

ARTICOLI

Art. 2033 c.c., buona fede dell'accipiens e mercato finanziario

GIOACCHINO LA ROCCA

Professore Ordinario di Diritto privato
Università Bicocca di Milano

Dialoghi di Diritto dell'Economia

Rivista diretta da

Raffaele Lener, Roberto Natoli, Andrea Sacco Ginevri,
Filippo Sartori, Antonella Sciarrone Alibrandi

Direttore editoriale

Andrea Marangoni

Direttori di area

Attività, governance e regolazione bancaria

Prof. Alberto Urbani, Prof. Diego Rossano, Prof. Francesco Ciruolo, Prof.ssa Carmela Robustella, Prof. Gian Luca Greco, Dott. Luca Lentini, Dott. Federico Riganti

Mercato dei capitali finanza strutturata

Prof. Matteo De Poli, Prof. Filippo Annunziata, Prof. Ugo Malvagna, Dott.ssa Anna Toniolo, Dott. Francesco Petrosino

Assicurazioni e previdenza

Prof. Paoloefisio Corrias, Prof. Michele Siri, Prof. Pierpaolo Marano, Prof. Giovanni Maria Berti De Marinis, Dott. Massimo Mazzola

Contratti di impresa, concorrenza e mercati regolati

Prof.ssa Maddalena Rabitti, Prof.ssa Michela Passalacqua, Prof.ssa Maddalena Semeraro, Prof.ssa Mariateresa Maggiolino

Diritto della crisi di impresa e dell'insolvenza

Prof. Aldo Angelo Dolmetta, Prof. Gianluca Mucciarone, Prof. Francesco Accettella, Dott. Antonio Didone, Prof. Alessio di Amato

Fiscalità finanziaria

Prof. Andrea Giovanardi, Prof. Nicola Sartori, Prof. Francesco Albertini

Istituzioni dell'economia e politiche pubbliche

Prof.ssa Michela Passalacqua, Prof. Francesco Moliterni, Prof. Giovanni Luchena, Dott.ssa Stefania Cavaliere, Dott. Lorenzo Rodio Nico

Criteri di Revisione

I contributi proposti alla Rivista per la pubblicazione sono sottoposti a una previa valutazione interna da parte della Direzione o di uno dei Direttori d'Area; il quale provvede ad assegnare il contributo a un revisore esterno alla Rivista, selezionato, *rationes materiae*, fra professori, ricercatori o assegnisti di ricerca.

La rivista adotta il procedimento di revisione tra pari a singolo cieco (single blind peer review) per assicurarsi che il materiale inviato rimanga strettamente confidenziale durante il procedimento di revisione.

Qualora il valutatore esprima un parere favorevole alla pubblicazione subordinato all'introduzione di modifiche, aggiunte o correzioni, la Direzione si riserva di negare la pubblicazione dell'articolo. Nel caso in cui la Direzione decida per la pubblicazione, deve verificare previamente che l'Autore abbia apportato le modifiche richieste dal Revisore.

Qualora il revisore abbia espresso un giudizio negativo, il contributo può essere rifiutato oppure inviato, su parere favorevole della maggioranza dei Direttori dell'area competente *rationes materiae*, a un nuovo revisore esterno per un ulteriore giudizio. In caso di nuovo giudizio negativo, il contributo viene senz'altro rifiutato.

Art. 2033 c.c., buona fede dell'accipiens e mercato finanziario

GIOACCHINO LA ROCCA

Professore Ordinario di Diritto privato
Università Bicocca di Milano

SOMMARIO: 1. La buona fede dell'*accipiens* secondo la Cassazione – 2. Differente significato dell'espressione "buona fede" nei rapporti reali e nei rapporti obbligatori – 3. La prova dell'*"elemento psicologico di certezza dell'indebito"* – 4. Le ricadute giuridico-economiche dell'interpretazione giurisprudenziale – 5. Il risparmiatore "tradito" è trasformato in finanziatore a titolo gratuito del "traditore"

1. La buona fede dell'*accipiens* secondo la Cassazione

L'art. 2033 c.c. dispone che *"chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato. Ha inoltre diritto ai frutti e agli interessi dal giorno del pagamento, se chi lo ha ricevuto era in mala fede, oppure, se questi era in buona fede, dal giorno della domanda"*. Come si vede, la decorrenza degli interessi sulle somme da restituire è stabilita in date diverse: dal giorno del pagamento *"se chi lo ha ricevuto era in mala fede"*; dal giorno della domanda se l'*accipiens* dell'indebito *"era in buona fede"*.

Sull'interpretazione di questa parte dell'art. 2033 c.c. si è formato un granitico orientamento giurisprudenziale. Esso è così sintetizzato da Cass. 7 maggio 2024, n. 12362: *"in materia di indebito oggettivo, la buona fede dell'accipiens, rilevante ai fini della decorrenza degli interessi dal giorno della domanda, va intesa in senso soggettivo, quale ignoranza dell'effettiva situazione giuridica, derivante da un errore di fatto o di diritto, anche dipendente da colpa grave, non trovando applicazione l'art. 1147, comma 2, c.c., relativo alla buona fede nel possesso"*, che è esclusa dalla "colpa grave" dell'agente.

Su queste premesse, la Corte di cassazione ha ritenuto che anche il dubbio qualificato per l'esplicita contestazione da parte del *solvens* circa l'effettiva debenza

della prestazione è compatibile con la buona fede: Cass. 31 luglio 2009 n. 17848 e Cass. 5 maggio 2004 n. 8587 hanno espresso questo principio ritenendo in buona fede l'INPS per contributi previdenziali non dovuti versati dal datore di lavoro. Entrambe, peraltro, hanno fatto propria un'interpretazione estensiva della locuzione "domanda giudiziale", disponendo che gli interessi sulle somme indebitamente versate dal contribuente dovessero decorrere dalla domanda proposta in sede amministrativa. Una interpretazione diversa – ha precisato Cass. 5 maggio 2004 n. 8587 – violerebbe gli artt. 3 e 24 Cost. L'interpretazione estensiva è stata confermata dalle Sezioni Unite con sentenza 13 giugno 2019, n. 15895, secondo cui *"l'espressione dal giorno della "domanda", contenuta nell'art. 2033 c.c., non va intesa come riferita esclusivamente alla domanda giudiziale, ma comprende anche gli atti stragiudiziali aventi valore di costituzione in mora ai sensi dell'art. 1219 c.c."*

Per parte sua Cass. 10 marzo 2005, n. 5330 ha ritenuto sussistente la buona fede soggettiva dello IACP per canoni indebitamente percepiti sul rilievo che *"l'incessante susseguirsi, specie con riferimento all'epoca dei fatti, di molteplici disposizioni in materia di locazione di immobili urbani era causa di "incertezze" interpretative"*.

L'orientamento in discorso è stato ribadito anche relativamente alla mancata applicazione delle norme relative alla prestazione dei servizi di investimento, vuoi per il caso di nullità dell'operazione per assenza di un valido "contratto quadro" (Cass. 26 ottobre 2020, n. 23448), vuoi nel caso in cui la violazione della disciplina dei servizi di investimento sia qualificata come inadempimento: secondo Cass. 16 febbraio 2018, n. 3912 la mera condotta inadempiente della parte non può essere considerata, di per sé, dimostrazione della mala fede di quest'ultima. Anche nelle ipotesi di violazione della disciplina dei servizi di investimento – è stato stabilito – *"si deve ... avere riguardo all'elemento psicologico esistente alla data di riscossione della somma, a meno che il creditore non provi la mala fede dell'accipiens: con la precisazione che, anche in questo campo, la buona fede si presume, ed essa può essere esclusa soltanto dalla prova della consapevolezza da parte dell'accipiens della insussistenza di un suo diritto a ricevere il pagamento"*.

2. Differente significato dell'espressione "buona fede" nei rapporti reali e nei rapporti obbligatori

Sull'orientamento richiamato occorre riflettere.

L'equiparazione della buona fede di cui all'art. 2033 c.c. con la buona fede soggettiva tipica del possesso (art. 1147 c.c.) – equiparazione peraltro parziale perché nel caso dell'indebito si esclude l'applicabilità del secondo comma dell'art. 1147 c.c. – sembra il frutto di una mancata attenzione alla dimensione storico-economica degli istituti e delle norme. Alla "buona fede" si fa riferimento sia nei rapporti reali, sia nei rapporti obbligatori. Da oltre centocinquanta anni vi è consapevolezza che

i due contesti non debbono confondersi⁰¹: la buona fede soggettiva dell'art. 1147 c.c. è finalizzata a risolvere il conflitto tra colui che utilizza il bene ed il proprietario effettivo che, invece, di quel bene si disinteressa. In questo conflitto i due elementi caratterizzanti la "buona fede" prevista dal primo (l'essere essa costruita come "stato psicologico" e l'essere essa presunta) indicano la preferenza del legislatore per chi utilizza effettivamente il bene: a meno che non si provi che costui non avesse assoluta consapevolezza sia della altruità del bene, sia della violazione del diritto del proprietario, gli è consentito trattenere i "frutti" del suo lavoro quale riconoscimento per il contributo dato con tale lavoro all'efficienza economica del sistema. È per questo motivo che il terzo comma assegna rilevanza centrale "al tempo dell'acquisto": è da tale momento che il possessore ha iniziato ad utilizzare, a far fruttare il bene.

Questo paradigma è, a tutta evidenza, estraneo ai rapporti obbligatori, nel cui ambito si situa il *pagamento* indebito. Per tali rapporti – che chiaramente hanno luogo nel mercato – valgono notoriamente altri parametri di soluzione dei conflitti, che, lungi dall'essere in contraddizione, sono l'uno funzionale all'altro: la solidarietà e la autoresponsabilità. Ci troviamo così proiettati in un contesto – sono le Sezioni Unite della Corte di cassazione che ce lo ricordano⁰² – dominato dalla buona fede oggettiva, la cui determinazione nel singolo caso concreto costituisce il frutto di uno sforzo talora non semplice di mediazione tra quei due parametri.

Veniamo così al dubbio di fondo circa l'effettiva rilevanza degli stati soggettivi delle parti in sede di conclusione ed esecuzione dei contratti: si può, infatti, sostenere che – al di là delle declamazioni – l'esteriorizzazione delle condotte e le modalità con le quali ha luogo tale esteriorizzazione (le "forme") sono ciò che effettivamente conta nei rapporti sociali quali sono i contratti⁰³: si ricordi, ad esempio, che l'errore ("stato psicologico") deve essere "riconoscibile", ossia rilevabile perché esteriorizzato e dunque "giuridicamente costituito" attraverso condotte, le quali, tuttavia, non solo devono essere percepibili dalla controparte, ma devono anche essere tali da poter essere decodificate da questa come indice della situazione di errore in cui versa il primo contraente.

In questa prospettiva, può aggiungersi che il dato letterale dell'art. 2033 c.c. non è di per sé decisivo. Esso fa riferimento a "buona fede" e "mala fede": la caratura soggettiva di tali espressioni, vale a dire il loro collegamento all'elemento psicologico dell'agente, è opera dell'interprete o, meglio, della matrice volontaristica della cultura giuridica maturata con il giusnaturalismo ed esplosa con la pandettistica, che

⁰¹ Forse non sarebbe inutile rileggere un "grande classico": L. MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"*³, Milano, 1975, 315 ss.

⁰² G. LA ROCCA, *Buona fede e tutela dell'investitore tra la sentenza delle Sezioni Unite in tema di nullità selettive ed il sistema della Mifid II*, in *Riv. Dir. Bancario*, 2020-2021, 53 ss.

⁰³ v. in proposito G. LA ROCCA, *Il contratto come azione sociale: dalla "mancipatio" al reg. del. 217/565/UE*, in *Riv. Trim. dir. E proc. Civ.*, 2024, 477 ss.

assegnava alla volontà umana un ruolo di assoluta protagonista in campo giuridico (e non solo).

3. La prova dell'“elemento psicologico di certezza dell'indebito”

I paragrafi precedenti facilitano la comprensione dei problemi sollevati dall'interpretazione della seconda parte dell'art. 2033 c.c. prevalente in giurisprudenza.

In primo luogo, mette conto soffermarsi sulla prova necessaria per superare la presunzione di buona fede dell'*accipiens*. L'orientamento consolidato in giurisprudenza richiede al riguardo la prova di un “*elemento psicologico*” incisivamente qualificato in termini di “certezza” del carattere indebito del pagamento. Questa prova si presenta particolarmente rigorosa, visto che la “certezza” dell'*accipiens* non è scalfita neppure da contestazioni circostanziate del *solvens*: queste – secondo la cassazione – possono ingenerare un dubbio circa l'effettiva debenza del pagamento; dubbio, che però non corrisponde alla “certezza” richiesta per porre l'*accipiens* in mala fede e non fa neppure sorgere nel *accipiens* medesimo l'obbligo ex art. 1375 c.c. di approfondire le ragioni avanzate dal *solvens*.

Peraltro, un “*elemento psicologico*” di questo tipo – declinato, come si è detto, addirittura nei termini assolutizzanti di “certezza dell'indebito” – è di assai difficile prova. Siamo al limite della *probatio diabolica*. Esso è astrattamente pensabile solo se riferito ad una persona fisica: solo per le persone fisiche, infatti, possono immaginarsi “elementi” riguardanti la “psiche”. Con la conseguenza che, nel caso della persona giuridica, sarebbe decisamente incerta la persona fisica, al cui “*elemento psicologico*” far riferimento. Probabilmente sarebbe fuorviante concentrarsi sull'“*elemento psicologico*” del legale rappresentante: è assai probabile che egli non abbia alcuna conoscenza del rapporto e del contratto in contestazione e, dunque, potrebbe non avere alcuna consapevolezza neppure dell'esistenza di un possibile indebito. Non migliore fortuna potrebbe avere il *solvens* con l'elemento psicologico del soggetto incaricato di seguire il rapporto per conto della persona giuridica. Tenuto conto delle sue prevedibili cognizioni giuridiche costui potrebbe essere convinto del buon diritto della sua azienda a ricevere il pagamento sulla base di un'asemplice istruzione interna per lui vincolante.

È di tutta evidenza che la prova del – peraltro non chiarissimo – “*elemento psicologico di certezza dell'indebito*” diviene talmente problematica per il *solvens* da risultare pressoché impossibile,

Questa difficoltà è frutto della predetta confusione tra rapporti reali e rapporti obbligatori. Per i primi, pensati dai redattori del codice come ancora connessi ad un mondo dominato dalle persone fisiche, è possibile ragionare in termini di “elementi psicologici”, che invece solo con molta buona volontà e con grandi doti di fantasia sono ipotizzabili nei rapporti di mercato, in particolare nel XXI secolo quando i rapporti a distanza, telematici e non, sono ormai diffusissimi.

4. Le ricadute giuseconomiche dell'interpretazione giurisprudenziale

Non v'è, peraltro, solo una difficoltà (o impossibilità?) di prova. Ancor più grave è la seconda criticità esibita dall'orientamento giurisprudenziale dominante. Essa diviene palese quando si esamini tale orientamento nella prospettiva dell'analisi economica del diritto, ossia in una prospettiva attenta alle ricadute economiche delle disposizioni giuridiche e delle loro interpretazioni e alle relative conseguenze in termini di incentivi e disincentivi ai "consociati" affinché tengano oppure no determinate condotte.

Orbene, sul piano economico la regola che fissa nel momento della domanda giudiziale la decorrenza degli interessi sulle somme indebitamente versate trasforma l'indebito subito dal *solvens* in un finanziamento a titolo gratuito a favore dell'*accipiens*.

È vero che tale paradossale situazione è limitata al tempo intercorrente tra la *solutio* e la proposizione della domanda giudiziale, ma tale limitazione temporale non ne elide né la paradossalità, né l'intrinseca ingiustizia: un soggetto che non ha adempiuto alle sue obbligazioni, frustrando così le aspettative riposte dalla controparte nel contratto, o che – come nel caso dei servizi di investimento – non ha rispettato la disciplina che regola la sua propria attività, è finanziato gratuitamente dal frustrato, ossia dalla parte *in bonis* !

Non solo. Ognuno vede che l'interpretazione fatta propria dalla giurisprudenza dominante "sdrammatizza" l'inadempimento o la violazione di norme imperative. Più chiaramente, il contraente poco attento al rispetto delle regole e degli impegni assunti è autorizzato a pensare che, qualora in futuro intendesse non adempiere o venisse accertata la violazione di norme imperative, male che vada, potrà godere di un congruo finanziamento a titolo gratuito fino a quando il *solvens* – lui sì in assoluta buona fede! – non avrà proposto domanda giudiziale o almeno lo abbia costituito in mora.

5. Il risparmiatore "tradito" è trasformato in finanziatore a titolo gratuito del "traditore"

Questi ultimi aspetti – vale a dire l'intrinseca ingiustizia e l'incentivo a maramaldeggiare la controparte – assumono una particolare curvatura nelle ipotesi in cui l'indebito abbia luogo nei rapporti contrattuali intercorsi nel mercato finanziario tra risparmiatori e intermediari finanziari e/o prenditori di fondi. In questi casi, il risparmiatore finanzia gratuitamente la banca o l'intermediario finanziario per il periodo di tempo che si è detto.

È utile soffermarsi su questa situazione: a seguito dell'orientamento giurisprudenziale dominante, il risparmiatore finanzia gratuitamente l'intermediario finanziario malgrado quest'ultimo abbia violato la disciplina dettata a tutela del risparmiatore medesimo. Orbene, nel mercato finanziario, questo che si è detto essere un man-

cato disincentivo a non violare le regole produce effetti maggiormente significativi rispetto ad altri mercati: per la banca, infatti, l'orientamento dominante *de quo* si traduce in un'opportunità di raccolta a costo zero, che per di più è garantita dalla giurisprudenza. Il sogno di qualsiasi banchiere!

A questo punto sorgono inevitabilmente alcuni interrogativi. Come si concilia tutto ciò con l'art. 47 Cost e la tutela del risparmio da esso imposta alla "Repubblica" e quindi ai "corpi" che la "incarnano", ivi compresa la magistratura? L'interpretazione dell'art. 2033 c.c. qui non condivisa tutela assai poco il "risparmio", visto che lo condanna ad una destinazione, la quale è al tempo stesso indebita e gratuita.

Ed ancora: come si concilia tutto ciò con la Dir. 2014/65/UE (la c.d. Mifid 2), che sancisce la necessità di "*offrire agli investitori un livello elevato di protezione*" in contrapposizione alle "imprese di investimento", alle quali non è riconosciuto analogo livello di protezione ⁰⁴ ? In questo caso, nel conflitto tra investitori ed impresa di investimento, è preferita la seconda malgrado i primi siano investiti di un (evidentemente assai teorico) "*livello elevato di protezione*".

È utile rammentare che le norme costituzionali e le norme comunitarie costituiscono criteri di interpretazione della legge ordinaria. Da quanto si è fin qui rappresentato consegue che non è coerente né con il dettato costituzionale, né con le disposizioni comunitarie una interpretazione dell'art. 2033 c.c. che imponga al risparmiatore – che per di più è stato vittima di episodi di "risparmio tradito" – di finanziare gratuitamente quell'intermediario che ha violato proprio la disciplina posta a tutela del risparmiatore medesimo.

Di qui la necessità che l'orientamento oggi dominante in cassazione sia ripensato: non può essere considerato in buona fede ai sensi dell'art. 2033 c.c. l'intermediario finanziario che abbia violato la disciplina sui servizi di investimento.

Si tratta di un aspetto estremamente delicato. Ad esso occorre prestare molta attenzione. La disciplina dei servizi di investimento – al pari della restante disciplina del mercato finanziario – è elemento costitutivo della stessa ragion d'essere degli "intermediari finanziari". Questi ultimi sono istituiti dall'ordinamento comunitario e nazionale quali soggetti economici particolarmente qualificati, preordinati a facilitare l'ingresso dei risparmiatori in un mercato complesso e volatile e, dunque, estremamente rischioso come il mercato finanziario. Per questo motivo si richiede che gli intermediari finanziari soddisfino stringenti requisiti di professionalità e di

⁰⁴ Il considerando n. 3 della Dir. 2014/65/UE afferma che "negli ultimi anni è aumentato il numero degli investitori che operano nei mercati finanziari e l'ampia gamma di servizi e strumenti che è loro offerta è diventata ancora più complessa. Alla luce di tali sviluppi è opportuno che il quadro giuridico dell'Unione disciplini tutte le attività destinate agli investitori. A tal fine è necessario assicurare il grado di armonizzazione necessario per poter offrire agli investitori un elevato livello di protezione e consentire alle imprese di investimento di prestare servizi in tutta l'Unione, nel quadro del mercato unico, sulla base della vigilanza dello Stato membro d'origine. In considerazione di quanto precede, la direttiva 93/22/CEE è stata sostituita dalla direttiva 2004/39/CE".

patrimonialità, i quali si traducono in forti barriere all'ingresso e, dunque, in restrizioni alla concorrenza.

Ne segue che il mercato finanziario si caratterizza per essere un mercato contraddistinto dalla limitata applicazione di due principi costituzionali: il principio di eguaglianza e il principio di libertà economica. Orbene, tali eccezioni sono ammesse solo in quanto funzionali alla primazia del risparmio quale elemento fondamentale dell'ordine pubblico economico. Per questo motivo non è in alcun modo "scusabile", non può essere ritenuto in "buona fede" l'intermediario finanziario che viola la disciplina dei servizi di investimento: con tale violazione l'intermediario tradisce la sua stessa ragion d'essere⁰⁵. È curioso che, a fronte di tale "tradimento", esso si arricchisca grazie ad un finanziamento gratuito.

⁰⁵ Su questi aspetti v. G. LA ROCCA, *Il contratto di intermediazione mobiliare tra teoria economica e categorie civilistiche*, in *Riv. Critica di dir. Privato*, 2009, 107 ss.; G. LA ROCCA, *L'art. 30 TUF innanzi alle Sezioni Unite*, in www.ilcaso.it, doc. n. 305/2012; G. LA ROCCA, *Buona fede e tutela dell'investitore tra la sentenza delle Sezioni Unite in tema di nullità selettive ed il sistema della Mifid II*, cit., spec. 70 ss.