di occuparsi di un'ipotesi simile anche in precedenza, optando anche all'ora per l'applicazione dell'art. 2038 al caso di specie. Cfr. Cass., 1° febbraio 2002, n. 1289, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 2808; Cass., 17 aprile 1993, n. 4553, in *Foro It.*, 1994, I, 1752.

¹⁸ Per una rassegna di ipotesi normative in cui viene utilizzato il sostantivo alienazione o il verbo alienare con accenti diversi cfr. Pugliatti, voce "Alienazione", in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, 3 e segg.; Ridolfi, voce "Alienazione", in *Dig. It.*, II, 2, Torino, 1983, 299 e segg.

¹⁹ Ulteriore distinzione si pone, nel caso di un trasferimento necessariamente volontario, tra volontarietà riferita al solo alienante o anche all'acquirente, oppure del solo acquirente, che andrebbe così ad acquisire un diritto – in tale ultimo caso – anche contro la volontà dell'alienante. Proprio quest'ultima ipotesi descrive il caso dell'acquisto del diritto (reale) all'esito di una vendita forzata.

²⁰ In tal senso De Ruggero, *Alienazione*, in *Dizionario pratico di diritto privato*, a cura di Scialoja, I, 1913, 140 e segg.

essa possa agevolmente descrivere tanto agli acquisiti a titolo originario²¹ quanto quelli derivativi.

Altri concepiscono un'alienazione solo nel caso in cui vi sia un atto traslativo da parte dell'alienante, ossia qualora l'effetto attributivo sia l'esito non di un qualsiasi meccanismo di generazione dell'effetto attributivo, bensì e solo di un atto di un trasferimento, ovvero di un atto che determini un cambiamento di titolarità del diritto che prima apparteneva all'alienante. L'alienazione così concepita non consiste in una generica attribuzione di titolarità di un diritto, bensì in una sua ri-attribuzione frutto di una correlazione tra due soggetti²². In altre parole, l'alienazione configura un subentro soggettivo nella titolarità di un diritto e identifica uno strumento circolatorio di diritti che si realizza tramite uno scambio tra due soggetti²³.

Quest'ultima opzione ermeneutica sembra meglio atteggiarsi all'utilizzo normativo del termine alienazione, che sovente si riferisce appunto ad uno scambio e che per lo più di configura di fonte contrattuale.

La concezione dell'alienazione come veicolo di circolazione convenzionale di diritti tra privati che si realizza attraverso uno scambio, sia esso totale o parziale, gratuito o oneroso, temporaneo o definitivo, suggerisce all'interprete di annoverare l'alienazione tra gli strumenti di esercizio della privata autonomia, escludendo l'utilizzabilità di questo termine in tutti i casi di attribuzione *ex lege* o coattiva di un diritto. Non si darebbe allora luogo ad un'alienazione in senso proprio se mancasse il consenso del dante causa; lo scambio in cui essa consiste non potrebbe realizzarsi in assenza o contro il consenso dell'alienante.

Alienazione e vendita forzata

La natura traslativo-consensuale dell'alienazione suggerisce di non ricomprendere nel suo perimetro semantico le attribuzioni di diritti che provengano da fenomeni circolatori diversi da uno scambio. Così come un acquisto a titolo originario non può conside-

rarsi alienazione mancando l'atto traslativo, allo stesso modo il trasferimento di un diritto a seguito dell'esercizio di un pubblico potere, come nel caso dell'espropriazione per pubblica utilità, fatica a rientrare nell'alveo concettuale di un'alienazione. In entrambi i casi difetta il consenso traslativo dell'alienante, senza il quale non può configurarsi un atto (appunto volontario) di cessione del diritto ad un terzo. È ben vero che nel caso dell'espropriazione per pubblica utilità il diritto viene attribuito al patrimonio dell'ente espropriante per il tramite di vero e proprio atto giuridico di attribuzione, ma si tratta di un atto che prescinde da un consenso traslativo del precedente proprietario ed anzi in linea di principio vi contrasta.

Per analoghe ragioni, allora, anche un trasferimento di proprietà a seguito dell'esercizio di azioni esecutive sul patrimonio del dante causa non configurano un'alienazione, che è termine in effetti estraneo al lessico processual-civiltistico. La vendita forzata o coattiva, a dispetto dell'impiego di un termine (vendita) che richiama il contratto di alienazione per eccellenza, non è assimilabile ad un atto traslativo²⁴. L'attribuzione del diritto reale in favore dell'aggiudicatario non è l'effetto di una cessione in suo favore da parte dell'esecutato, giacché l'aggiudicatario acquista il bene dall'autorità giudiziaria. L'aggiudicazione è dunque l'esito di una sequenza di atti, tra loro distinti, che origina dalla perdita per espropriazione della proprietà del bene in danno all'esecutato e si conclude con il suo eventuale trasferimento da parte dell'autorità giudiziaria all'aggiudicatario a seguito di una procedura concorsuale volta a ricavare quanto più possibile per soddisfare gli interessi dei creditori dell'esecutato.

La soluzione di continuità tra la perdita del bene pignorato e la sua acquisizione al patrimonio dell'esecutato trae evidenza anche dall'attribuzione soggettiva del ricavato della vendita, che non spetta all'esecutato (precedente proprietario), se non dopo che l'esecutante e gli eventuali altri creditori intervenuti non siano stati soddisfatti²⁵. Non vi è dunque alcuno scam-

²¹ Con esclusione logicamente degli acquisiti a titolo originario del primo proprietario di un bene giuridico, venendo qui meno la dualità tra un precedente e un successivo proprietario.

²² Il trasferimento o la traslazione del diritto implicati dall'alienazione così intesa presuppone l'omogeneità tra il diritto dell'alienante e il diritto alienato al terzo, tale per cui si possa tracciare il nesso di causalità tra la perdita del diritto in capo al dante causa e il corrispondente acquisto in favore dell'avente causa. Si può alienare una porzione di un diritto oppure alienare un diritto per un periodo limitato di tempo, ma la costituzione in capo a terzi di un diritto di cui il dante causa non era titolare non definisce un'alienazione perché non si dà in tal caso alcuna ri-attribuzione, bensì al più un'attribuzione *ex novo*. In questa dimensione concettuale, l'alienazione non solo si distingue dagli acquisti originari, ma anche da quegli acquisti derivativi che costituiscano in capo a terzi un diritto che derivi da e presupponga il diritto del dante causa, ma non realizzi alcun trasferimento (come nel caso della costituzione di una servitù di passaggio da parte del proprietario di un bene fondiario). L'alienazione non coincide pertanto con il più ampio fenomeno della successione nei diritti soggettivi, almeno per come viene intesa da quella parte della dottrina che vi ricomprende anche le

ipotesi di acquisto costitutivo e non solo traslativo. Cfr. Scialoja, *Negozi giuridici*, Roma, 1933, 5 e segg. La distinzione non è tuttavia pacifica in dottrina, ove si registrano opinioni di chi, qualificata l'alienazione come atto orientato ad un effetto traslativo, purtuttavia vi ricomprenda anche i negozi derivativo-costitutivi, restringendo la dimensione del fenomeno successorio ai soli acquisti derivativo-traslativi. Cfr. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, 15 e segg.

²³ La configurazione dello scambio quale forma elettiva del fenomeno circolatorio è ben radicata nella nostra cultura giuridica. Cfr. le pagine di Carmelutti, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, 5 e segg.

²⁴ L'opinione è diffusa in dottrina. Cfr. Pugliatti, *Alienazione*, cit., 5 che definisce l'espropriazione esecutiva un fatto rispetto all'attribuzione a terzi del bene pignorato; Messineo, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 1943, 231 il quale precisa che con la vendita forzata "non si ha alienazione, come è caratteristico della vendita che ha luogo per volontà del proprietario, e quindi, il corrispondente acquisto non è effetto di alienazione, ma di provvedimento dell'autorità".

²⁵ Significativamente il codice di procedura civile non utilizza

bio tra debitore esecutato e aggiudicatario acquirente e dunque non vi è alcuna alienazione tra di essi a seguito della vendita forzata²⁶.

La scelta ermeneutica abbracciata dalla sentenza in commento non è dunque condivisibile. Nel citare l'opinione dottrinale che astrae l'alienazione da un consenso traslativo, essa forza la *ratio* dell'art. 2038 c.c. che,

tanto nell'assunzione di rilevanza degli stati soggettivi di *accipiens* e terzo, quanto nell'individuazione di soluzioni che consentono al *solvens* di rivolgere pretese direttamente nei confronti del terzo, fanno preferire una nozione di alienazione che implichi una relazione, uno scambio, un passaggio di titolarità tra *accipiens* e terzo. Ciò che invece non avviene nella vendita forzata.

■ **Negoziato assistito familiare**

Tribunale civile Roma, Sez. I, 2 maggio 2017 (decreto) – Pres. Est. Mangano – C.F. – G.A.M.

Negoziato assistito – Separazione personale – Poteri Presidente del Tribunale

Nella negoziazione assistita ex art. 6, D.L. 12 settembre 2014, n. 132, conv. con mod. nella L. 10 novembre 2014, n. 162, le conclusioni del Pubblico Ministero non sono vincolanti per il Presidente del Tribunale, il quale potrà tanto assentire tanto dissociarsi tanto modificare le condizioni concordate, sollecitando parziali modifiche o integrazioni dell'accordo stesso. La comparizione delle parti appare finalizzata a verificare, anche alla luce degli elementi di fatto che i coniugi espongono con l'assistenza dei difensori, il fondamento del rifiuto del PM. L'intervento del Presidente del Tribunale rappresenta un limite all'accordo delle parti; tuttavia, tale limite si esercita pur sempre all'interno della procedura, assolvendo ad un ruolo conservativo dell'accordo stesso. Rimane prerogativa esclusiva delle parti la scelta di permanere nell'ambito della negoziazione assistita ovvero di rivolgersi alla tutela giurisdizionale per perseguire quegli interessi che con l'accordo negoziato non si ritiene possibile raggiungere. Pertanto, la previsione dell'intervento presidenziale non mira a traghettare le parti verso una soluzione giurisdizionale del conflitto, bensì, al contrario, adempie ad una funzione conservativa dell'accordo stesso, rimanendo all'interno della procedura di negoziazione assistita. Ciò è peraltro coerente con il disegno complessivo della legge che delinea un sistema di definizione delle controversie alternativo alla giurisdizione ordinaria, con caratteristiche originali che introducono un innovativo elemento di rottura nella disciplina di rilievo pubblicistico della crisi familiare.

Omissis. – Il Presidente

Nella procedura di negoziazione assistita (*omissis*) relativa

alla convenzione per la risoluzione consensuale della separazione personale conclusa dai coniugi C. F. e G. A. M.

Visto il provvedimento emesso (*omissis*) dal PM presso il Tribunale di Roma, con il quale ai sensi dell'art. 6, comma 2 del D.L. n. 132/2014 convertito in L. n. 162/2014, è stata disposta la trasmissione degli atti al Presidente del Tribunale di Roma;

Sentite le parti all'udienza (*omissis*) e sciogliendo la relativa riserva;

(*Omissis*).

osserva

È preliminare la questione relativa alla delimitazione dei poteri di cui dispone il presidente del Tribunale nell'ambito della procedura di negoziazione assistita, finalizzata ai sensi dell'art. 6, comma 1, del D.L. n. 132/2014 conv. in L. n. 162/2014 a raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.

L'art. 6, comma 2, D.L. cit. indica l'oggetto delle procedure per le quali è previsto l'intervento del presidente del Tribunale (l'accordo di negoziazione assistita concluso 'in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti'), il presupposto (l'atto di trasmissione da parte del PM che non autorizza l'accordo), la finalità dell'intervento del presidente del Tribunale indirettamente desunta dai motivi per i quali il PM non autorizza l'accordo ('quando ritiene che l'accordo non risponde all'interesse dei figli'), la pur sintetica descrizione del sub procedimento che si apre con la rimessione dell'accordo dal PM al presidente del Tribunale ('il presidente del Tribunale fissa, entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo'). Non sono esplicitati né la forma né il contenuto del provvedimento del presidente, poiché solo 'all'accordo autorizzato' si riconducono gli effetti disciplinati dal successivo comma 3.

Una disciplina tanto scarna dà ragione delle non univoche interpretazioni proposte dalla giurisprudenza, con riguardo alla natura del provvedimento rimesso al presidente e alla sua funzione nel contesto della procedura di negoziazione assistita, principalmente in relazione alla funzione del PM, da un lato, e alla volontà delle parti, dall'altro.

l'espressione "corrispettivo" per definire il ricavato della vendita forzata, ma "prezzo". Ed in effetti, il termine "corrispettivo" implica appunto una corrispondenza sinallagmatica tra la somma di denaro e il diritto trasferito che presuppone una analoga corrispondenza tra i soggetti il cui patrimonio è coinvolto nell'operazione. Nella vendita forzata è ben evidente che il prezzo del bene venduto non va al proprietario del bene, ma al creditore esecutante e agli eventuali creditori intervenuti e solo *de residuo* al debitore.

²⁶ La conclusione non muta nell'ipotesi in cui il creditore esecutante scelga di non soddisfarsi sul ricavato della vendita forzata ma chieda l'assegnazione del bene espropriato. Anche in tal caso non vi è attribuzione del bene pignorato quale conseguenza diretta dello spoglio di tale bene dal patrimonio del debitore esecutato, anche in tal caso l'acquisto del bene è mediato dalla procedura esecutiva che prevede anche qui lo spoglio coattivo del bene pignorato prima ed indipendentemente dalla sua assegnazione al creditore a soddisfazione del suo credito.