

YOU CANNOT BOTH EAT YOUR CAKE AND RETURN YOUR CAKE

Questa variante minimale del proverbio inglese “*You can't have your cake and eat it*”, documentato sin dal 1538, fu utilizzata avanti la Court of Queen's Bench nell'anno 1858, al fine di discutere la complessa questione dell'effetto retroattivo dello scioglimento del contratto, da parte di un principe del foro di Londra, John Alexander Kinglake, SL, uno degli ultimi *Serjeants at Law* della storia d'Inghilterra; la discussione si svolgeva avanti ad un altro fine giurista dell'epoca, il Giudice Sir Charles Crompton - che cinque anni prima aveva stabilito, con il caso *Lumley v. Gye*, tuttora *leading* nella materia, gli elementi del *tort of inducement to breach a contract* - ed aveva ad oggetto il diritto di un investitore sfortunato di riavere dalla società finanziaria il suo investimento, pur avendo egli accettato di trasformare l'iniziale quota di una società di persone, corrispettivo dell'investimento, in una quota di società *limited* : l'investitore, nelle parole di Kinglake, si era mangiato il dolcetto, non poteva

restituirlo, ed averne indietro il prezzo (*Clarke v. Dickson*, 1858).

La citazione dell'allora già plurisecolare richiamo ad un diffuso buon senso aveva una funzione tecnica molto specifica : come molti altri casi dell'epoca in materia di (cattivi) investimenti, quale lo stesso *leading case* nella materia *Derry v. Peek*, l'azione era stata qualificata dall'attore come impugnazione per *misrepresentation*, una forma di vizio della volontà in *equity* rimasta all'interno del sistema inglese proprio perché sviluppatasi nel 1800, quando la maggiore colonia nordamericana era ormai fuori dal sistema inglese; ma una decisione in *equity* deve essere giustificata dalla specialità degli elementi del caso, per sottrarsi all'applicazione del principio generale di *common law*, che risponde agli inadempimenti contrattuali con il risarcimento del danno; perché la falsa dichiarazione consenta, oltre all'eventuale risarcimento, anche lo speciale rimedio *equitable* della *rescission*, occorre qualcosa di più, perché il *misrepresentor* deve pur sempre essere rimesso, anche lui, nella posizione iniziale, e perché l'attore, la parte *mised*, deve anch'essa *do equity* a fronte di quella che richiede al Giudice; e non sarebbe equo pretendere – ad esempio - il prezzo del dolcetto dopo esserselo mangiato.

Il Giudice Crompton si dimostrò pronto a cogliere i profili tecnici dell'argomentazione di Kinglake, e l'accorse facendone una questione - potremmo dire noi, ma la sensibilità inglese verso il profilo processuale è minore - di legittimazione alla domanda di *rescission*, così esprimendosi : “*se una parte esercita la facoltà di chiedere la rescission del contratto deve essere in condizione di risolverlo (rescind); ossia, deve essere*

nella condizione di mettere le parti nel loro stato originario prima del contratto", la condizione che la giurisprudenza e la dottrina successive hanno chiamato *ability to restore*.

In apparenza, tutto potrebbe sembrare ristretto ad una peculiarità di un pur interessante, ma come accennato poco "circolante" aspetto dell'istituto della *misrepresentation*; eppure - e questa volta sia concesso citare non un proverbio, ma un verso del *Porgy and Bess* di George ed Ira Gershwin - "*It ain't necessarily so*", come si potrà vedere con una visita, che si spera non appaia troppo rapida, a come il problema del consumo del dolcetto sia considerato in altre parti del sistema inglese, ed a sistemi molto lontani da questo.

È nello stesso tronco principale del sistema inglese, ossia nel *common law*, che la questione degli effetti dello scioglimento di un contratto si pone in modo diretto, perché di per sé la risoluzione del contratto per inadempimento (*discharge*, o *termination for breach*) non ha alcun effetto retroattivo; radicata come essa è nel concetto di liberazione dalle sue obbligazioni della parte che ha subito l'inadempimento, e considerando normale l'effetto risarcitorio, ed eccezionale quello risolutivo, la risoluzione stessa vale per il futuro, non per il passato, e si segnala in dottrina l'eccezione del rapporto assicurativo, nel quale l'inadempimento dell'assicurato consente all'assicuratore di risolvere con effetto retroattivo, ma perché vi è una norma di legge a tal fine; del pari, nel diritto di fonte legislativa della vendita al consumatore è previsto solo in via di eccezione che quest'ultimo possa *rescind* l'acquisto (*Sale of Goods Act*, sect. 48A-F).

La fonte giuridica della sorte dei beni che sono già stati scambiati prima della risoluzione è così cercata in altri istituti del sistema, quale la *restitution*, anch'esso un rimedio in *equity*, e come tale discrezionale: cessati gli effetti del contratto, non vi è più nessuna ragione per la quale il compratore - ad esempio - debba tenersi il bene, che pure non è conforme alle qualità concordate o comunque facenti parte della *promise*, invece che riavere il prezzo; ma - fatta sempre salva l'azione risarcitoria, che mantiene come fonte il contratto, e ne è, diciamo così, tutto ciò che ne resta - poiché la *restitution* è appunto *equitable*, ne è condizione la capacità di *restore*, ossia di ripristinare la situazione iniziale, salvo il normale *wear and tear*, e salva l'ipotesi che il difetto abbia provocato la distruzione del bene, ma il principio posto da Kinglake, ed accolto da Crompton, J., è pienamente applicabile, pur nella generale insoddisfazione; insoddisfazione che si estende agli Stati Uniti, ove l'UCC, che pure disciplina la vendita (ed altro, s'intende), ma non il contratto in generale, sulla sequenza inadempimento - risoluzione (colà mal ridenominata "*cancellation*") - restituzioni non riesce ad esprimersi chiaramente, come dimostrano le sect. 2-106(4), 2-703(f) e 2-711(1) di esso.

Non è una sorpresa trovare difficoltà, incroci di sottosistemi, e sostanziali inefficienze in alcuni istituti dei sistemi di *common law*, o in loro parti, checché ne dicano alcuni interessati *laudatores* dei medesimi, e ciò anche nei settori più *business oriented* dell'ordinamento (ché se poi si passa a successioni e proprietà immobiliare, si perviene ad esperienze intellettualmente appaganti, ma idiosincratiche, ed infatti mai uscite dai confini dell'ex Impero); ed è per questo che può apparire opportuno valicare la Manica,

e vedere come hanno affrontato la questione, nel tempo, alcuni tra i più razionali sistemi europei.

Il *Code Civil* descrive la risoluzione per inadempimento come effetto di una condizione appunto risolutiva e “sempre implicita” (*tojours sous-entendue*), la subordina alla decisione giudiziale (art. 1184), con questo lascia al giudice la decisione sulla eventuale retroattività, e mantiene ben distinta l’azione redibitoria nella vendita (art. 1644); lo stesso, si starebbe per dire ovviamente, si riscontra nel Codice civile italiano del 1865 (artt. 1165 e 1501 ss.); sul sistema rilevava la certezza sulla natura retroattiva della redibitoria e delle conseguenti restituzioni, in conformità all’insegnamento del diritto romano : D.21.1.1

La svolta, sul piano sistematico, fu data dal BGB, il cui § 323 concede per la prima volta al creditore vittima di inadempimento una specifica azione per risolvere - più letteralmente per recedere, *rücktreten* - a certe condizioni formali o sostanziali, analiticamente dettagliate, un’azione fondata su un precetto di legge, non su una presunta volontà delle parti; e l’effetto retroattivo (*Rückgewähr*) è accuratamente disciplinato e limitato dai successivi §§ 346 e 348, il quale ultimo sottolinea la necessaria reciprocità (*Zug um Zug*) delle prestazioni restitutorie.

Non sorprende che l’innovazione sia stata seguita quasi alla lettera dal Codice Civile Svizzero, così vicino nel tempo e nella cultura ai redattori del BGB; ed infatti l’art. 107 CCS stabilisce, anche qui a condizioni varie, il diritto del creditore deluso di “recedere” dal contratto, subito aggiungendo (art. 109) che questo creditore può “ripetere quanto ha pagato” : e già nel 1932 il Tribunale Federale si preoccupava di

condizionare la ripetizione al pieno ritorno alla situazione originaria “*en nature*” (RO 57 315), e senza abbandonare, s’intende, la redibitoria (art. 205).

È questo uno dei tanti punti del nostro sistema di diritto dei contratti, in cui il legislatore del 1942 ha abbandonato il modello francese, ed ha seguito quello germanico, pur se forse troppo impoverendolo; fin banale notararlo, l’art. 1458 c.c. dispone che la risoluzione è retroattiva, senza porsi alcun problema di dolcetti incautamente mangiati.

Ma il problema permane, come ben rilevato da Kinglake, SL, ed infatti già dai primi tempi di applicazione della norma, dottrina e giurisprudenza si sono arrovelate sulla natura della sentenza che pronuncia la risoluzione, e così dei suoi effetti, della decorrenza degli interessi sulle restituzioni pecuniarie (in teoria sempre possibili, i denari - giuridicamente - non si mangiano), ed infine sull’effetto preclusivo dell’azione di risoluzione in caso di impossibilità della restituzione, che comunque deve essere specificamente richiesta, e che è disciplinata dalle norme sulla ripetizione dell’indebitto, e che, ancora, certe volte è statuita pur implicando demolizioni (App. Campobasso 11.2.2013), altre volte s’arresta di fronte all’impossibilità della restituzione “*in natura*” (Cass. n. 740/2012).

Forse ha ancora ragione il Giudice Crompton : se la parte non è più *nella condizione di mettere le parti nel loro stato originario prima del contratto* può ricevere ogni possibile risarcimento, ma non può, non dovrebbe essere sostanzialmente legittimato a pretendere che le restituzioni siano disposte solo a suo favore, perché

deve “restituire” lui stesso : anche in Italia, è bene che il creditore non mangi i dolcetti.

(Sentenze citate: *Clarke v. Dickson* (1858) E.B. & E. 148; *Derry v. Peek* (1889) 14 App. Cas. 337; *Lumley v. Gye* (1853) 2 E. & B. 216; Tribunale Federale (Svizzero) RU 57 315 (1932); Cass. sez. 2[^] civ. 19.1.2012 n. 740; App. Campobasso 11.2.2013 Pe.Al. c. Ve.Be.)

FABIO EMILIO ZICCARDI