

FLAVIO ROCCHIO

Prof. a contratto nell'Università Cattolica — sede di Milano

## ERRORE E ONERE DELLA PROVA NELLA RIPETIZIONE DELL'INDEBITO

SOMMARIO: 1. Premesse di inquadramento. — 1.1. La causa del contratto. — 1.2. La causa dell'atto astratto. — 1.3. La causa dell'obbligazione. — 1.4.1. La causa dell'attribuzione. — 1.4.2. La mancanza della causa dell'attribuzione. — 2. L'errore dell'attribuente nell'indebito oggettivo. — 2.1. Esposizione delle diverse opinioni. — 2.2. Nostra opinione. — 2.3. L'onere della prova dell'errore. — 3. L'onere della prova nell'azione di ripetizione dell'indebito oggettivo. — 3.1. Oggetto e ripartizione. — 3.2. Il ruolo delle presunzioni.

1. — Il dibattito giuridico in generale, e quello relativo alla ripetizione dell'indebito in particolare, è emotivamente condizionato dall'incertezza che ruota attorno al termine « causa »; un'incertezza che quasi sempre rappresenta un alibi per soluzioni affrettate o una professione di agnosticismo per indagini preventivamente appagate. Eliminati i significati del termine « causa » che non presentano problemi di inquadramento tali da poter essere confusi con altri <sup>(1)</sup>, di seguito si procede in via di estrema sintesi a definire quei significati che invece spesso vengono sovrapposti con l'effetto di aprire la strada a soluzioni intrinsecamente e logicamente scorrette.

1.1. — La causa del contratto è la funzione che le parti hanno inteso perseguire con la stipulazione <sup>(2)</sup>; funzione alla luce della quale verificare l'illecità dello scambio delle controprestazioni <sup>(3)</sup> (ad es.: esercizio del voto politico in cambio di denaro), individuare la disciplina applicabile al rapporto creato dalla stipulazione (in via imperativa ai sensi dell'art. 1339 c.c., o integrativa ai sensi dell'art. 1374 c.c.), delimitare l'area di irrilevanza rappresentata dai motivi (quali scopi ulteriori rilevanti solo nei limiti di cui all'art.

---

<sup>(1)</sup> Si tratta dei significati del termine « causa » intesa quale (a) fatto in senso fisico che cagiona un danno (art. 2043 c.c.); (b) ragione di invalidità (art. 1334 c.c.); fonte di un'obbligazione (art. 2745 c.c.); per l'individuazione di questi significati, unitamente a quelli di cui di seguito nel testo, v. A. LISERRE, *Lezioni di diritto privato*, 2, a cura di F. Rocchio, Milano 2009, p. 289; per il loro sviluppo, sia pure a fini diversi da quelli di cui di seguito nel testo, v. F. Rocchio, *La promessa con funzione di garanzia*, Napoli 2009, p. 26 ss.

<sup>(2)</sup> G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966, *passim*, in particolare p. 370 ss.

<sup>(3)</sup> G. GORLA, *In tema di causa e tipo nella teoria del negozio giuridico (a proposito di un recente libro)*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1967, p. 1497 ss. (il libro cui allude il titolo dell'articolo è quello di Ferri citato nella nota precedente, alla cui impostazione generale Gorla aderisce).

1345 c.c.), risolvere i casi di dissenso fra le parti circa il contenuto del contratto <sup>(4)</sup>.

1.2. — La causa dell'atto astratto è il rapporto fondamentale: nel nostro ordinamento — eccezion fatta per i titoli di credito <sup>(5)</sup> — non è ammesso l'atto astratto, ossia l'atto valido a prescindere dalla vicende del rapporto fondamentale (il nostro ordinamento, si dice, è improntato al causalismo anziché all'astrattezza); nel senso che, quand'anche un atto non menzioni il rapporto fondamentale, al massimo si verifica un'inversione dell'onere della prova circa la (in)sussistenza del rapporto fondamentale e dei suoi elementi costitutivi, ma in ogni caso da questo rapporto dipende la validità dell'atto (art. 1988 c.c.).

1.3. — La causa dell'obbligazione consiste nella giustificazione sostanziale del sacrificio del promittente (o alienante) <sup>(6)</sup>, la quale sia sufficiente a rendere superflua la forma solenne della donazione ai fini della sanzione giuridica (in sintesi, la causa dell'obbligazione è la c.d. causa sufficiente), in quanto la funzione di questa forma, che è quella di assicurare la certezza del diritto (quanto alla volontà di assumere l'impegno sul piano giuridico) e di proteggere il promittente da deliberazioni poco ponderate <sup>(7)</sup>, ha ragione di operare solo là dove non vi sia, appunto, una giustificazione sostanziale del sacrificio del promittente, la quale non pone dette esigenze di protezione <sup>(8)</sup>. Questa giustificazione sostanziale può consistere nello scambio (così, nei contratti a prestazioni corrispettive, ciascuna promessa è causa dell'obbligazione nascente dall'altra; mentre, nei contratti di scambio non corrispettivo, causa della promessa è l'esecuzione — non la promessa — della controprestazione), nell'interesse economico del promittente (che è causa del rilascio di una proposta irrevocabile e in genere delle promesse reclamistiche), nell'obbligazione precedente (che è causa delle assunzioni e delle garanzie del debito altrui) o nella natura pubblica della promessa (come nella promessa al pubblico) <sup>(9)</sup>.

---

<sup>(4)</sup> G. GORLA, *Il contratto, Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico. I — Lineamenti generali*, Milano 1955, p. 206 s.

<sup>(5)</sup> *Contra* F. GALGANO, *Il concetto di titoli di credito*, in *Contratto e impr.*, 2009, p. 285 ss.

<sup>(6)</sup> Precisazione inutile in considerazione della fusione dell'atto traslativo nella promessa in forza dell'art. 1376 c.c.: precisazione che, pertanto, qui viene fatta solo per completezza e che non verrà ripetuta; sicché, nel prosieguo, ogni riferimento al « promittente » dovrà intendersi effettuato anche all'« alienante », e ogni riferimento alla « promessa » anche all'« alienazione ».

<sup>(7)</sup> G. GORLA, *op. ult. cit.*, p. 199.

<sup>(8)</sup> R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, 3, I, in *Tratt. Sacco*, Torino 1994, p. 792 ss.

<sup>(9)</sup> G. GORLA, voce *Consideration*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, p. 182 s.

1.4.1. — La causa dell'attribuzione consiste nella realizzazione o realizzabilità (nella non erroneità, cioè) dello scopo del promittente <sup>(10)</sup>: verificare la ricorrenza della causa dell'attribuzione significa verificare se lo scopo non liberale del promittente si sia realizzato. Detto scopo può consistere nello scopo di adempiere un'obbligazione precedente (*causa solvendi* <sup>(11)</sup>: attribuzioni fatte in adempimento di un contratto a prestazioni corrispettive) o nello scopo di acquistare un diritto o un bene (*causa acquirendi* <sup>(12)</sup>: attribuzioni fatte in vista di una controprestazione che non poteva essere dedotta in obbligazione <sup>(13)</sup> o che, pur potendolo essere, è stata dedotta dalle parti in condizione <sup>(14)</sup>. Lo scopo liberale consiste invece nello scopo di donare (*causa donandi*); il quale, realizzandosi di per sé, nel senso che per arricchire qualcuno con un'attribuzione è sufficiente realizzare l'attribuzione <sup>(15)</sup>, non pone il problema della realizzazione dello scopo del promittente, cioè il problema della causa dell'attribuzione, bensì impone solo la verifica circa la ricorrenza della forma solenne della donazione sul presupposto della mancanza della causa dell'obbligazione (v. *supra*, § 1.3) <sup>(16)</sup>.

La necessità della causa dell'obbligazione non va infatti confusa con la necessità della causa dell'attribuzione. In caso di stipulazione di un contratto a prestazioni corrispettive sussiste senz'altro la causa dell'obbligazione per entrambe (o comunque per tutte) le parti del contratto, nella specie la causa di scambio tra le due (o comunque tra tutte le) promesse poste in rapporto di corrispettività; ma, se quel contratto è nullo o viene risolto, la causa dell'attribuzione non sussiste perché, non essendo mai sussistito (nullità) o essendo venuto meno (risoluzione) il contratto fonte delle obbligazioni con lo scopo di adempiere le quali erano state effettuate le attribuzioni, quello scopo di adempiere non si è realizzato. Al contrario, in caso di stipulazione di un contratto di donazione non si pone senz'altro un problema di causa dell'attribuzione (perché — come detto *supra* — lo scopo di donare si realizza di per sé);

<sup>(10)</sup> P. RESCIGNO, voce *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino 1968, p. 1224.

<sup>(11)</sup> Il mancato avveramento della *causa solvendi* copre lo spazio lasciato dalla romana *solutio indebiti*: D., 12, 6.

<sup>(12)</sup> Il mancato avveramento della *causa acquirendi* copre lo spazio lasciato dalla romana *solutio causa data causa non secuta*: D., 12, 4. Cfr. B. KUPISCH, voce *Arricchimento nel diritto romano, medioevale e moderno*, in *Dig. disc. priv. — sez. civ.*, I, Torino 1987, p. 423 ss.

<sup>(13)</sup> Cfr. Cass. 10 aprile 1964, n. 835, in *R. d. comm.*, 1965, II, p. 333, con nota di G.B. FERRI, *Promessa di adozione e di istituzione di erede e prestazione di lavoro* (la « prestazione » di adozione, in sé lecita — e come tale escludente illiceità dell'oggetto — rende illecito lo scambio di cui sia elemento — come tale comportando l'illiceità della causa).

<sup>(14)</sup> Cfr. Cass. 16 marzo 1943, n. 621, in *G. it.*, 1943, I, 1, p. 245 ss. (relativa a un caso di versamento di una somma di denaro in conto prezzo di una futura compravendita).

<sup>(15)</sup> G. ANDREOLI, *La ripetizione dell'indebito*, Padova 1940, p. 86 s.

<sup>(16)</sup> G. GORLA, *Il contratto*, cit., p. 269, nota 7 e p. 271.

ma, se quel contratto non riveste la forma solenne. Se ciò è chiaro, è altrettanto chiaro che la donazione di modico valore (art. 783 c.c.) e la liberalità d'uso (art. 770, comma 2°, c.c.), ossia le liberalità che non soggiacciono al requisito della forma solenne, non pongono né un problema di causa dell'obbligazione, né un problema di causa dell'attribuzione.

1.4.2. — La reazione dell'ordinamento a fronte della mancanza della causa dell'attribuzione si spiega con l'esigenza di tutelare lo scopo non liberale del promittente: se il suo scopo di adempiere o acquistare non possa realizzarsi (nullità del contratto) o non si realizzi (risoluzione del contratto), egli si troverebbe ad aver fatto un'attribuzione per uno scopo liberale senza averlo voluto <sup>(17)</sup>.

La reazione dell'ordinamento alla mancanza della causa dell'attribuzione è diversa a seconda che esso sia improntato all'astrattezza (ammetta in via generale l'atto astratto) piuttosto che al causalismo (non lo ammetta in via generale), come il nostro (v. *supra*, § 1.2): nel primo caso, l'attribuzione è valida rendendo l'*accipiens* proprietario, ma è soggetta a ripetizione dell'indebito in modo che il *solvens* ottenga la restituzione della proprietà <sup>(18)</sup>; nel secondo caso, l'attribuzione è invalida <sup>(19)</sup> sicché l'*accipiens* non acquista la proprietà e l'azione di ripetizione serve al *solvens* solo al recupero del possesso, in concorso alternativo con l'azione di rivendicazione <sup>(20)</sup> (a meno che l'attribuzione non sia stata comunque valida, cioè il suo destinatario abbia comunque acquistato la proprietà, ma ciò non per il solo fatto dell'attribuzione, bensì perché l'oggetto dell'attribuzione è stato tale da aver prodotto un acquisto della proprietà a titolo originario: caso classico è la confusione di somme di denaro) <sup>(21)</sup>.

Fatte queste premesse di inquadramento, di seguito vengono rilette due dispute classiche in tema di ripetizione dell'indebito: quella relativa alla rilevanza dell'errore dell'attribuente nell'indebito oggettivo e quella relativa all'onere della prova nell'azione di ripetizione dell'indebito sempre oggettivo.

2. — 2.1. — L'opinione maggioritaria (diffusa soprattutto nel vigore del codice attuale), almeno per come viene generalmente ricostruita, ritiene che ai fini dell'azione di ripetizione sia irrilevante l'errore del *solvens* <sup>(22)</sup>.

<sup>(17)</sup> G. GORLA, *op. ult. cit.*, p. 268 s.

<sup>(18)</sup> F.K. VON SAVIGNY, *Le Obligazioni. Traduzione dall'originale tedesco con Appendici*, di G. PACCHIONI, Torino 1915, II, § 78.

<sup>(19)</sup> R.J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, 2<sup>a</sup> ed. italiana, Livorno 1841, p. 68.

<sup>(20)</sup> P. SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano 1961, p. 26, nota 11.

<sup>(21)</sup> W. BIGIAVI, *Legittimazione attiva e passiva nella ripetizione dell'indebito*, in *R. d. comm.*, 1929, II, p. 273 ss.; L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, 2, II, Milano 1948, p. 378, nota 1.

<sup>(22)</sup> M. PESCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche*, Torino 1881, I, p. 253 s.; A. NAMIAS, *Contributo alla teoria della ripetizione dell'indebito*, in *Arch. giur.*, XLV, 1890, p. 104 s.;

L'opinione minoritaria (diffusa nel vigore del codice previgente), almeno come genericamente ricostruita, è invece nel senso della rilevanza dell'errore del *solvens* <sup>(23)</sup> ai fini dell'azione di ripetizione.

C. SCUTO, *Natura giuridica e fondamento della ripetizione dell'indebito nel diritto civile italiano*, in questa *Rivista*, 1917, I, p. 47 ss.; G. PACCHIONI, *I quasi contratti e l'azione di arricchimento ingiustificato*, Padova 1935, p. 225 s.; L. CALIENDO, *Dell'errore del solvens nella ripetizione dell'indebito*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, XII, II, 1935, p. 49; problematico G. OPPO, *Pagamento invalido di titolo all'ordine, ammortamento, ripetizione di indebito*, in *G. it.*, 1947, I, 2, c. 505 ss.; L. BARASSI, *op. cit.*, p. 369 ss.; P. GRECO, *Ripetizione d'indebito e pagamento di assegni circolari ammortizzati*, in *R. d. comm.*, 1949, II, p. 37 s.; F. FERRARA jr., *Questioni in tema di ripetizione di indebito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1949, II, p. 208; N. DISTASO, *Legittimazione attiva del creditore contro l'« accipiens »*, *Indebito oggettivo ed errore del « solvens »*, in *F. it.*, 1950, I, c. 1188 s.; G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli 1955, p. 245; P. RESCIGNO, voce *Ripetizione dell'indebito*, p. 1228; E. MOSCATI, voce *Indebito (pagamento e ripetizione dell')*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1971, p. 86; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 9, V, Milano 1972, p. 509; U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano 1974, p. 30 ss.; P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Tratt. Sacco*, Torino 1996, p. 121; Id., voce *Ripetizione dell'indebito*, in *Dig. disc. priv.* — sez. civ., XVIII, Torino 1998, p. 4; P. CISIANO, *Questioni vecchie e nuove in tema di ripetizione di indebito oggettivo*, in *G. it.*, 2000, p. 54.

<sup>(23)</sup> Ritengono in particolare che l'errore del *solvens* sia elemento costitutivo della ripetizione dell'indebito e, quindi, che la relativa prova gravi sul *solvens*: V. DE PIRRO, *Teoria della ripetizione d'indebito secondo il diritto civile*, Città di Castello 1892, p. 112; V. CAMPOGRANDE, voce *Condictio indebiti*, in *Dig. it.*, VIII, 1, Milano-Roma-Napoli 1896, p. 634 s.; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, 7, V, Firenze 1909, n. 109; E. PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, 5, Firenze 1920, IV, p. 210 s.; G. URANGIA TAZZOLI, voce *Indebito (Ripetizione dell')*, in *Enc. giur.*, VIII, I, Milano, s.d., p. 778.

Ritengono invece che la mancanza di errore del *solvens* sia elemento impeditivo della ripetizione dell'indebito e, quindi, che la relativa prova gravi sull'*accipiens*: N. STOLFI, *Diritto civile*, III, Torino 1932, p. 224 (« Non si fa luogo alla *condictio indebiti*, se il *solvens* sapeva di non essere debitore. Si presume che egli abbia voluto donare ») e p. 227 (« il *solvens* deve provare l'inesistenza del debito e l'eseguito pagamento; l'*accipiens* deve invece provare che tale pagamento aveva una giusta causa, e che ad ogni modo il *solvens* non lo ha eseguito per errore, perché sapeva dell'inesistenza del debito »); G. DEJANA, *Sul requisito dell'errore nella ripetizione dell'indebito*, in *R. d. priv.*, 1937, II, p. 25 s. (« a noi pare che sarebbe stato molto più logico fare della conoscenza dell'inesistenza del debito un fatto impeditivo [...], anziché dell'errore un fatto costitutivo di essa [...]. [...] La nostra dottrina è quasi concorde sul punto che spetti al *solvens* provare il requisito dell'errore. *De jure condito* la tesi si può considerare esatta, perché conforme all'insegnamento tradizionale, ma *de jure condendo*, com'è stato anche di recente osservato, essa è quanto mai ingiusta per l'attore »); F. CARNELUTTI, *Prova dell'errore per la ripetizione dell'indebito*, in *R. d. proc.*, 1938, II, p. 85 (per il quale l'errore certo non è elemento costitutivo, mentre non dice chiaramente se sia elemento impeditivo: « in realtà l'atto *sine causa* non si compie, se non in quanto l'agente versi in errore », « senza bisogno che sia dimostrato l'errore da parte del *solvens* »); G. ANDREOLI, *op. cit.*, pp. 81-117 e 215 (sul presupposto che affinché vi sia un'attribuzione patrimoniale *solvendi causa* è necessario che alla dichiarazione di voler adempiere corrisponda la volontà di adempiere, che ad essere oggetto di prova non sia la corrispondenza della volontà alla dichiarazione, bensì la sua eventuale divergenza, e che in mancanza di errore debba applicarsi la disciplina dell'ingiustificato arricchimento); W. BIGIAVI, *Recensione a G. ANDREOLI, La ripetizione dell'indebito*, in questa *Rivista*, 1940, p. 579 s.

Ritengo altresì che l'errore del *solvens* sia presupposto della ripetizione dell'indebito,

Nessuna delle due opinioni, così come generalmente e genericamente ricostruita, coglie nel segno.

Di sicuro il *solvens* non deve provare di essere stato in errore, cioè di aver avuto l'*animus solvendi* o *adquirendi*, di aver voluto adempiere o acquistare: quindi è sicuramente sbagliata l'opinione minoritaria in base alla quale l'errore del *solvens* sarebbe fatto costitutivo del diritto alla ripetizione. Ma ciò non vuol automaticamente dire che l'errore del *solvens* sia del tutto irrilevante, come vorrebbe l'opinione maggioritaria: l'errore del *solvens* rileva, nel senso che la mancanza di errore del *solvens*, cioè il fatto che questi non abbia voluto adempiere o acquistare, bensì abbia voluto donare, può essere fatto impeditivo del diritto alla ripetizione, il cui onere della prova grava sull'*accipiens* <sup>(24)</sup>. Non è quindi il *solvens* che ha l'onere di provare il suo errore, bensì è l'*accipiens* che ha l'onere di provare la mancanza di errore del *solvens*; più precisamente, non è il *solvens* che deve provare la ricorrenza della *causa solvendi* o *adquirendi* e, quindi, la mancanza della *causa donandi*; bensì è l'*accipiens* che deve provare la mancanza della *causa solvendi* o *adquirendi* e, quindi, la ricorrenza della *causa donandi* (ossia la ricorrenza della causa dell'attribuzione: v. *supra*, § 1.4.1) oltre che il rispetto della forma della donazione (che elimina la necessità della causa dell'obbligazione: v. *supra*, § 1.3).

Affinché questo approdo risulti chiaro, si consideri quanto segue.

2.2. — Nel diritto romano <sup>(25)</sup> e comune era necessario che ai fini della ripetizione il *solvens* provasse l'errore, ossia la convinzione di pagare per adempiere un'obbligazione in realtà insussistente: la mancanza di questa convinzione (la mancanza dell'errore) veniva fatta coincidere con la volontà di

---

senza interrogarsi sull'onere della prova, G. VENZI, *Manuale di diritto civile italiano*, 3, Torino 1928, p. 409 (« Tale pagamento dell'indebito fatto volontariamente, senza errore, cioè sapendo di non esservi obbligato, è irripetibile perché è una donazione »); R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, 6, III, Messina 1932, p. 486 s. (« la scienza dell'inesistenza del debito rende irrevocabile la prestazione eseguita, non già perché col pagamento scientemente fatto sia ristabilita alla *solutio* quella causa remota che mancava (l'esistenza di un debito), ma perché alla causa mancante viene sostituita una causa nuova ed idonea per una irrevocabile attribuzione patrimoniale: l'animo liberale »); E. CASATI-G. RUSSO, *Manuale del diritto civile italiano*, Torino 1948, p. 720 (« La causa di questa [la *solutio*] non è più l'errore, ma altra diversa, che coincide per lo più con l'*animus donandi* »); v. altresì la *Relazione della Commissione Reale al Progetto*, IV, Roma 1936, p. 23 s.: « è eliminato ogni possibile contrasto [tra gli artt. 1237 e 1145 ss. del Codice abrogato], restando chiarito che, per aversi ripetizione nelle obbligazioni civili, si richiede come condizione l'*error solvantis* »; ma v. la *Relazione del Guardasigilli al Codice*, Roma 1943, n. 790, p. 535.

Fare della mancanza di errore un elemento impeditivo piuttosto che dell'errore un elemento costitutivo ha implicazioni, oltre che sul piano processuale dell'onere della prova, anche — per riflesso — sul piano sostanziale del destino del « dubbio » del *solvens*: se l'errore è elemento costitutivo, lo stato di dubbio gli nuoce, se la mancanza di errore è elemento impeditivo, gli giova (F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 82).

<sup>(24)</sup> V. nota precedente, primo capoverso.

<sup>(25)</sup> D., 12, 6, 1.

donare, la quale escludeva per definizione il diritto alla restituzione <sup>(26)</sup>. Il nostro codice del 1865, a differenza del codice napoleone, faceva espressamente riferimento al requisito dell'errore (art. 1145).

Senonché, ci può essere carenza di errore (ossia ci può essere consapevolezza dell'inesistenza dell'obbligazione da adempiere o del bene o diritto da acquistare: v. *supra*, § 1.4.1) e non per questo esserci volontà di donare <sup>(27)</sup>, come ad es. quando si paga solo per evitare il fastidio di un'esecuzione forzata: questa constatazione è stata spesso adottata come argomento per ritenere superfluo il requisito dell'errore del *solvens* ai fini della ripetizione dell'indebito. In realtà, questa constatazione vale solo a chiarire che, se l'errore (ossia l'ignoranza dell'inesistenza dell'obbligazione da adempiere o del bene o diritto da acquistare) comporta la mancanza della volontà di donare, la mancanza della volontà di donare è compatibile anche con la mancanza di errore (nel senso che la mancanza di errore è solo un indice della volontà di donare): vale, in altri termini, a chiarire che ad impedire la ripetizione dell'indebito è soltanto la carenza di errore che coincida con la volontà di donare <sup>(28)</sup>.

<sup>(26)</sup> D., 50, 17, 53. F.K. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, IV, traduzione italiana a cura di A. SCIALOJA, Torino 1889, pp. 1-351.

<sup>(27)</sup> G. DEJANA, *op. cit.*, p. 3 (« Si può pagare, per sottrarsi momentaneamente al fastidio di un giudizio, che sarebbe pregiudizievole, oppure perché costretti da una sentenza ingiusta provvisoriamente esecutiva od infine per effetto di timore causato da minacce da parte del creditore e per tante altre simili ragioni »); G. ANDREOLI, *op. cit.*, p. 85 (« L'attribuzione patrimoniale compiuta da chi ha dichiarato di voler adempiere con essa un certo debito, ma, essendo sciente dell'inesistenza di questo debito, non ha — perché non può averla — la volontà di adempiere questo debito, è da qualificare acasuale [ossia posta in essere *donandi causa*: n.d.r., alla luce di quanto l'Autore precisa *ivi*, p. 86], se l'agente non compia l'attribuzione patrimoniale per uno scopo diverso in qualche modo dichiarato assurgente al significato e valore di causa [volendo l'agente l'effetto in tanto in quanto esso scopo si realizzi]. Questo scopo diverso vi è per es. se l'agente compie l'attribuzione patrimoniale per eliminare una lite, e per sottrarsi al male minacciato da colui che si afferma creditore »); U. BRECCIA, *op. cit.*, p. 32 s. e *ivi* nota 61, nonché p. 364 (« il soggetto — anche se privo di dubbi sull'esistenza dell'obbligazione e soprattutto allorché, nel dubbio, prevalga la rappresentazione dell'inesistenza dell'obbligazione — potrebbe avere ugualmente interesse, almeno quando la definizione giuridica della sua posizione di preteso non obbligato presenti qualche aspetto controvertibile, a premunirsi nei confronti di un'eventuale rappresentazione difforme proveniente dall'autorità giudiziale, nella certezza che, se questa deprecata eventualità non si verifici, l'ordinamento gli offre comunque una tutela adeguata, consentendogli la ripetizione del pagamento indebitamente effettuato »); P. GALLO, *L'arricchimento*, cit., p. 120; *Id.*, voce cit., p. 4 (« una analisi maggiormente approfondita della questione può evidenziare come la carenza di errore non si identifichi necessariamente con la causa donandi. Si può pagare per sottrarsi momentaneamente al fastidio del giudizio; oppure perché costretti da una sentenza ingiusta provvisoriamente esecutiva; o per effetto del timore causato da minacce; o ancora perché si intende adempiere ad una obbligazione naturale; o perché adempiendo de facto il contratto nullo (si pensi in particolare al contratto di lavoro), si spera di ottenere la controprestazione »).

<sup>(28)</sup> Cfr. art. 1901 codice civile spagnolo (dopo che all'art. 1900 viene affermata la necessità che il *solvens* provi il proprio errore): « Si presume che vi sia errore nel pagamento quando si consegna una cosa che non è mai stata dovuta o che sia stata pagata; ma colui, al

## È peraltro chiaro che, poiché la volontà di donare in tanto produce effetti

quale la restituzione è domandata, può provare che la consegna è stata fatta a titolo di liberalità, o per ogni altra giusta causa ».

Anche molti degli autori che negano rilevanza all'errore del *solvens* ai fini della ripetizione dell'indebito (v. nota 22), ammettono che la volontà di donare del *solvens* (della quale la mancanza di errore del *solvens* è senz'altro, quantomeno, un indice) escluda il suo diritto alla ripetizione; si riporta per esteso il pensiero di questi autori, a dimostrazione che non c'è tanto chi neghi rilevanza all'errore del *solvens*, quanto c'è chi fa coincidere la mancanza di errore senz'altro con la volontà di donare, e chi — correttamente — no: M. PESCATORE, *op. loc. cit.* (« non [è] vero in modo affatto costante, che la scienza dell'indebito assoluto ne inibisca sempre la ripetizione [...]. Può avvenire che un indebitto assoluto sia stato scientemente pagato per non compromettere intanto maggiormente il proprio credito già vacillante per altre cause, ovvero anche per sottrarsi a momentanee pressioni, a ingiuste molestie per parte di terzi parenti (e fossero pure vanamente temute), ovvero infine, per rimuovere, in caso d'urgenza, un ingiusto rifiuto di chi tenta di abusare delle circostanze [...]; in una parola, data la forma di un *pagamento* e verificatosi un indebitto assoluto, emerge la questione di fatto se la dazione si risolva intenzionalmente in una donazione, o in una transazione, od anche sia un abbandono assoluto per evitare una lite. Escluso dalle circostanze l'animo di donare, o di transigere, escluso dall'evidenza dell'indebito ogni timore di lite, non rimane altro titolo di ritenzione che il *pagamento*. [...] Se la cosa consegnata non è suscettiva di trasferirsi in via di dono manuale, come non lo sono gli immobili, l'animo di donare presunto o anche accertato, non impedisce di diritto la ripetizione, quando coll'obbligazione civile manchi eziandio l'obbligazione naturale »); A. NAMIAS, *op. loc. cit.* (« Ma nel diritto moderno v'è egli la stessa ragione per richiedere sempre il requisito dell'errore onde abbia luogo la ripetizione? Evidentemente no, perché oggi per le donazioni si richiede l'atto pubblico, sicché quand'anche si provi che chi pagò indebitamente sapeva di nulla dovere, non può per mancanza delle formalità, presumersi che egli abbia voluto donare. Solo quando l'oggetto del pagamento indebitto sia tale che avrebbe anche potuto formare oggetto di donazione manuale proporzionata alle facoltà del donante, per le quali donazioni, come è noto, non si richiede per costante giurisprudenza, la formalità dell'atto pubblico, solo in tal caso è condizione necessaria l'errore perché si accordi la ripetizione dell'indebito, perché altrimenti si presumerebbe che il *solvens* avrebbe voluto donare. Questa distinzione per rapporto alla necessità dell'errore è ammessa da tutti gli scrittori di diritto civile, e viene come ognuno vede a confermare validamente la nostra teoria per cui il fondamento giuridico della ripetizione dell'indebito riposa nella mancanza di proprietà dell'*accipiens* sulla cosa per mancanza di titolo. [...] sull'errore possiamo ora affermare come esso non costituisca per sé direttamente un elemento costitutivo del pagamento indebitto, ma solo sia richiesto talvolta per provare il vero e sostanziale elemento della ripetizione dell'indebito, la mancanza cioè di ogni titolo nell'*accipiens* »); C. SCUTO, *op. cit.*, p. 69 (« Dato che taluno paghi scientemente un debito, è *probabile* che ci sia una donazione: perché questa ci sia veramente, simulata sotto l'atto di pagamento, occorre che dalla donazione ci siano tutti i requisiti necessari. In caso affermativo, ciò che è stato dato dal *solvens* è irripetibile, ma non tanto perché ci sia da parte sua la conoscenza di non essere debitore, quanto perché in sostanza c'è un altro negozio giuridico. Presupposto che si abbiano le forme necessarie, richieste *ad substantiam* nella donazione, o che di queste si possa eccezionalmente fare a meno (come nei così detti doni manuali), può darsi che della donazione manchi l'*animus donandi*, oppure l'accettazione da parte dell'*accipiens* »); *ivi*, p. 79 (« Le cose stanno così, finché si resti nell'orbita del pagamento e non subentri al posto di questo un altro negozio, ciò che dipende dalla controprova che potrà dare l'*accipiens*. Egli potrà provare l'esistenza di quest'altro negozio, che giustifichi la prestazione in suo favore, od in generale l'esistenza di una ragione che legittimamente l'autorizzi a trattenerne »); G. PACCHIONI, *op. loc. cit.* (« Che poi chi paga *consulto* ciò che non deve assolutamente doni sempre e ne-



in quanto sia manifestata in forma solenne (poiché, cioè, la presenza della causa dell'attribuzione non esclude la necessità della causa dell'obbligazione: v. *supra*, § 1.4.1), in tanto la volontà di donare è in grado di impedire la ripetizione, in quanto detta volontà sia vestita dalla forma della donazione <sup>(29)</sup>.

---

cessariamente è pure da escludersi perché può aver pagato *consulto* per altri fini che non siano l'*animus donandi*, e perché per la donazione occorrono forme speciali »); G. ORPO, *op. loc. cit.* (quando « alla scienza di non essere obbligati si accompagna la volontà di attribuire per altra causa, [...] è manifestamente fuor di luogo parlare di indebito e la irripetibilità non è prodotta dalla mancanza di errore, ma dalla volontà rivolta all'attribuzione su un fondamento causale diverso dalla *causa solvendi* (sempre che questa volontà sia efficacemente manifestata, ad es., per la forma, se la causa è *donandi*) »); L. BARASSI, *op. loc. ult. cit.* (« Oggi adunque non è l'errore che bisogna provare per giustificare la ripetizione, bensì la volontà di donare per escluderla. Praticamente ne deriva la necessità che in tal caso siano osservate della donazione le esigenze formali »); P. GRECO, *op. loc. cit.* (« Chiaro altresì che l'errore entra in gioco nella maggior parte dei casi di indebito oggettivo, che sia tale per mancanza (e non per illiceità) della causa *debendi* (non in tutti, e non per es. nell'ipotesi di riforma di una sentenza provvisoriamente esecutiva, salvo che non ci si voglia qui riferire all'errore del giudice), soltanto come presupposto psicologico della fattispecie poiché l'assenza dell'errore si risolverebbe per necessità nella presenza della *causa donandi*, a meno che non si abbia a che fare con l'atto di un infermo di mente »); F. MESSINEO, *op. loc. cit.* (« esso [il pagamento indebito] è, senz'altro, ripetibile, anche se eseguito spontaneamente e non in dipendenza di un errore; salvo il caso di liberalità »); U. BRECCIA, *op. cit.*, p. 31, nota 58: (« argomentando in base alla problematica della perfezione e validità della donazione, si limita l'ambito del pagamento irripetibile del *solvens sciens*, ma non si può escludere che il pagamento non dia luogo a *condictio* (sia pure nell'ipotesi marginale di una corrispondenza con una donazione manuale) »); P. GALLO, *L'arricchimento*, cit., p. 121; *Id.*, voce *Ripetizione dell'indebito*, cit., p. 4 (« compete semmai all'*accipiens* indebiti l'onere di provare circostanze idonee ad escludere la ripetizione; come per esempio che il pagamento è stato effettuato sulla base di un valido vincolo contrattuale, in adempimento di un'obbligazione naturale, o ancora per spirito di pura liberalità. [...] le peculiarità del sistema italiano si spiegano per lo meno in parte ove si consideri che nel nostro ordinamento la consegna non è, in linea di principio, modo di trasferimento della proprietà; si consideri ancora che la donazione manuale (art. 783 c.c.), come pure la sanatoria della donazione tramite esecuzione (art. 799 c.c.), è ammessa nel nostro ordinamento in termini assai più ristretti di quanto non lo sia in Francia, Germania e Paesi di *common law* »).

<sup>(29)</sup> A. NAMIAS, *op. loc. cit.*; V. CAMPOGRANDE, voce *Condictio indebiti*, cit., p. 631 s. (« E qui sorge la famosa questione se una liberalità fatta sotto forma di pagamento indebito sia valida. [...] Quando si tratta di cose mobili, la liberalità è valida, poiché la dottrina e la giurisprudenza, di accordo, ammettono che la donazione, malgrado la mancanza delle formalità prescritte dalla legge, sia perfetta per il solo fatto della tradizione, specialmente se si tratta di doni modici o giustificati dalle circostanze in cui sono fatti, o dalla qualità delle persone tra le quali hanno luogo (*doni manuali* o, più esattamente, *regali d'uso*). [...] Ora, nel caso che esaminiamo [diverso da quello di pagamento indebito di beni mobili], non esiste pagamento perché manca il debito; non v'è neppure donazione perché manca l'atto pubblico; quindi il *solvens* conserva la proprietà dell'immobile e può ripeterlo »); C. SCUTO, *op. loc. ult. cit.*; G. VENZI, *op. loc. cit.* (« il valore di questo principio è reso quasi nullo dalla formalità che l'art. 1056 esige per le donazioni; l'atto pubblico è richiesto come requisito *ad substantiam*. Dimodoché o vi è questa forma, ed allora l'atto è valido perché si tratta di una donazione, e la ripetizione è inammissibile essendo la stessa per natura sua irrevocabile (art. 1050); o non vi è l'atto pubblico, e ciò che si è dato è ripetibile per mancanza di causa, essendo la donazione, compiuta senza la forma richiesta, nulla in modo assoluto e non

Nel nostro ordinamento, dunque, ai fini della ripetizione dell'indebito l'errore del *solvens*, inteso nel senso corretto di mancanza nel *solvens* di volontà di donare, è ben rilevante, sia pure entro limiti ristretti.

In generale, in qualsiasi ordinamento, se non si pongano questioni di validità dell'attribuzione per inosservanza della forma della donazione (ossia sotto il profilo della causa dell'obbligazione), la volontà di donare del *solvens* è in grado di paralizzare l'azione di ripetizione (perché esclude anche il problema della causa dell'attribuzione). In particolare, là dove le deroghe alla forma della donazione siano limitate, lo spazio di rilevanza della volontà di donare del *solvens* è altrettanto limitato: in Italia, dovrebbe trattarsi di un'attribuzione qualificabile come donazione manuale di modico valore oppure di un'attribuzione effettuata con la forma della donazione, quando il valore non sia modico (l'ipotesi della liberalità d'uso è da escludersi per definizione). Là

confermabile neanche coll'esecuzione volontaria (salvo che se l'esecuzione sia stata fatta dagli eredi o aventi causa, artt. 1310, 1311). Il principio per conseguenza conserva la sua efficacia soltanto per le donazioni così dette *manuali* che, come vedremo, per la loro poca entità, sono esenti dall'obbligo della forma »); G. PACCHIONI, *op. loc. cit.*; G. DEJANA, *op. loc. ult. cit.* (« anche nei casi in cui sussiste lo spirito di liberalità, questo non è sufficiente a rendere valida l'attribuzione, perché a tal uopo sarebbe necessaria l'accettazione del donatario e l'osservanza della forma prescritta »); G. ANDREOLI, *op. cit.*, p. 91 ss. (« Si noti bene: noi affermiamo qualificarsi l'attribuzione patrimoniale in parola come attribuzione patrimoniale *donandi causa*, non affermiamo esservi donazione come negozio perfetto in tutti i suoi elementi e pienamente produttivo dell'effetto giuridico. Donazione come negozio perfetto in tutti i suoi elementi può non esservi. [...] Può l'attribuzione patrimoniale acasuale essere nulla [...] per difetto di forma. E data la nullità dell'attribuzione patrimoniale propria acasuale, o *donandi causa* che dir si voglia, alla quale sia seguita un'attribuzione patrimoniale impropria del possesso *solvendi causa*, sorge [...] a favore dell'attribuente la ripetizione dell'indebito [...] »); G. OPPO, *op. loc. cit.*; L. BARASSI, *op. cit.*, p. 368 (« Il diritto romano accennava esattamente alla intenzione di donare. Esatto, ripeto; ma allora perché non esigere il presupposto formale di cui all'art. 782, sempre che non si tratti di una donazione di modico valore, art. 783? »); P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano 1962, p. 12 (« Se la ripetizione venisse esclusa ove la prestazione sia stata compiuta con la consapevolezza che essa era senza causa, ciò implicherebbe per il donante la possibilità di sanare i vizi di forma della donazione attraverso l'esecuzione di essa »); U. BRECCIA, *op. cit.*, p. 31 (« non sempre si aveva cura di precisare che la possibilità di escludere la restituzione avrebbe dovuto essere subordinata in tal caso alla presenza dei requisiti formali richiesti per la validità del negozio »); P. GALLO, *L'arricchimento*, cit., p. 120; Id., voce *Ripetizione dell'indebito*, p. 4 (« anche nei casi in cui sussiste lo spirito di liberalità, questo non è sufficiente a rendere valida la attribuzione, perché a tal fine sarebbe necessaria la accettazione del donatario ed il rispetto delle formalità prescritte »).

*Contra* G. GIORGI, *op. cit.*, p. 161 (sull'erroneo presupposto che il pagamento sciente dissimulerebbe una donazione, e la donazione dissimulata sarebbe esentata dal requisito di forma: « quando anche non si possa parlare di donazione manuale, la donazione si sosterrà sempre per la massima di giurisprudenza, ormai accettata generalmente, che le donazioni mascherate sotto l'apparenza di un altro atto sono valide, sebbene prive delle formalità sostanziali per le donazioni »); e, forse, N. STOLFI, *op. cit.*, p. 224 (per il quale il pagamento sciente è ripetibile solo nel caso in cui si sia risolto in una donazione vietata dalla legge per ragioni sostanziali, non formali: « Nel caso però che queste donazioni siano vietate dalla legge, come quelle tra coniugi e quelle ai figli incestuosi e adulterini, allora potrà essere intentata la *condictio* »).

dove, invece, le deroghe alla forma della donazione siano ampie, altrettanto ampio sarà lo spazio di rilevanza della volontà di donare del *solvens*: si pensi alla Francia, in cui la donazione manuale è ammessa dagli interpreti senza limiti (ossia anche oltre il modico valore), i quali non per niente richiedono l'errore del *solvens* ai fini della ripetizione<sup>(30)</sup>; oppure si pensi alla Germania, in cui — coerentemente con il riconoscimento in via generale dell'atto astratto — il vizio di forma della donazione è sempre salvato dall'esecuzione (§ 518), e in cui non per niente la mancanza di errore è espressamente prevista quale presupposto della ripetizione (§ 814). Medesimo dovrebbe essere il criterio orientativo (ossia rilevanza dell'errore — sempre inteso quale mancanza della volontà di donare — nel caso in cui l'attribuzione sia stata vestita con la forma della donazione o l'esecuzione abbia salvato il difetto di forma) per quegli ordinamenti che pure subordinano la ripetizione all'errore del *solvens* — pur non ammettendo in via generale l'atto astratto (art. 63 del codice svizzero delle obbligazioni e art. 1895 del codice civile spagnolo)<sup>(31)</sup>.

2.3. — Quanto, poi, all'onere della prova in tema di errore (se cioè debba essere il *solvens* a dimostrare il proprio errore, ossia la mancanza della sua volontà di donare, o non piuttosto l'*accipiens* a dimostrare la mancanza di errore del *solvens*, ossia la sua volontà di donare), per individuare su chi gravi bisogna ragionare secondo l'*id quod plerumque accidit*. Poiché normale è lo scambio<sup>(32)</sup> e anormale è la donazione, è l'anormalità a dover essere oggetto di prova: è l'*accipiens*, quindi, che deve provare la volontà di donare del *solvens*, quale fatto impeditivo della sua pretesa restitutoria, oltre a dover provare che quella volontà di donare non ponga un problema di forma della donazione<sup>(33)</sup>.

Allo stesso risultato, circa il soggetto su cui grava l'onere della prova, si giunge anche alla luce di quanto si dirà nel prossimo paragrafo.

Infine, a maggior ragione grava sull'*accipiens* l'onere della prova circa la mancanza di errore del *solvens*, per chi ritenga che la rilevanza di detta mancanza si giustifica non alla luce del rilievo della *causa donandi* circondata della necessaria forma, bensì alla luce del divieto di *venire contra factum proprium*, che sarebbe violato dal *solvens sciens* e da sanzionarsi in forma specifica con la reiezione della pretesa restitutoria<sup>(34)</sup>.

<sup>(30)</sup> R. SACCO, *Causa e consegna*, cit., p. 530; ID., *Il contratto*, cit., p. 824.

<sup>(31)</sup> B. KUPISCH, *Causalità e astrattezza*, in L. VACCA (a cura di), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparativa*, II, Milano 1991, p. 452.

<sup>(32)</sup> G. GORLA, *op. ult. cit.*, p. 313: « gli uomini [...] normalmente non promettono a titolo gratuito »; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano 2001, p. 373: « nella nostra civiltà [...] lo scambio utilitaristico è il paradigma dominante della razionalità sociale »; P. ZATTI-V. COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, 12, Padova 2009, p. 30: « è un principio generale l'onerosità dei contratti (cioè che a un vantaggio di un contraente debba corrispondere un vantaggio dell'altro) ».

<sup>(33)</sup> V. gli autori citati alle note 23, primo capoverso, 28 e 29.

<sup>(34)</sup> G. DEJANA, *op. cit.*, p. 23 (« Ora, s'è vero che la regola secondo la quale "è ingiusto

3. — 3.1. — Secondo l'opinione comune, nell'azione di ripetizione dell'indebitito il *solvens* — oltre a quel che sicuramente deve provare e, cioè, di aver effettuato un'attribuzione — non ha l'onere di provare il suo errore: ciò è corretto, perché in realtà è l'*accipiens* che ha l'onere di provare la mancanza di errore, ossia la volontà di donare, del *solvens* (v. *supra*, § 2). Ma, sempre secondo l'opinione comune, il *solvens* ha l'onere di provare la mancanza dell'obbligazione da adempiere (per l'ipotesi di attribuzione *causa solvendi*) o la mancanza del bene o diritto da acquistare (per l'ipotesi di attribuzione *causa adquirendi*): in una parola, ha l'onere di provare la mancanza della causa dell'attribuzione <sup>(35)</sup>.

e quindi non è dato *venire contra factum proprium* non costituisce un principio generale di diritto, è certo però che, essendo essa quanto mai conforme ai retti sentimenti giuridici e alle esigenze della vita degli affari, può essere utilmente applicata anche nel nostro argomento »); W. BIGIAVI, *op. loc. ult. cit.* (« mi sembra impossibile far intervenire questa norma [ossia legittimare il *solvens* alla *condictio*] allorché una parte, volontariamente e scientemente, si sia spogliata di una cosa a favore di un terzo che (secondo lei) non vi aveva diritto: con ciò, infatti, essa ha provato il suo disinteresse per la tutela giuridica in quel dato caso e ha posto in essere una *situazione di fatto* (il che non accade nell'ipotesi di mera assunzione di un obbligo), nel senso volgare delle parole. Concederle questa tutela in un secondo tempo significherebbe introdurre complicazioni senza fine, significherebbe, in certo qual modo, consentire al prossimo di farsi beffe della giustizia »: anche se poi la giustificazione « tecnica » di questa soluzione viene trovata nel principio per cui *in pari causa turpitudinis melior est conditio possidentis*); cauto U. BRECCIA, *op. cit.*, p. 37 s.; ma v. E. PACIFICI MAZZONI, *op. loc. cit.*, il quale, pur alludendo chiaramente al divieto di *venire contra factum proprium* (chi ha pagato l'indebitito non può ripetere « benché abbia ciò fatto senza spirito di liberalità [...] non dovendo permettersi che alcuno si prenda gioco della giustizia, pagando una cosa al solo scopo di ripeterla »), nondimeno pone l'onere della prova circa la ricorrenza dell'errore del *solvens* in capo a questo.

<sup>(35)</sup> V. CAMPOGRANDE, voce *Condictio indebiti*, p. 634; F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 85; G. ANDREOLI, *op. cit.*, p. 219 [il quale segnala altresì che medesima è l'opinione dei giuristi soprattutto di Paesi improntanti all'astrattezza, i quali arrivano a questo risultato per lo più alla luce di non condivisibili presunzioni (per cui nel pagamento sarebbe insito un riconoscimento del debito, o quanto meno sarebbe da presumere esistente un riconoscimento del debito, una volta provato il pagamento, ovvero addirittura dovrebbe presumersi senz'altro esistente il debito una volta provato il pagamento): *ivi*, p. 216 s., nota 9 e comunque sul punto v. meglio *infra*, nel testo]; F. TALASSANO, *Condictio indebiti*, in *F. pad.*, 1947, I, p. 397; L. BARASSI, *op. cit.*, p. 370; F. GIORGIANNI, voce *Causa* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960, p. 471; F. MESSINEO, *op. loc. cit.*; E. MOSCATI, voce *Indebito (pagamento e ripetizione dell')*, p. 85 s.; Id., *Pagamento dell'indebitito*, artt. 2033-2040, in *Comm. Scialoja-Branca*, Libro IV, *Obbligazioni* (artt. 2028-2042), Bologna-Roma 1981, pp. 61-580; U. BRECCIA, *op. cit.*, p. 400; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova 2009, p. 1098 s.

In giurisprudenza, v. Cass. 17 luglio 2008, n. 19763, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 7-8, p. 1168 (che si segnala per aver smentito l'orientamento — rappresentato da Cass. 30 gennaio 2006, n. 2032, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, p. 1 e Cass. 29 settembre 2004, n. 19587, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, p. 9 — in base quale, qualora sia l'*accipiens* ad agire per l'accertamento negativo del diritto del *solvens* alla ripetizione, allora è l'*accipiens* a dover dimostrare la mancanza della natura indebita del pagamento e non il *solvens* a dover dimostrare la natura indebita del pagamento: questo orientamento rappresentava un'eccezione nell'opinione consolidata della giurisprudenza, ed è stato prontamente rimosso); Cass. 17 marzo 2006, n. 5896, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, p. 4; Cass. 13 novembre 2003, n. 17146, in

Questo, in effetti, è stato il regime dell'onere della prova per il diritto romano, e questo è il regime dell'onere della prova nel diritto tedesco; ma questo, appunto — si omette di ricordare — è (stato) il regime dell'onere della prova in sistemi che conoscono (conoscevano) in via generale l'atto astratto, ossia l'atto che astrae dalle vicende del rapporto fondamentale; in sistemi, cioè, in cui l'atto (promessa o alienazione che sia: v. *supra*, nota 5) è (era) valido quand'anche nel rapporto fondamentale mancassero la causa dell'obbligazione o dell'attribuzione.

In questi sistemi, che oltre al causalismo (inteso quale contrario di astrattezza) ignorano il consensualismo (inteso quale contrario di realtà) dell'atto di disposizione, è logico che l'onere della prova gravi sul *solvens*: nel momento in cui questi alleghi e provi in giudizio di aver effettuato un atto di disposizione a favore dell'*accipiens*, egli allega e prova che questo atto di disposizione abbia prodotto effetti in capo all'*accipiens*, il quale ha acquistato la proprietà della cosa consegnatagli quand'anche il rapporto fondamentale sia carente della causa dell'obbligazione o dell'attribuzione (ad es., consegna di cosa senza che l'*accipiens* abbia promesso e dato niente in cambio: mancanza di causa dell'obbligazione; consegna di cosa in adempimento di un contratto

---

*Contratti*, 2004, p. 678, con nota di C. MENICHINO, *Ripetizione di indebito oggettivo ed onere della prova*; Cass. 15 luglio 2003, n. 11073, in *Nuova g. civ. comm.*, 2004, I, p. 447, con nota di E. MOSCATI, *Legittimazione passiva ed onere probatorio nella ripetizione dell'indebito, tra ius tralaticium e ricostruzioni dottrinali*, in cui smorza le opinioni precedentemente manifestate nel senso dell'incombenza sul *solvens* dell'onere della prova; Cass. 23 agosto 2000, n. 11029, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 1823; Cass. 21 luglio 2000, n. 9604, in *F. it.*, 2001, I, p. 2009; Cass. 13 febbraio 1998, n. 1557, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 249; Cass. 11 febbraio 1999, n. 1170, in *G. it.*, 2000, p. 54, con nota cit. di P. CISIANO (« Il principio, secondo cui, in tema di ripetizione di indebito oggettivo, l'attore ha l'onere di provare, oltre al fatto materiale dell'avvenuto pagamento, l'inesistenza o il venir meno della *causa debendi*, presuppone il *thema probandum* già specificamente individuato. Qualora però il titolo giustificativo del pagamento sia prospettato come ignoto dall'attore, questi può limitarsi ad invocare ed a provare l'inidoneità del titolo da lui stesso ipotizzato, fermo restando il suo onere di dimostrare l'inidoneità della diversa causa dell'attribuzione, eventualmente indicata dal convenuto »); Cass. 28 luglio 1997, n. 7027, in *Nuova g. civ. comm.*, 1998, I, p. 702, con nota di S. CALTABIANO, *A proposito della cosiddetta prova negativa nella conditio indebiti* (« Nella ripetizione di indebito incombe all'attore fornire la prova non solo dell'avvenuto pagamento, ma anche della mancanza di *causa debendi* ovvero del successivo venir meno di questa, incombe all'*accipiens* la dimostrazione di altra eventuale fonte di debito »); Cass. 22 aprile 1997, n. 3468, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, p. 626; Cass. 18 dicembre 1995, n. 12897, in *G. it.*, 1996, I, 1, c. 1064; Cass. 11 marzo 1987, n. 2525, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 1967 e Cass. 12 marzo 1984, n. 1690, in *G. it.*, 1985, I, 1, c. 638 (« al *solvens* compete determinare la causa di ciascun pagamento e anzi la configurazione di questo in riferimento a un determinato (ed eventualmente anche controverso) obbligo conforme; [...] conseguentemente nella successiva azione di ripetizione deve il *solvens* dimostrare la inesistenza solo di quella causa da lui stesso individuata all'atto del pagamento, incombe all'*accipiens* la dimostrazione di una eventuale altra fonte di debito »); Cass. 22 giugno 1983, n. 4276, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, fasc. 6; Cass. 4 gennaio 1980, n. 12, in *Mass. Giust. civ.*, 1980, fasc. 1; Cass. 14 febbraio 1979, n. 963, in *Mass. Giust. civ.*, 1979, fasc. 2.

inadempito dall'*accipiens*: mancanza di causa dell'attribuzione); per cui la pretesa del *solvens*, che è quella di ottenere il ritrasferimento della proprietà della cosa consegnata all'*accipiens* (v. *supra*, § 1.4.2), in tanto può essere accolta, in quanto il *solvens* allega e provi fatti che dimostrano il venir meno del diritto di proprietà acquistato dall'*accipiens* per il solo fatto della consegna, come ad es. il fatto che il rapporto fondamentale sia carente di causa dell'obbligazione o dell'attribuzione.

Al contrario, nei sistemi che, come quello italiano, ignorano in via generale l'atto astratto, ossia nei sistemi in cui la validità dell'atto dipende dalle vicende del rapporto fondamentale, nel momento in cui il *solvens* allega e provi di aver effettuato un atto di disposizione (reale, si precisa, perché se fosse solo consensuale l'azione di ripetizione non avrebbe utilità e spazio) <sup>(36)</sup> a favore dell'*accipiens*, non per questo egli allega e prova che quell'atto di disposizione abbia prodotto effetti in capo all'*accipiens*, il quale *non* ha acquistato la proprietà della cosa consegnatagli nel caso in cui il rapporto fondamentale sia carente di causa dell'obbligazione o dell'attribuzione; per cui la pretesa del *solvens*, che è quella di ottenere il ritrasferimento del possesso della cosa consegnata all'*accipiens* (v. *supra*, § 1.4.2), in un giudizio diverso dalla revindica e, quindi, in un giudizio in cui il suo diritto di proprietà non è in contestazione, può per ciò solo essere accolta (cioè per il fatto che sia stato provato l'atto di disposizione a favore dell'*accipiens*), salvo che l'*accipiens* allega e provi fatti che dimostrino la validità del rapporto fondamentale — del quale sussistano tanto la causa dell'attribuzione quanto la causa dell'obbligazione — ossia allega e provi che egli ha acquistato la proprietà della cosa consegnatagli.

L'onere della prova in tema di ripetizione dell'indebito non può logicamente essere regolato nello stesso modo nei sistemi improntati all'astrattezza e in quelli improntati al causalismo.

Nel nostro ordinamento, dunque, nell'azione di ripetizione dell'indebito sul *solvens* grava unicamente l'onere di provare di aver effettuato una consegna all'*accipiens*, dal momento che questa sola circostanza lo legittima ad avere quanto consegnato in restituzione; l'*accipiens*, al fine di respingere la pretesa restitutoria del *solvens*, può invece allegare, e in tal caso deve provare, di aver acquistato la proprietà di quanto consegnatogli, ossia deve provare fatti che dimostrino la validità del rapporto fondamentale sia sotto il profilo della causa dell'obbligazione che sotto il profilo della causa dell'attribuzione: concretamente, o l'*accipiens* prova che il *solvens* abbia voluto adempiere o acquistare e che l'obbligazione che il *solvens* ha voluto adempiere o il bene o il diritto che il *solvens* ha voluto acquistare sussistano; oppure l'*accipiens* prova che il *solvens* abbia voluto donare, ma in tal caso deve provare anche che quella volontà di donare non ponga problemi di forma solenne <sup>(37)</sup> [v. *supra*,

<sup>(36)</sup> U. BRECCIA, *op. cit.*, p. 111 s.

<sup>(37)</sup> Spunti in questo senso già in R. SACCO, *Causa e consegna nella conclusione del mu-*

§ 2: in tal modo, si arriva altrimenti che attraverso il ragionamento sviluppato alla fine di quel paragrafo a porre l'onere della prova circa l'(la mancanza dell)'errore del *solvens* in capo all'*accipiens*].

3.2. — L'opinione comune, nel porre in capo al *solvens* l'onere della prova della mancanza della causa dell'attribuzione (anziché sull'*accipiens* l'onere della prova della sussistenza della causa dell'attribuzione, oltre che dell'obbligazione), non ragiona in senso opposto a quanto appena detto; piuttosto, fa ricorso a meccanismi di inversione dell'onere della prova — il che, peraltro, conferma la soluzione sopra proposta, in un contesto di onere della prova non invertito — nel momento in cui ritiene che il pagamento faccia presumere la causa dell'attribuzione, o che il pagamento faccia presumere un riconoscimento di debito, o che il pagamento implichi un riconoscimento di debito (o che comunque il *solvens* debba dimostrare tutti gli elementi costitutivi della propria pretesa: ma si tratta appunto di vedere quali essi siano) <sup>(38)</sup>.

*tuò, del deposito e del comodato*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1971, I, p. 532; Id., in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, 3, in *Tratt. Sacco*, I, Torino 2004, p. 827 (« ripetizione dell'indebito (azione personale, che presuppone la prova della *traditio* e null'altro »); P. GALLO, *L'arricchimento*, cit., p. 121; Id., voce *Ripetizione dell'indebito*, p. 4.

<sup>(38)</sup> Cfr. A. DALMARTELLO, *Il pagamento come riconoscimento del debito e la ripetizione dell'indebito*, in *Temi emiliana*, 1935, I, p. 49 ss. (il quale però precisa *ivi*, p. 52 s., nota 4, che « il riconoscimento può essere limitato colla espressione del dubbio circa l'obbligo o colla espressione della riserva »: così, in tempi più recenti, Cass. 11 marzo 1987, n. 2525, cit. e Cass. 12 marzo 1984, n. 1690, cit.); L. BARASSI, *op. loc. ult. cit.*, p. 370: « È l'attore, come si capisce, che deve provare che il debito non esiste. Su ciò nessun dubbio: benché si tratti di un fatto negativo, che (secondo una vecchia, ormai sorpassata dottrina) si riteneva sfuggisse alla possibilità di un accertamento. [...] La ragione che se ne dà è che quando un pagamento è fatto si deve fino a prova contraria presumere che la causa, cioè il debito [...], esista. Tocca quindi a chi ha pagato dare questa prova contraria, nell'azione di ripetizione. E ciò è perfettamente esatto, e corrispondente alle regole circa la distribuzione dell'onere della prova dipendente dalla maggiore o minore probabilità statistica di un fatto. E del resto il "non debito" è presupposto generativo della ripetizione »; R. SACCO, *La presunzione di buona fede*, in questa *Rivista*, 1959, I, p. 255, nota 98, dove afferma che « La dottrina è quasi unanime nell'imporre all'attore che ha pagato l'onere di provare l'inesistenza del debito »; che G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, 3, Napoli 1923, p. 786, propone questo caso come esempio scolastico di questione pacifica; e che « Discusso invece è il fondamento di tale imposizione dell'onere della prova: si è invocata volta a volta l'inerenza nel pagamento di un riconoscimento di debito, l'attitudine del pagamento a far presumere un riconoscimento di debito, od a far presumere l'esistenza del debito, il principio per cui gli elementi costitutivi della fattispecie che dà luogo alla ripetizione devono essere provati dall'attore »; F. GALGANO, *op. loc. ult. cit.* [« Chi agisce in ripetizione deve superare la tacita ricognizione di debito che è implicita nel pagamento »; l'A. cita a supporto della propria tesi due sentenze (Cass. 11 marzo 1987, n. 2525 e Cass. 12 marzo 1984, n. 1690, cit.) le quali però non hanno affermato che sempre una tacita ricognizione di debito sia implicita nel pagamento, bensì che di sicuro questa ricognizione non c'è in caso di pagamento con riserva; sì che la questione viene a porsi proprio come nel testo: ossia se il pagamento comporti o meno normalmente una riserva implicita].



Senonché, a ritenere che il pagamento faccia presumere la causa dell'attribuzione, si assegna al pagamento un effetto di astrazione processuale che in realtà l'ordinamento assegna solo al riconoscimento di debito (nonché alla promessa ricognitiva: art. 1938 c.c.): si confonde, cioè, la causa dell'attribuzione con la causa dell'atto (processualmente) astratto, ossia si confonde la realizzazione dello scopo del promittente con il rapporto fondamentale<sup>(39)</sup> (v. *supra*, §§ 1.2 e 1.4.1; e ciò fermo restando che, se ci fosse effettivamente l'inversione dell'onere della prova circa il rapporto fondamentale, chi abbia riconosciuto il proprio debito può provare tutti i fatti in grado di infirmare detto rapporto e, tra questi, anche la mancanza della causa dell'attribuzione, così come la mancanza della causa dell'obbligazione o l'operare di una garanzia e così via).

A ritenere, invece, che il pagamento faccia presumere un riconoscimento di debito, a parte i dubbi circa la bontà della distribuzione dell'onere della prova cui si arrivi transitando per due presunzioni (presunzione dell'esistenza di un riconoscimento che, a sua volta, fa presumere esistente il rapporto fondamentale), si costruisce interpretativamente una presunzione legale la cui previsione, come dice il nome stesso, è rimessa invece solo alla legge.

Quanto al fatto che il pagamento implichi un riconoscimento di debito, per un verso si dimenticano le profonde differenze — pacifiche in dottrina<sup>(40)</sup> — esistenti tra pagamento e riconoscimento; per un altro verso, si trascura la circostanza per cui chi paga, normalmente, non si riconosce debitore in maniera pura e semplice, ossia a prescindere dalla sussistenza della causa dell'attribuzione, bensì si riconosce debitore sul presupposto che la causa dell'attribuzione esista, e ciò a prescindere dal fatto che abbia esplicitamente pa-

<sup>(39)</sup> La confusione è manifesta in G. ANDREOLI, *op. cit.*, pp. 117 e 218.

<sup>(40)</sup> Per l'impossibilità di sovrapporre pagamento e riconoscimento di debito, v. A. CANDIAN, *Documento e negozio giuridico*, Parma 1925, p. 93 ss.; Id., *Nuove riflessioni sulle dichiarazioni riprodotte dei negozi giuridici*, in *Saggi di diritto*, Padova 1931, p. 227 (« manifesta essendo la profonda differenza di struttura e di funzione fra il pagamento e il riconoscimento »); F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, in *R. d. proc. civ.*, 1926, I, p. 213 (parla di « differenze sostanziali tra il pagamento e il riconoscimento », nonché solleva « molti dubbi intorno alla bontà della equiparazione del riconoscimento al pagamento sotto il profilo della *condictio indebiti* »); G. SEGRÈ, *Ricognizione, riproduzione e rinnovazione del negozio giuridico*, in questa *Rivista*, 1926, p. 470 (« D'accordo [con Carnelutti] sulle differenze fra pagamento e riconoscimento »); E. BETTI, *Inefficacia del negozio cambiario e reazione dal rapporto causale*, in *R. d. comm.*, 1927, II, p. 369 (« Si potrebbe esser tentati di ritenere addirittura inclusa la volontà di riconoscere nella volontà di soddisfare, come il *meno* nel *più*. Ma è bene evitare simile costruzione, sia perché essa ci riporterebbe alla finzione di una dichiarazione *tacita* contenuta in quella esplicita, sia perché la differenza fra le due volontà non è semplicemente quantitativa, ma qualitativa »); G. ANDREOLI, *La ripetizione*, cit., p. 115 ss. (« è da ritenere che normalmente non si accompagni alla volontà di adempiere, la volontà di fissazione del fatto produttivo del rapporto come verità formale. [...] Tuttalpiù si può dire che non è escluso che all'adempimento si accompagni la confessione del fatto produttivo del rapporto obbligatorio, o un accertamento dichiarativo o costitutivo »).



gato « con riserva », dovendosi anzi normalmente ritenere la riserva implicita in ogni pagamento (ad es., normalmente chi paga in adempimento dell'obbligazione nascente da un contratto a prestazioni corrispettive, anche se non paga con riserva esplicita, paga e si riconosce debitore non in ogni caso, bensì solo se la controparte adempia a sua volta; normalmente chi paga in adempimento di un contratto, anche se non paga con riserva esplicita, paga e si riconosce debitore non in ogni caso, bensì solo se il contratto in adempimento del quale ha pagato sia valido).

Infine, per certo non si può presumere o ritenere implicito alcun riconoscimento di debito nei casi di attribuzioni effettuate *causa acquirendi*, in cui per definizione al momento dell'attribuzione un debito da riconoscere non c'è.