

Mutuo dissenso e contratti ad effetti reali

di Alessandro Galati

I. Come noto l'art. 1372 c.c., dopo aver stabilito con formula enfatica (TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, XXXVI Ed. Padova 1995, 625; conf. RESCIGNO, P., *Contratto – I Dir. civ.*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma 1988, 28) che il contratto ha forza di legge tra le parti, detta una disposizione in tema di “scioglimento” della convenzione, prescrivendo che esso può verificarsi per mutuo consenso (oltrechè per le altre cause ammesse dalla legge).

Il termine “scioglimento” utilizzato dal legislatore appare improprio e poco ortodosso dogmaticamente: il contratto rientra infatti nel novero dei fatti giuridici, dunque è considerabile un dato storico e materiale giuridicamente rilevante che, perciò, di per sé non può essere né sciolto né estinto; può, semmai, essere sottoposto da parte dell'ordinamento ad un giudizio di valore, positivo o negativo, per il tramite del quale si provvederà a qualificarlo come valido od invalido, efficace od inefficace.

“Scioglimento” ed “estinzione” sono invece effetti sicuramente riferibili ai rapporti giuridici che si instaurano tra le parti di un contratto: pertanto, lo scioglimento per mutuo consenso di cui all'art. 1372 c.c. può prodursi solo rispetto ad un rapporto, e non rispetto al titolo da cui esso nasce (in argomento CARPINO, *Il mandato, la commissione e la spedizione*, in Tratt. dir. priv. diretto da Bessone, XIV, I contratti speciali, Torino 2008, 133 – 134).

Effettuata tale precisazione, e ricordato come in dottrina, con un suggestivo gioco degli opposti, si è preferito sostituire alla parola “consenso” presente nella citata disposizione quella dall'antitetico significato di “dissenso” e come, pertanto, sia ormai invalso l'utilizzo del sintagma “mutuo dissenso” (LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano 1980, 18 ss.), è possibile definire tale figura facendo riferimento al combinato disposto degli articoli 1372 e 1321 c.c. (quest'ultimo considerato nella parte in cui riferisce l'accordo contrattuale all'estinzione di un rapporto giuridico avente carattere patrimoniale).

Sulla base di quanto ora detto, dunque, può affermarsi che il mutuo dissenso è un autonomo contratto menzionato dalla legge, che trova proprio nell'estinzione di un pregresso rapporto contrattuale la sua funzione e dunque la sua causa, che in tal senso può dirsi tipica (BIANCA, *Diritto civile III, Il contratto*, Milano 1998, 700; CAPOZZI, *Il mutuo dissenso nella pratica notarile*, in *Vita not.* 1993, 638 ss.; LUMINOSO, *op. cit.*, 256 ss.).

Come tra breve si vedrà, il problema della natura del mutuo dissenso ha costituito un aspetto importante in seno alla disputa che si è registrata fra gli studiosi circa la questione relativa all'utilizzabilità di questo strumento rispetto ad un contratto ad effetti reali che si siano già prodotti, tematica cui le presenti riflessioni sono specificamente dedicate: fin da ora, però, è opportuno notare che in dottrina, dopo aver affermato la descritta natura di contratto autonomo del mutuo dissenso (*contra* SCOGNAMIGLIO, R., *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.* VII, Milano 1960, 378 ss., che considera collegati il negozio estintivo e quello da estinguere), si è largamente sostenuta la tesi a tenore della quale questo contratto funzionale allo scioglimento di un precedente rapporto convenzionale sarebbe in realtà un accordo negoziale risolutorio (SIRENA, *Effetti e vincolo*, in Tratt. del contratto diretto da Roppo, III, *Gli effetti*, a cura di M. Costanza, Milano 2006, 84; ROPPO, *Il contratto*, in Tratt. Iudica-Zatti,

Milano 2001, 540; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX Ed., Napoli 1974, 217-218).

Tale assunto muove dalla constatazione che il mutuo dissenso incide, come anche la risoluzione del contratto di cui agli articoli 1453 ss. c.c., sul rapporto e non sull'atto da cui esso si origina (TRABUCCHI, *op. cit.*, 666): tuttavia, a noi pare si debba fin da subito affermare che le analogie tra i due istituti considerati terminano qui, e che l'aggettivo "risolutorio" riferito all'accordo di mutuo dissenso possa essere utilizzato solo in chiave meramente descrittiva della sua efficacia tipica, non invece per affermare un'insostenibile analogia ontologica fra le due figure.

Infatti, è innanzitutto da dimostrare che nel nostro ordinamento positivo possano residuare spazi per ipotesi di risoluzione di natura convenzionale che non siano quelle espressamente previste, cioè a dire quella della clausola risolutiva espressa di cui all'art. 1456 c.c. e – in una certa misura – della diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c.

Prescindendo comunque da questo aspetto, ad un'attenta lettura delle norme di riferimento non può sfuggire in ogni caso come siano diversi i possibili oggetti delle due fattispecie estintive e come, soprattutto, siano tra loro difforni i rispettivi presupposti legittimanti che delle menzionate figure giuridiche condizionano imprescindibilmente l'applicazione.

Circa l'oggetto della risoluzione, infatti, per espressa disposizione (art. 1453, I comma, c.c.) è da dire che essa è possibile solo con riguardo a contratti sinallagmatici, dunque caratterizzati nel loro contenuto regolamentare dalla sussistenza di prestazioni corrispettive; stante invece il collegamento che abbiamo individuato tra gli articoli 1372 e 1321 c.c., il mutuo dissenso è potenzialmente riferibile ad ogni tipologia di rapporto contrattuale, perciò risulta utilizzabile anche in assenza della relazione di sinallagmaticità tra prestazioni.

Inoltre, crediamo che l'impossibilità di considerare il mutuo dissenso come del tutto coincidente con la risoluzione propriamente intesa si determini in virtù dell'accennata diversità dei rispettivi presupposti che dei due istituti condizionano l'utilizzo.

A tal riguardo si è infatti detto che il mutuo dissenso ha una sua propria causa estintiva, finalizzata allo scioglimento di un pregresso rapporto convenzionale: il presupposto di tale estinzione è dunque la sussistenza di un contratto valido ed efficace (dal quale il rapporto nasce) rispetto al quale i soggetti della stipulazione non si pongono neppure il problema di un suo adempimento od inadempimento; semplicemente, le parti di tale contratto predispongono lo scioglimento del correlato rapporto perché – presumibilmente – non è più oggetto di un loro interesse e dunque non è più da loro considerato come un mezzo strumentale alla soddisfazione di un proprio bisogno.

In sostanza, cioè, le parti del mutuo dissenso per il tramite di esso attuano lo scioglimento di un rapporto che non ritengono più conforme alle loro aspirazioni economiche e che, di conseguenza, non hanno più interesse a mantenere.

Del tutto diversa, invece, è la situazione nella risoluzione: essa ha come presupposti solo quelli tipicamente previsti dal codice, e cioè l'inadempimento di non scarsa importanza, l'impossibilità sopravvenuta di una prestazione o la sua sopraggiunta eccessiva onerosità.

Mentre, allora, col mutuo dissenso le parti – nell'esercizio della loro autonomia privata – determinano lo scioglimento di un rapporto tra loro in essere in quanto lo reputano ormai inadatto alla soddisfazione della loro finalità speculativa, nelle ipotesi di cui agli articoli 1453 ss. c.c. si verifica una situazione in cui una delle condizioni

indicate dal testo normativo come presupposto dello strumento della risoluzione incide, alterandolo funzionalmente, sul rapporto stesso e pertanto, qualora tali condizioni non ricorrano, la risoluzione medesima sarebbe inutilizzabile.

Da quanto detto, pertanto, consegue che la diversità strutturale e di presupposti sussistente fra i due istituti non consente, stante il principio di uguaglianza che impone discipline diverse per situazioni fra loro difformi, di considerarli pienamente equiparati ai fini dell'individuazione dei contratti che possono essere oggetto di scioglimento per il tramite del loro utilizzo e – soprattutto – esclude la possibilità di considerarli come omogenei con riguardo ai rispettivi effetti, almeno per quanto concerne la dimensione temporale di essi.

A nostro avviso, infatti, questa nozione di mutuo dissenso come negozio risolutorio è servita soprattutto per sostenere la sua naturale efficacia retroattiva in virtù dell'applicazione, anche ad esso, dell'art. 1458 c.c. che – come noto – prevede proprio l'ontologica efficacia retroattiva della risoluzione (CAPPELLETTI, *Il mutuo dissenso nei contratti ad effetti reali*, in *Rass. dir. civ.* 1999, 241 ss.); tale idea dell'efficacia naturalmente *ex tunc* del mutuo dissenso è a sua volta considerata essenziale e determinante dalla dottrina che ammette l'applicabilità di tale istituto anche ai contratti che abbiano già prodotto i propri effetti reali.

A tal riguardo, infatti, si è autorevolmente sostenuto che se le parti di una donazione o di una compravendita che abbiano già posto in essere il trasferimento del diritto reale al quale sono finalizzate poi stipulano un correlato contratto di mutuo dissenso, necessariamente lo fanno per ripristinare la situazione *quo ante* alla donazione od alla compravendita medesime: pertanto, se questo è lo scopo pratico perseguito, una rimozione non retroattiva del rapporto contrattuale è definita come “inconcepibile” (LUMINOSO, *op. cit.*, 235 - 237), in quanto di questo intento non realizzativa e – anzi – addirittura ostativa.

Tuttavia, data l'intrinseca diversità di presupposti strutturali tra il mutuo dissenso e le ipotesi rimediali di risoluzione previste dagli articoli 1453 e ss. del codice, difficilmente a nostro avviso si può sostenere l'applicabilità, anche al mutuo dissenso, della disposizione di cui all'art. 1458 c.c. la quale, come detto poc'anzi, stabilisce che la risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti.

Semmai allora, lungi dal ritenere che il mutuo dissenso possa sempre avere efficacia retroattiva, a noi pare più coerente con le finalità ed i presupposti dell'istituto non tanto riproporre una concezione ormai risalente che considera la retroattività come connotato eccezionale degli effetti giuridici che solo la legge può disporre (DEIANA, *Contrarius consensus*, in *Riv. dir. priv.* 1939, I, 104), quanto piuttosto sostenere che le parti del mutuo dissenso possono prevedere una sua efficacia retroattiva solo se il tipo e la natura del rapporto da sciogliere lo consentano, data la presenza di rapporti contrattuali che ben difficilmente si prestano ad essere estinti *ex tunc*, come quelli di durata (del tutto indivisibile è allora l'esemplificazione a tal riguardo proposta da FRANZONI, *Il mutuo consenso allo scioglimento del contratto*, in *Tratt. Dir. priv.* diretto da Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, V, Torino 2002, 31, il quale considera non restituibile, in ipotesi di mutuo dissenso riferite ad un contratto di locazione, il godimento in forza di esso conseguito dal conduttore; analoga riflessione potrebbe farsi, a nostro avviso, anche per quanto concerne il mutuo dissenso riferito ad un rapporto di lavoro subordinato, dove sarebbe non restituibile la prestazione fino ad allora fornita al datore dal dipendente).

Sulla base di queste argomentazioni, allora, ci pare che venga meno uno degli assunti su cui parte della più moderna dottrina fonda la sua concezione favorevole

all'utilizzabilità del mutuo dissenso rispetto a quei contratti che abbiano già prodotto l'effetto reale cui sono preordinati: se – come è stato notato – in tali casi il mutuo dissenso per attuare compiutamente la sua funzione eliminativa deve necessariamente avere efficacia retroattiva, allora sembra che sostenere tale ontologica retroattività dell'effetto eliminativo per il tramite della applicazione all'istituto in esame dell'art. 1458 c.c. rappresenta una forzatura, stante le diverse finalità e soprattutto i diversi presupposti di esperibilità degli istituti che si pretende di accostare; se poi l'attività di interpretazione si giustifica quando è opportuno chiarire dubbi e controversie non solo circa il significato, ma anche circa il campo di applicazione di una data norma (GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in Tratt. Iudica – Zatti, Milano 1993, 326), allora a questo ultimo riguardo ci sembra possibile affermare che il testo dell'art. 1458 c.c. espressamente si riferisca alla sola risoluzione per inadempimento e che, conseguentemente, non offra possibilità alcuna di estendere interpretativamente l'area della sua applicazione ad ipotesi diverse, data la scelta netta operata dalla legge.

A questo punto, però, occorre progredire nell'analisi e verificare la sostenibilità di questa impostazione dottrinale anche alla luce degli ulteriori spunti argomentativi e di riflessione proposti dagli Autori che tale tesi sostengono.

2. Come si accennava in precedenza, è proprio con riguardo alla problematica concernente l'ammissibilità del mutuo dissenso rispetto a convenzioni con effetti reali ormai esauriti che si è posta con maggior forza la questione relativa alla natura dell'istituto che in questa sede ci occupa.

A tal riguardo la dottrina più risalente (MIRABELLI, *Il contratto in generale*, Torino 1980, 290 ss.; SCOGNAMIGLIO, R., *Contratti in generale*, in Tratt. Grosso-Santoro Passarelli, Milano 1972, 205 ss.; BIONDI, *Le donazioni*, in Tratt. Vassalli, Torino 1961, 519 ss.; ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Milano 1952, 23 ss.; DEIANA, *op. loc. ult. cit.*) e la giurisprudenza (Cass. 7 marzo, 1997, n. 2040, in *Contratti* 1997, 54 ss.), partendo nei propri studi dall'assunto a tenore del quale gli effetti negoziali in tali casi si sono già totalmente prodotti, ritengono coerentemente che detti effetti sarebbero non rimuovibili con il mutuo dissenso ma – al più – potrebbero costituire oggetto di un apposito “contronegozio”, che si sostanzia nelle specie della “controdonazione” e della “retrovendita”, grazie al quale si andrebbe a realizzare una vicenda contrattuale antitetica ed opposta rispetto a quella precedentemente posta in essere. Secondo questa dottrina, cioè, occorrerebbe, per rimuovere gli effetti reali già prodottisi, un *contrarius actus* in cui colui che era avente causa nel pregresso rapporto contrattuale (dunque il compratore o il donatario) assume nella presente e nuova relazione negoziale la veste opposta di dante causa, ritrasferendo così quanto ricevuto a colui che nel vecchio contesto convenzionale ricopriva il ruolo di venditore o donante. In questa concezione, dunque, al mutuo dissenso sarebbe inibito di incidere su effetti reali ormai prodottisi e, qualora i soggetti della convenzione che li ha determinati per loro motivi li ritengano non più conformi ai propri interessi economici, avrebbero l'unica possibilità di dar vita ad una “controvicenda”, cioè ad un nuovo contratto che abbia l'effetto di ricondurre nella sfera giuridica del dante causa i diritti che in virtù del pregresso negozio erano stati trasferiti all'avente causa.

A questa teoria che nega la configurabilità del mutuo dissenso con efficacia *ex tunc* rispetto a contratti con effetti reali già prodotti si oppone altra prospettiva esegetica che – di converso – ritiene del tutto ammissibile l'impiego di tale figura ad ogni convenzione con efficacia traslativa, col solo limite della tutela dei terzi.

Precisamente, allora, tale linea interpretativa ritiene che anche siffatti contratti possano essere “cancellati” con efficacia retroattiva per il tramite di un mutuo dissenso inteso come contratto con autonoma causa estintiva, risolutorio ed eliminativo della pregressa relazione negoziale, con l’ulteriore precisazione che in forza di esso sorgerebbero per le sue parti obbligazioni restitutorie, funzionali ad un integrale ripristino della situazione antecedente all’effetto traslativo verificatosi e che si vuole, appunto, cancellare: chi sostiene questa lettura, infatti, rileva che senza restituzione di quanto ricevuto in forza del contratto rispetto al quale ora mutuamente si dissente non si potrebbe ottenere il ripristino dell’originaria situazione esistente tra i soggetti della vicenda.

Questa conclusione si basa su una serie di argomenti, che vanno analizzati per saggiarne la consistenza e l’effettiva capacità di resistere alla critica.

Innanzitutto, gli Autori che sostengono tale concezione in merito al problema di cui ci occupiamo, si basano sull’assunto a tenore del quale le parti del mutuo dissenso riferito a contratti con effetti reali prodottisi non vogliono disporre nuovamente – come avviene invece nell’ipotesi del “contronegozio” – ma vogliono al contrario rimuovere l’originario atto di disposizione ed i suoi effetti (FRANZONI, *op. cit.*, 24), dando quasi per scontato che il mutuo dissenso medesimo possa incidere sul contratto e non sul rapporto che su di esso si fonda (argomentazione che non è condivisibile e che sarà criticata a breve); inoltre, si sostiene, la possibilità di utilizzare il mutuo dissenso anche rispetto alle convenzioni con effetti reali già determinatisi si ricaverebbe anche dal dettato normativo, il quale agli articoli 1321 e 1372 c.c. menziona il mutuo dissenso senza alcuna distinzione, in merito alla sua praticabilità, tra contratti ad effetti reali e contratti ad effetti obbligatori, con la conseguenza logica che anche rispetto ai primi non potrebbe ravvisarsi un’espressa preclusione normativa che limita l’applicabilità dell’istituto (CAPOZZI, *op. cit.*, 638); ed ancora, si ritiene, indici positivi favorevoli alla concezione propugnata si rinverrebbero secondo questa dottrina nell’articolo 1458 (letto nel senso già sopra criticato, cioè riferibile pure al mutuo dissenso inteso come accordo risolutorio) e nell’art. 2655 c.c., il quale al I comma stabilisce che l’inefficacia di un contratto trascritto che derivi da invalidità, *risoluzione*, rescissione, vittorioso esperimento dell’azione revocatoria o da avverarsi della condizione risolutiva vada pubblicizzata mediante annotazione a margine della trascrizione od iscrizione dell’atto della cui inefficacia si discute. Proprio in base a tale ultima disposizione si è allora voluto scorgere un (implicito) riconoscimento da parte del legislatore della riferibilità del mutuo dissenso anche a contratti che abbiano già determinato un effetto traslativo: infatti, è noto che la trascrizione riguarda proprio atti costitutivi, modificativi ed estintivi di diritti reali; se a ciò si aggiunge che il II comma dell’art. 2655 prevede che l’annotazione di cui al I comma vada fatta in base alla sentenza o alle “convenzioni” da cui risulta uno dei fatti indicati nel precedente alinea (soprattutto, per quanto ci riguarda, la risoluzione) allora, secondo la dottrina che stiamo analizzando, da tale normativa si ricaverebbe un sicuro indice circa l’ammissibilità del mutuo dissenso anche rispetto a contratti con vicenda reale esaurita, in quanto essa costituirebbe l’unica ipotesi di “risoluzione convenzionale” richiamata dalla esposta disposizione (FRANZONI, *Mutuo dissenso*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 2004, 4 – 5; Id., *op. cit.*, 39; GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. Scialoja – Branca, sub Artt. 1372-1405*, Roma 1993, 19 ss.).

In realtà, questa concezione che ammette il mutuo dissenso anche quando l’effetto reale si sia ormai prodotto, non ci appare condivisibile.

Circa la naturale efficacia retroattiva che esso avrebbe nelle ipotesi considerate, sostenuta grazie al richiamo (forzato) all'art. 1458 c.c., già abbiamo detto in senso critico; venendo ora agli altri argomenti proposti, ed iniziando per comodità espositiva dall'ultimo cui si è fatto cenno, e cioè da quello articolato sul tenore letterale dell'art. 2655 c.c., ci sembra di poter facilmente affermare che esso non sia dotato di una particolare ed esauriente forza persuasiva.

Infatti, la circostanza che la norma in questione stabilisca che l'annotazione, nei casi considerati, si faccia in virtù non solo di una sentenza, ma anche di una "convenzione" da cui risulti l'inefficacia di un atto trascritto, non può automaticamente significare che tale convenzione consista esclusivamente in un mutuo dissenso, come pure si sostiene da parte della criticata dottrina: nel I comma, infatti, sono elencate anche delle ipotesi che di certo possono avere fonte in un contratto, vale a dire in una "convenzione", pur se costituenti – ad esempio - fattispecie di risoluzione per inadempimento. Infatti, *nulla quaestio* circa la plausibilità di una risoluzione a fondamento convenzionale, quantomeno nel caso della clausola risolutiva espressa ex art. 1456, il quale dispone espressamente che le parti possono "convenire" che il contratto si risolva nelle situazioni tipicamente indicate nel prosieguo del suo testo.

Né è poi necessario limitare la portata del termine "convenzione" presente nella norma oggetto di riflessione alle sole ipotesi di risoluzione dei contratti; sempre con una "convenzione", considerabile ricompresa nella disposizione dell'art. 2655 II comma c.c., è difatti consentito alle parti di riconoscere la nullità di un contratto da loro stipulato in precedenza, con la conseguenza che anche questo negozio si potrà annotare ai fini previsti dalla norma citata (NICOLÒ, *La trascrizione*, III, Roma 1973, 82).

Il termine "convenzione" usato da questa norma, dunque, non può univocamente essere riferito al solo mutuo dissenso; inoltre, l'argomento fondato sull'art. 2655 c.c. non è dotato di decisiva valenza argomentativa anche per un altro motivo. A tal riguardo è infatti da ricordare che malgrado l'opposizione di parte della dottrina (TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, in Tratt. dir. priv. diretto da Bessone, IX, Torino 2004, 43 – 44) la giurisprudenza ritiene ormai del tutto ammissibile la trascrivibilità ai sensi dell'art. 2643 c.c. di varie ipotesi di vendita obbligatoria (Cass. 10 marzo 1997, n. 2126, in *Riv. not.* 1997, 471 ss.; Id. 10 luglio 1986, n. 4497, *Ivi*, 1987, 1216 ss.; Id. 8 ottobre 1973, n. 2520, in *Foro pad.* 1974, I, 440 ss.).

Dunque, anche volendo ammettere che il mutuo dissenso possa rientrare nella fattispecie di "convenzione di risoluzione" che la criticata dottrina pretende di ricavare dal tenore letterale dell'art. 2655 c.c., in forza di ciò non è comunque logicamente necessario accostarlo a casi di contratti con effetti reali già prodotti, ben potendosi intendere la norma in argomento come sistematicamente riferita ad un mutuo dissenso avente per oggetto un'ipotesi di vendita obbligatoria nella quale, per definizione, il rapporto contrattuale è ancora in essere tra le parti non essendosi ancora determinati i suoi effetti traslativi e dunque, come meglio si vedrà appresso, può ancora essere "sciolto". L'argomento fondato sull'art. 2655 c.c. per sostenere l'ammissibilità di un mutuo dissenso capace di cancellare un contratto ad effetti reali prodotti è dunque debole perché manca di sostanziale univocità e di coerenza sistematica.

A noi pare, poi, che la tesi favorevole all'utilizzabilità del mutuo dissenso anche quando l'effetto reale si sia ormai determinato non riesca a coordinare tale affermazione col dato – peraltro ormai acquisito anche in giurisprudenza – dell'efficacia esclusivamente estintiva (e non traslativa, né obbligatoria) dell'istituto menzionato dall'art. 1372 c.c.: infatti, anche chi sostiene la riferibilità del mutuo dissenso a contratti con effetti reali già avvenuti precisa che il dante causa non assume in questi casi il ruolo

di avente causa in senso inverso ma, semplicemente, vede verificarsi dopo il mutuo dissenso una situazione nella quale egli è titolare del diritto “quale suo originario titolare”: cioè a dire, in virtù della rimozione del titolo che aveva determinato lo spostamento patrimoniale, necessariamente deve venire meno anche il suo effetto derivativo e – dunque – il diritto traslato deve tornare al dante causa appunto come suo originario titolare (*ex multis* in questo senso SIRENA, *op. cit.*, 99 – 100).

Fermo quanto si dirà a breve sulla accennata non divisibilità dell’assunto a tenore del quale il mutuo dissenso incide sul titolo e non sul rapporto che ne nasce, a noi pare a questo punto possibile affermare che tale tesi cade in contraddizione perché, sulla scorta dell’accennato intendimento secondo il quale il bene resterebbe nella titolarità di chi lo ha trasferito, in quanto detto trasferimento è come se non si fosse mai determinato, al fine di attuare compiutamente lo scopo delle parti, finisce per far nascere dal contratto di mutuo dissenso, per legge dotato di esclusiva funzione eliminativa, anche un’ obbligazione. Si finisce per affermare, cioè, che il mutuo dissenso, fornito di sola causa estintiva, avrebbe anche contestuale efficacia obbligatoria ed imporrebbe ai protagonisti della vicenda di restituirsi reciprocamente quanto ricevuto in dipendenza della situazione negoziale da rimuovere.

Appare evidente dunque come un contratto fornito – per espressa previsione positiva – di mera causa estintiva ben difficilmente può anche avere una contemporanea e naturale efficacia obbligatoria se non c’è nel suo regolamento almeno una clausola inserita dalle sue parti che stabilisca un obbligo consequenziale di restituzione; più coerente, semmai, sarebbe stato fare riferimento alla disciplina dell’arricchimento senza causa o dell’indebito oggettivo, data la (asserita ma, come detto, non divisibile) rimozione del titolo dello spostamento patrimoniale che in tali casi si verificherebbe.

Una variante della tesi criticata, poi, sul punto pecca di una certa macchinosità ed artificiosità quando vuole far consistere il contenuto di tale vincolo restitutorio che si assume automaticamente nascente dal mutuo dissenso nell’obbligazione di effettuare “una prestazione consistente nel compimento di tanti atti di ritrasferimento quanti erano stati gli spostamenti patrimoniali precedenti” (TOSCHI VESPASIANI, *Riflessioni attorno al mutuo dissenso: spunti per il ripensamento di un dibattito nell’ottica di un raccordo tra opzioni dogmatiche e prassi negoziali*, in *Riv. dir. civ.* 2003, I, 291), finendo così col determinare una complessa vicenda in cui le parti di un contratto ad effetti reali già determinatisi dovrebbero stipulare un ulteriore contratto di mutuo dissenso per estinguerlo e, poi, adempiere delle obbligazioni che in forza del medesimo mutuo dissenso sorgono, il contenuto delle quali altro non sarebbe che quello di uno o più pagamenti traslativi (GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XII Ed, Napoli 2006, 1033) in un’ottica ripristinatoria della situazione precedentemente in essere.

A noi pare, però, che in difetto di puntuale disposizione di legge o di comando del giudice, l’adempimento traslativo possa giustificarsi solo sulla base della volontà negoziale espressa dai soggetti che lo debbono attuare e che – di converso – il suo fondamento non si possa ravvisare in una (peraltro apodittica) interpretazione di un contratto con finalità estintiva di pregresso rapporto convenzionale. In tal senso ci sembra infatti vada inteso l’orientamento giurisprudenziale a tenore del quale il pagamento traslativo, al di fuori della previsione contenuta in una puntuale norma di legge o stabilita in sentenza, può avvenire o per il tramite della stipula di un contratto di alienazione con l’avente causa (Cass. 21 novembre 1997, n. 11643, in *Giust. civ. Mass.* 1997, 2245) o mediante il compimento di un atto unilaterale atipico *solvendi causa* purchè, però, tale prestazione sia espressamente imputata, da colui che la pone in essere, all’adempimento di una pregressa obbligazione: in difetto di tale dichiarazione specifica

di chi compie un simile atto unilaterale, quest'ultimo sarà da intendere privo di uno scopo effettivo e, conseguentemente, nullo per difetto di causa (Cass. 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.* 1993, I, 1507).

3. Venendo ora all'altro argomento utilizzato per sostenere la plausibilità di un mutuo dissenso con efficacia *ex tunc* anche con riferimento ai contratti ad effetti reali ormai determinatisi, ovvero alla lettura degli articoli 1321 e 1372 c.c. in combinato tra loro, che pretende di interpretarli come non predisponenti alcuna limitazione al novero dei contratti scioglibili con tale strumento negoziale, ci pare opportuno affermare che tale conclusione vada meglio e più attentamente vagliata valorizzando appieno le considerazioni svolte all'inizio di questo scritto, in quanto non può essere accettata l'idea di fondo sulla quale tale affermazione si sorregge, ovvero quella a tenore della quale il mutuo dissenso inciderebbe sul titolo del rapporto giuridico.

Le due norme citate, infatti, vanno piuttosto intese nel senso che il mutuo dissenso è per definizione di legge finalizzato a sciogliere un rapporto in essere tra le parti, ovvero una relazione tra soggetti determinati giuridicamente qualificata (GUASTINI, *Il rapporto giuridico*, in AA. VV. *Glossario*, in Tratt. Iudica – Zatti, Milano 1994, 353; STANZIONE, *Rapporto giuridico, I – Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani XXV*, Roma 1988, *ad vocem*; PALAZZOLO, *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir. XXXVIII*, Milano 1987, *ad vocem*), scaturente da un precedente contratto, dotata di contenuto patrimoniale e – soprattutto - non ancora esaurita.

L'oggetto che la legge assegna al mutuo dissenso e sul quale esso può dunque incidere, cioè, è un rapporto che nasce da un contratto in essere tra coloro che il medesimo mutuo dissenso stipulano, ma non il contratto stesso che – semmai – è il titolo, ovvero la fonte, da cui nasce quel rapporto che si vuol sciogliere: il mutuo dissenso, perciò, per sua natura non incide sull'atto ma sul rapporto che da esso promana e che coinvolge due (o più) soggetti, in un contesto di obbligatorietà (eventualmente reciproca) delle prestazioni a loro volta funzionali alla realizzazione dell'interesse menzionato dall'art. 1174 c.c.

Inteso in questo senso il combinato disposto degli articoli 1372 e 1321 c.c., allora, il mutuo dissenso risulta con certezza esperibile e praticabile rispetto a tutti quei casi in cui l'oggetto che la legge gli ha assegnato (cioè a dire, lo ripetiamo, il rapporto giuridico patrimoniale nascente da contratto) sia esistente ed attuale, ovvero non esaurito e dunque concretamente sottoponibile a quello scioglimento appositamente menzionato dalle norme di riferimento: a nostro avviso conferma quanto detto anche il verbo “estinguere” utilizzato dall'art. 1321 c.c., che rimanda sistematicamente al sostantivo “estinzione” utilizzato dal codice per regolare quelli che chiama appunto modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento.

Infatti la novazione, la confusione, la remissione del debito, la compensazione, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione non imputabile al debitore agiscono tutti sul rapporto obbligatorio (il quale reagisce sciogliendosi) in quanto non ancora adempiuto e – dunque – non ancora fisiologicamente esaurito.

Pertanto, dovendosi precisare la nozione fornita *supra*, a noi pare che non ci siano dubbi nel considerare il mutuo dissenso come un contratto dotato di naturale efficacia *ex nunc* (salva per le parti la possibilità di assegnargli efficacia retroattiva, se il tipo o la natura del rapporto da sciogliere lo consentano) funzionale allo scioglimento di rapporti contrattuali che siano ancora in essere e non terminati: pensiamo dunque, come possibili oggetti di un mutuo dissenso così inteso, innanzitutto ai contratti ad effetti obbligatori, eventualmente anche di durata (con salvezza di quanto fino ad allora la loro

efficacia ha prodotto). Oltre ai contratti ad effetti obbligatori, tuttavia, anche contratti ad effetti reali possono comunque essere sottoposti allo “scioglimento” mediante mutuo dissenso, perlomeno in alcuni casi: pensiamo, *in primis*, ai contratti ad effetti reali che non abbiano ancora generato il trasferimento o la costituzione del diritto cui sono preordinati (come può avvenire, ad esempio, nei casi di vendita obbligatoria, nei quali il rapporto resta vivo tra le parti finchè la vicenda effettuale non si compie e, dunque, può negozialmente essere sottoposto a scioglimento). Analogamente, è possibile a nostro avviso sottoporre a mutuo dissenso anche contratti ad effetti reali nei quali il pagamento del prezzo viene concordemente rateizzato dalle parti, oppure nei quali il corrispettivo è in parte versato all’atto della stipula e per la restante parte se ne pattuisce il pagamento in unica soluzione, in epoca successiva alla stipulazione medesima. Inoltre, il mutuo dissenso può esperirsi rispetto a tutti quei casi in cui è possibile parlare di vendita con riserva di proprietà, dato che in siffatte situazioni la cosa oggetto del contratto è consegnata subito, ma l’effettivo trasferimento del diritto di proprietà si ha solo quando viene a corrisponderci integralmente il prezzo concordato (TRABUCCHI, *op. cit.*, 726). Anche in queste situazioni ora descritte, pertanto, ben si vede come il rapporto fra le parti non sia ancora esaurito e come possa, giusto quanto detto in precedenza, venir sottoposto a scioglimento per il tramite del mutuo dissenso: data poi la natura strutturale del rapporto in questione, è ammissibile anche che lo scioglimento abbia efficacia retroattiva, attuandosi così integralmente l’intento particolare delle parti medesime (finalizzato alla “cancellazione” della vicenda cui avevano dato vita) le quali dovranno avere cura di regolare – nel patto di mutuo dissenso – le conseguenze restitutorie della loro scelta solutoria.

Opposte invece debbono essere le conclusioni circa i contratti i cui effetti reali si siano già integralmente prodotti, perché in tali casi il rapporto si è fisiologicamente esaurito e dunque è già sciolto *ex se*: ammettere infatti l’utilizzabilità del mutuo dissenso rispetto a contratti che abbiano già determinato la modifica reale cui sono funzionalmente rivolti significa farlo incidere non sul rapporto ma sulla fonte da cui esso scaturisce ovvero, come si diceva, sull’atto e sui suoi effetti. Ciò allora, a nostro avviso, surrettiziamente equiparerebbe il mutuo dissenso all’annullamento ed alla nullità, che per definizione colpiscono retroattivamente il titolo negoziale quando è viziato e non il rapporto (TRABUCCHI, *op. cit.*, 666) e che, peraltro, non sono disponibili convenzionalmente.

Ritenere che il mutuo dissenso sia esercitabile anche con riguardo ad effetti reali già posti in essere, dunque, costituisce una soluzione che la legge vigente non consente di sostenere con l’ausilio dei necessari ed adeguati fondamenti positivi: infatti, se l’oggetto dell’accordo estintivo è il rapporto e non il titolo da cui esso nasce, pretendere di utilizzare lo strumento di cui all’art. 1372 c.c. rispetto a vicende in cui il rapporto è ormai esaurito significa violare l’art. 1346 c.c., in quanto di certo non si potrebbe considerare questa ipotesi di contratto di mutuo dissenso come dotata di oggetto possibile; a rigore, pertanto, se tale contratto di mutuo dissenso dovesse essere stipulato, se ne dovrebbe sostenere la nullità ex art. 1418 II comma c.c.

A tal riguardo non va nemmeno sottaciuto che l’art. 1376 c.c. è sì norma derogabile, ma solo nel senso che permette il differimento rispetto all’accordo (sulla base di idonea pattuizione: ci viene in soccorso ancora una volta l’esemplificazione offerta dalla vendita ad effetti obbligatori) degli effetti reali che il contratto traslativo è volto a produrre (VECCHI, *Il principio consensualistico*, Torino 2005, 56): tale disposizione non può certo essere intesa, invece, nel senso che gli effetti reali siano liberamente disponibili dalle parti e specificamente altrettanto liberamente cancellabili

ex art. 1372 c.c. una volta prodottisi, in quanto una siffatta interpretazione sarebbe contraria alle finalità della norma in questione (tesa a garantire la certezza nella titolarità di situazioni soggettive di così ampia rilevanza economica) ed al suo tenore letterale.

Con riguardo a tale ultimo argomento, infatti, v'è ricordata la non casuale circostanza secondo la quale l'art. 1376 c.c. considera i contratti finalizzati al trasferimento della proprietà o alla costituzione ed al trasferimento di altro diritto reale, ma non fa alcuna menzione dell'"estinzione" di tali effetti una volta determinatisi per il tramite dell'accordo, che è al contempo *titulus* e *modus acquirendi*.

4. Resta allora da verificare come sia possibile per le parti di un contratto che i propri effetti reali abbia già prodotto attuare il loro intento di "rimozione" dei medesimi, qualora essi non siano più conformi alle proprie aspirazioni.

In virtù di quanto abbiamo ritenuto opportuno affermare in queste note, ci pare che tale intento possa essere attuato solo per il tramite di un contronegozio, stante l'inapplicabilità del mutuo dissenso a queste vicende negoziali che hanno ormai visto esaurire fisiologicamente il rapporto che fondavano.

A tal riguardo, non si presentano come assolutamente insuperabili le obiezioni poste da parte della dottrina circa il profilo causale di tale "contro-disposizione", profilo che secondo questa esegesi solo con una finzione si potrebbe rinvenire nell'elemento funzionale tipico della vendita (per l'ipotesi della "retrovendita") o nello spirito di liberalità (per la "controdonazione") e che, dunque, nella realtà sarebbe assente: tale obiezione, perciò, finisce per incentrarsi sull'affermato difetto di uno degli elementi essenziali delle menzionate convenzioni (COGOLI, *Lo scioglimento della donazione per mutuo dissenso*, in *Contratti* 2006, 626; CAPOZZI, *Mutuo dissenso – Donazione di bene immobile – Ammissibilità – Effetti*, in *Vita not.* 1973, 608).

A noi pare che almeno con riguardo alla retrovendita, la causa come funzione economico sociale, quindi intesa come scambio di cosa contro prezzo, sia sicuramente presente: non può ostare a tale conclusione la sola circostanza che il prezzo scambiato coincida con quello versato in forza del contratto pregresso, i cui effetti si vogliono ora rimuovere da parte di chi prima li ha voluti. A stretto rigore di termini, quindi, un effettivo *deficit* causale sussisterebbe solo per la "controdonazione".

La difficoltà proposta, comunque, non avrebbe motivo di essere dotata di rilevanza qualora si afferisca alla concezione della causa del contratto che si va vieppiù affermando in giurisprudenza, che la intende come sintesi degli interessi reali delle parti e dunque la configura "in concreto" (FERRI, G. B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966; Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Contratti* 2007, 621 ss.; sull'evoluzione del concetto di causa del contratto sia consentito un rinvio a GALATI, *La causa del contratto tra "funzione economico – sociale" e "sintesi degli interessi individuali delle parti"*, in xxx.treccani.it/Portale/sito/diritto): la causa così intesa sicuramente sarebbe vista come sussistente nelle ipotesi di "contronegozio" sopra considerate.

Tuttavia, a nostro avviso non è un passaggio logico necessario, per rendere coerente col sistema vigente la "controdisposizione" rispetto ad un contratto con effetti reali già determinatisi, l'aderire alla teoria della c.d. "causa concreta": se, infatti, l'argomento esposto dalla dottrina che in questa sede si critica, ovvero quello consistente nella asserita assenza dell'elemento funzionale tipico previsto dagli articoli 1470 e 769 c.c. nelle ipotesi di "retrovendita" e "controdonazione" viene portato alle sue estreme conseguenze logiche, allora si ricava che i "contronegozi" considerati non potrebbero essere in alcun modo considerati contratti tipici di vendita e di donazione.

Ciò però non implica, comunque, che queste operazioni contrattuali siano necessariamente carenti di qualsivoglia profilo funzionale e che, dunque, non possano essere legittimamente praticate nella quotidianità dei traffici: infatti, tali negozi “a controvicenda” si potrebbero considerare contratti atipici ex art. 1322 II comma c.c., in quanto l’interesse a realizzare una vicenda giuridica antitetica e dunque speculare a quella che in precedenza si era voluta e che ora non è più conforme ai bisogni dei suoi soggetti è di sicuro un interesse giuridicamente rilevante delle parti che si fonda sulla loro autonomia privata e perciò sulla loro libertà personale, che ben può essere visto come quella “causa in senso esclusivamente materiale” che autorevole dottrina raccomanda di ricercare per verificare la valida esistenza di ogni contratto innominato (GRASSETTI, *Rilevanza pratica dell’intento giuridico in caso di divergenza dall’intento pratico*, in *Studi economico giuridici dell’Università di Cagliari*, Cagliari 1936, 128) e, dunque, per accertarne da un lato la conformità all’ordinamento giuridico e, dall’altro, la sua meritevolezza di tutela da parte di quest’ultimo.

Con la conseguenza, per quanto qui interessa, che “retrovendita” e “controdonazione” diventerebbero perfettamente ammissibili e funzionali nel contesto di quanto effettivamente voluto dai soggetti che hanno deciso di attuarle in merito ad effetti traslativi già scaturiti da una antecedente compravendita o da una precedente donazione; tali soggetti darebbero così vita ad un’operazione economica fatta di comportamenti negoziali che tra loro si intersecano in vista dell’attuazione di interessi privati meritevoli di protezione, rispetto ai quali non si ravvisano ragioni dogmatiche per avversarli (sul concetto di operazione economica si rinvia a GABRIELLI, E., *Il contratto e l’operazione economica*, in www.judicium.org).

In conclusione, occorre dar conto di come si sia sostenuto che la mera “controdisposizione” non basterebbe ad eliminare la donazione dal mondo del diritto, quindi non sarebbe in grado di attuare compiutamente il fine ultimo di coloro che tale cancellazione volevano attuare, ovvero ripristinare la piena commercialità dei beni donati, gravemente limitata dalla esperibilità verso ogni donatario dell’azione di riduzione (COGOLI, *op. cit.*, 627).

Questo tuttavia è un argomento di mero fatto, improntato su ragioni di convenienza delle parti della donazione e non su effettivi dati giuridici positivi i quali, di converso, interpretati nel senso che ci siamo sforzati di chiarire, sembrano proprio impedire la rimozione del titolo fornito dalla donazione per il tramite di un mutuo dissenso: non è un caso, infatti, che l’art. 1123 del codice civile del 1865, corrispondente all’odierno art. 1372 c.c., parlasse di “revoca” del contratto per mutuo consenso; la sostituzione di questa locuzione con quella di non analogo significato e di assai diversa portata di “scioglimento”, infatti, impone di non riferire l’accordo estintivo al contratto ma – per le ragioni esposte all’inizio – solo al rapporto che ne deriva.