

# INVALIDITÀ DEL CONTRATTO E RESTITUZIONI.

Di Giovanni Passagnoli

*SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Le disposizioni del Codice Civile. – 3. Il concorso tra la ripetizione dell' indebito e la rivendicazione. – 4. Indebito e azione di arricchimento. – 5. I limiti alla restituzione posti dall' art. 2035.*

## 1. Considerazioni introduttive

Un discorso sulle restituzioni conseguenti alla invalidità del contratto coinvolge i distinti piani di disciplina del rapporto tra le parti e della posizione dei terzi aventi causa.

Con riferimento a questi ultimi, i criteri normativi risolvono il conflitto circolatorio graduando la opponibilità della invalidità del contratto, nelle differenti ipotesi di nullità, annullabilità e rescindibilità. Il quadro di disciplina diviene ancora più articolato per quanti riconducano alla sfera dell'invalidità il fenomeno simulatorio.

Al profilo dell'opponibilità e dell'invalidità nei confronti dei terzi, si affianca il piano, evidentemente distinto, della tutela obbligatoria del *solvens sine causa*, nei confronti dell'*accipiens*, tramite la ripetizione dell'indebito e, secondo una opinione, l'arricchimento senza causa.

Assumono, poi, rilevanza le fattispecie nelle quali la ripetizione viene positivamente esclusa: da quella, di portata generale, posta dall'art. 2035 per le prestazioni contrarie al buon costume, alle presta-

zioni di fatto con violazione di legge (art. 2126), sino ad ipotesi recenti ma significative quale l'art. 2 della legge 18 giugno 1998, n.192, in materia di nullità formale del contratto di subfornitura.

L'ampiezza delle tematiche e la complessità dei problemi che esse sollevano, impongono una delimitazione del discorso.

Escludo perciò e subito dall'orizzonte di queste riflessioni le restituzioni conseguenti ad annullabilità, rescindibilità e simulazione, concentrando l'attenzione sulle conseguenze restitutorie della sola nullità.

## 2. Le disposizioni del Codice Civile.

Le conseguenze tra le parti della nullità del contratto sono date, in larga misura, per scontate nella disciplina codicistica, tanto è forte la suggestione che, anche sul legislatore, ha esercitato l'idea della irrilevanza del contratto nullo, la cui radicale ed originaria inefficacia costituirebbe un corollario logico, ancor prima che giuridico della figura.

Non stupisce, allora, che il Codice si riferisca alle pretese restitutorie solo in modo implicito all'art. 1422, ove, nel disciplinare la imprescrittibilità dell'azione di nullità, fa salvi gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione.

In tal modo, il legislatore presuppone la esperibilità della tutela restitutoria, correlandola, in negativo, alle circostanze che potrebbero ostare al suo accoglimento: estensivamente, l'acquisto della proprietà a titolo originario da parte dell'avente causa, oppure la prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito. Certo, la disposizione rinvia a piani di rilevanza ben distinti.

Quello della relazione proprietaria, cui è pertinente il riferimento all'usucapione; quello obbligatorio, della azione di ripetizione e della prescrizione.

Il carattere implicito, ancorchè inequivoco, della normativa consiglia di ricercare altrove indici normativi che consentano di dar più sicura risposta al problema del concorso, a favore dell'alienante, della azione di rivendicazione (art. 948) con quella di ripetizione dell'indebito (art. 2033), nei confronti dell'*accipiens sine causa*.

Anche con riferimento alla posizione dei terzi - diversamente da quanto dispongono gli artt. 1445 e 1452, rispettivamente per il contratto annullato e per quello rescisso - manca una espressa disciplina nel capo della nullità.

La si deve ricavare dal sistema, attraverso la interpretazione di disposizioni che, almeno ad una prima lettura, appaiono tra loro profondamente contraddittorie.

Dagli artt. 2652, n. 6 e 2690, n. 3, si ricava con chiarezza, benché *a contrario*, che la sentenza che accolga la domanda diretta a far dichiarare la nullità pregiudica i diritti dei terzi aventi causa a qualsiasi titolo dal primo acquirente; con la sola deroga della circoscritta fattispecie della c.d. pubblicità sanante, enunciata nelle anzidette disposizioni.

Sempre con riferimento ai terzi, l'art. 2038 disciplina le conseguenze - sul piano obbligatorio della ripetizione dell'indebito - della alienazione della cosa ricevuta indebitamente, assicurando, invece, una ampia e sostanziale intangibilità dell'acquisto del terzo.

### 3. Il concorso tra la ripetizione dell' indebitto e la rivendicazione.

Prima di procedere oltre sembra dunque opportuno soffermarsi su questo aspetto del problema, che ha radici antiche.

Come sappiamo, nel diritto romano si contrapponevano le nullità *iure civili*, operanti *ipso iure*, alle ipotesi di inefficacia *officio iudicis* dell'atto. Le prime erano riconducibili al difetto degli *essentialia* del contratto tipico<sup>1</sup>; le seconde alle *exceptiones* e *condictiones* esperibili riguardo all'atto integro, valido *de iure civili* e però *malus in effectu*, per l'incidenza di circostanze esterne all'atto stesso: principalmente i vizi del volere e della causa<sup>2</sup>.

Il fenomeno, gradatamente attuato con le codificazioni e portato al suo estremo dal codice italiano vigente, dell'assorbimento all'interno della fattispecie del requisito causale, muta i termini del discorso<sup>3</sup>.

La mancata integrazione del requisito non costituisce più il presupposto, a posteriori, di semplici *exceptiones* e *condictiones*, ma incide direttamente sulla validità dell'atto. Ciò diviene tanto più rilevante in quanto, grazie alla efficacia reale del consenso ed alla moderna commistione tra *titulus* e *modus acquirendi*, il fenomeno investe anche l'atto traslativo, trascendendo l'ambito del contratto obbligatorio nel quale era sorto<sup>4</sup>.

Questo fenomeno, già nella elaborazione teorica anteriore al codice vigente, aveva consentito di argomentare a favore della radicale eterogeneità delle *condictiones* romane rispetto alle «azioni ripetitorie moderne», che sarebbero ormai la «conseguenza della nullità del negozio» e non il «correttivo di un negozio giuridicamente valido»<sup>5</sup>.

La nullità, non importa se legata al mancato assolvimento di un onere di legalità, oppure fondata sull'illiceità della causa o del motivo, doveva risolversi necessariamente in una carenza strutturale della fattispecie, dando luogo alla sua inefficacia *erga omnes*, sì da fondare una tutela reale del *solvens*, sottratta alle ristrettezze applicative della *condictio*<sup>6</sup>.

Il punto, però, è tutt'altro che pacifico. Tanto è vero che taluno ha rilevato la contraddittorietà di simili conclusioni rispetto alla disciplina positiva. Proprio gli artt. 2037 e 2038, dimostrerebbero, piuttosto, che «i principi della inefficacia del negozio

<sup>1</sup> FERRARA F. Sen., *Teoria del negozio illecito*, Milano, 1902, p. 277; ZANI, *L'evoluzione storico-dogmatica dell' odierno sistema dei vizi del volere e delle relative azioni di annullamento*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1927, p. 335 ss..

<sup>2</sup> M. GIORGIANNI, voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, p. 550.

<sup>3</sup> M. GIORGIANNI, *loc. cit.*, p. 594.

<sup>4</sup> G. ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, I, Milano, 1952, pp. 22-23.

<sup>5</sup> FERRARA F. Sen., *op. cit.*, p. 277.

<sup>6</sup> Lo sottolinea M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 552, pur circoscrivendo la portata della tutela reale, escludendola per le prestazioni isolate senza causa, per le quali troverebbe invece applicazione la disciplina dell' indebitto.

nullo e della retroattività reale dell'annullamento sono privi di contenuto normativo»<sup>7</sup>.

Una tale affermazione, tuttavia, risulta condivisibile solo a condizione che si possa escludere, positivamente, il concorso tra la tutela reale e quella obbligatoria del *solvens*.

E sul punto a me pare che gli argomenti ricavabili dalla lettura congiunta dell'art. 1422 con gli artt. 2652, n. 6 e 2690, n. 3, siano decisivi a favore del concorso di azioni.

Da un lato, stante la chiara lettera dell'art. 1422, è sicura la esperibilità della azione di ripetizione.

Dall'altro, è parimenti evidente che - con la sola eccezione della c.d. pubblicità sanante e degli acquisti a titolo originario - la sentenza dichiarativa della nullità pregiudica, sempre, i diritti del terzo sub acquirente: segno, questo, della esperibilità della tutela petitoria nei confronti dei terzi cui la nullità sia opponibile.

Nè può stupire, nella consueta relatività delle valutazioni giuridiche, che una tal tutela reale nei confronti del sub acquirente<sup>8</sup> differisca radicalmente dal modello di disciplina posto dall'art. 2038, giacché in ciò si apprezza il riflesso della diversità di presupposti ed effetti delle due discipline.

Quella dell'indebito ha natura personale, è volta alla sola rimozione degli effetti materiali e possessori della *traditio*, indifferentemente dalla circostanza che il *solvens* sia o meno proprietario del bene oggetto della prestazione; quella di rivendicazione ha natura reale e suppone l'accertamento della proprietà, con l'assolvimento dei relativi oneri probatori<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, I, p. 11 ss..

<sup>8</sup> Sotto quest'ultimo profilo, è il caso di ricordare, pur non potendo approfondire in questa sede l'argomento, la recente motivata teorizzazione (C. PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002, p. 159 ss.), volta a relativizzare, cioè a graduare in concreto, la opponibilità della nullità nei confronti dei terzi.

La tesi muove dalla constatazione della perdita di fattispecie delle nullità speciali e più in generale dalla constatazione del carattere costitutivo che la azione di nullità può assumere ogni qual volta il titolo si presenti integro nella propria fattispecie costitutiva e perciò idoneo a fondare un rilevante affidamento circolatorio. Si pensi alla frode alla legge o al motivo illecito comune e in genere alle ipotesi di illiceità della causa in concreto, desumibile solo dal collegamento negoziale: in simili ipotesi, la causa di nullità costituisce un elemento impeditivo e deve di norma essere eccepita. Ciò potrebbe giustificare un temperamento, in concreto, cioè secondo la composizione giudiziale degli interessi in conflitto, dell'ampiezza delle conseguenze della nullità, sotto il profilo di una sua più limitata opponibilità.

<sup>9</sup> Sul punto, risultano illuminanti le considerazioni di P. SCHLESINGER, *Il pagamento di terzo*, Milano, 1961, p. 26 ss.; e vedi già G. ANDREOLI, *La ripetizione dell'indebito*, Padova, 1940, p. 5 ss..

#### 4. Indebito e azione di arricchimento.

La disciplina dell'indebito è, almeno in prima lettura, dettata con riferimento alle prestazioni aventi ad oggetto beni, tanto fungibili - tipicamente il danaro - che infungibili.

Ciò ha autorizzato parte della dottrina e soprattutto una netta giurisprudenza<sup>10</sup> ad affermare che, ove il contenuto della prestazione e la possibilità concreta della ripetizione non lo consentano, le conseguenze restitutorie della nullità debbano trovare attuazione tramite l'azione generale di arricchimento, regolata dall'art. 2041.

L'affermazione parrebbe avere la forza dell'ovvietà, specie alla luce del carattere sussidiario della azione di arricchimento.

Resta da vedere se un simile esito applicativo sia compatibile con la *ratio* della disciplina dell'indebito, oppure conduca, come a me pare, ad una ingiustificata disparità di trattamento.

Per meglio comprendere questo rilievo, è opportuno ricordare che nella complessa articolazione di regole poste dagli artt. 2037 e 2038 già trova spazio una obbligazione indennitaria - dell'acquirente o del sub acquirente a seconda dei casi - nei confronti del *solvens*, nei limiti dell'arricchimento verificatosi.

Ciò accade, in particolare, nel caso dell'*accipiens* di buona fede *i*) ove la restituzione sia impossibile per il perimento della cosa (art. 2037, terzo comma); *ii*) nel caso di alienazione ad un terzo sub acquirente a titolo gratuito, il quale è direttamente gravato della obbligazione indennitaria verso il *solvens*.

Ove vi sia mala fede dell'*accipiens*, valgono regole diverse, che commisurano il diritto del *solvens* ora al "valore", ora al "corrispettivo", della cosa alienata.

Nel solo caso di *accipiens* di mala fede, che abbia alienato a titolo gratuito la cosa ricevuta, riemerge una obbligazione sussidiaria - nell'ipotesi di inutile escussione dell'alienante - di natura indennitaria, nei limiti dell'arricchimento del sub acquirente.

In questo contesto di disciplina, la differenza di trattamento tra l'*accipiens* di mala e di buona fede non sembra in alcun modo correlata alla natura della prestazione, bensì e solo alla considerazione dello stato soggettivo del contraente tenuto alla restituzione.

Risulta allora piuttosto evidente che l'applicazione indiscriminata della azione di arricchimento di cui all'art. 2041 alle restituzioni delle prestazioni di fare, conseguenti alla nullità del con-

<sup>10</sup> Per tutte, Cass. 8 novembre 2005, n. 21647, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, p. 11.



tratto, realizzerebbe una soluzione del tutto incoerente.

Il *solvens* si vedrebbe indennizzato, anche in caso di mala fede dell' *accipiens*, nei soli limiti dell' arricchimento di questo, anziché nei più pregnanti termini del "valore" o del "corrispettivo" previsti, a seconda dei casi, dalla disciplina dell' indebito.

Se queste considerazioni appaiano condivisibili, sembra segnata la via dell'applicazione analogica dell' art. 2037 per le prestazioni indebite di fare: quindi, arricchimento nel caso di buona fede dell'*accipiens*, debito di valore in quello di mala fede.

### 5. I limiti alla restituzione posti dall' art. 2035.

Sul piano del trattamento riservato al contratto nullo, la disciplina posta dall'art. 2035 circa l'irripetibilità delle prestazioni contrarie al buon costume, ci appare come una specificazione della distinta regolamentazione riservata al contratto illecito.

Ove la illiceità di esso risieda nel perseguimento di uno scopo che, anche da parte del *solvens*, costituisca offesa al buon costume, questi, nonostante la nullità del contratto, "non può ripetere quanto ha pagato".

Si deroga così alla ordinaria conseguenza restitutoria, fondata sull'art. 2033 c.c., della nullità del contratto.

Dubbio è il fondamento della regola; incerto risulta il suo rapporto con la nozione di buon costume, altrove enunciato quale criterio di liceità dei requisiti od elementi del contratto; controverse appaiono le implicazioni di disciplina.

Sarà quindi utile muovere da una puntualizzazione della nozione e del fondamento di questo parametro di liceità del contratto.

#### a) Il buon costume.

Si assiste in materia ad una ampiezza definitoria che, se appare espressione di una tensione ideale verso una perdurante rilevanza della regola morale nel diritto, risulta poi insuscettibile di impiego effettivo, per le incongruità sistematiche che ne derivano.

Così, quando si identifica il buon costume con le norme implicite del sistema «che comportano una valutazione del comportamento dei singoli in termini di moralità o di onestà»<sup>11</sup>, oppure con i «canoni fondamentali di onestà pubblica e privata alla stre-

gua della coscienza sociale»<sup>12</sup>, od ancora con i principi e le esigenze «etiche appartenenti alla coscienza morale collettiva, cui la generalità delle persone corrette uniforma il proprio comportamento in un determinato ambiente e momento storico»<sup>13</sup>, o infine con la «matrice etica delle strutture normative vigenti e specialmente delle norme costituzionali»<sup>14</sup>, si pongono forse più problemi di quanti simili definizioni valgano a risolverne.

Da un lato, infatti, diviene difficile distinguere simili canoni di onestà dal sistema delle regole di buona fede e correttezza; dall'altro, appare assai arduo giustificare tanto radicali divergenze di trattamento tra la violazione di queste ultime e lo speciale rigore di disciplina posto dall' art. 2035 c.c. .

Non a caso, coerentemente col cauto impiego giurisprudenziale<sup>15</sup>, si assiste al diffuso tentativo di

<sup>12</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 621.

<sup>13</sup> Così, da ultimo, Cass. 15 febbraio 2001, n. 7523, in *Dir. fall.*, 2001, 2, p. 1190, con nota di DI LEO, *Cambiale, promessa di pagamento e negozio contrario al buon costume*.

<sup>14</sup> D. CARUSI, *Illiceità del contratto e restituzioni*, cit., p. 498.

<sup>15</sup> La Corte di Cassazione ha, in più di una occasione (recentemente, Cass. 15 febbraio 2001, n. 7523, cit.) precisato che "le prestazioni considerate contrarie al buon costume non sono solo quelle contrarie alle regole del pudore sessuale e della decenza, ma anche quelle lesive dei principi e delle esigenze etiche appartenenti alla coscienza morale collettiva, cui la generalità delle persone uniforma il proprio comportamento in un determinato ambiente e momento storico". Alla luce di una simile concezione, sono considerati nulli perché in contrasto con il buon costume, oltre ai contratti che prevedono prestazioni a carattere sessuale (Cass. 1 agosto 1986, n. 4927, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 2710; Cass. 31 marzo 1958, n. 1110, in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 1310; Trib. Milano 1 luglio 1993, in *Rep. Giur. it.*, 1994, voce "Obbligazioni e contratti", p. 559). Il contratto a titolo oneroso avente ad oggetto il conferimento di un incarico professionale stipulato tra i competenti organi di una istituzione pubblica ed un membro del consiglio di amministrazione dell'ente, con intenzionale lesione degli interessi di quest'ultimo (Cass. 18 ottobre 1982, n. 5408, in *Foro it.*, 1983, I, c. 691). Le convenzioni usurarie (Cass. 10 agosto 1973, n. 2330, in *Sett. giur.*, 1073, II, p. 1028; Cass. 10 novembre 1970, n. 2334, in *Rep. Giust. civ.*, 1970, voce "Fidejussione", p. 6). I contratti di prossenetico matrimoniale, qualora si risolvano in una pressione diretta o indiretta alla libertà del consenso matrimoniale (Cass. 25 marzo 1966, n. 803, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, c. 1960; Cass. 30 luglio 1951, n. 2226, in *Giur. it.*, 1952, I, 1, c. 22). Sono stati altresì ritenuti illeciti contratti contenenti accordi fraudolenti in danno di terzi (Cass. 15 febbraio 1960, n. 234, in *Giur. it.*, 1960, I, c. 1134), o in forza dei quali una parte si obbliga a tenere un determinato contegno processuale in cambio di denaro (Trib. Genova 17 ottobre 1984, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 65). Così come si è considerato immorale il patto col quale un candidato al Parlamento si obbliga a pagare una somma affinché gli altri candidati della stessa lista lo sostengano nella campagna elettorale e rinunzino al mandato parlamentare, così da far risultare eletto il primo (Trib. Roma 21 marzo 1968, in *Giur. mer.*, I, 1968, p. 104). E' considerato altresì illecito il contratto con cui taluno si impegna a svolgere un'opera di intermediazione finalizzata all'ottenimento a favore del mandante di favori pubblici o

<sup>11</sup> F. GALGANO, *Della simulazione, della nullità del contratto*, cit., p. 130.

circoscrivere l'ambito di applicazione del buon costume, sulla base di rilievi diversi, ma concorrenti, nel giustificare una simile operazione interpretativa.

Un primo ordine di considerazioni attiene proprio al mutato rapporto tra morale e società, che assume evidente rilievo ai nostri fini, in considerazione del carattere necessariamente oggettivo, per quanto relativo, che la regola morale deve avere per acquisire rilevanza per il diritto<sup>16</sup>.

La accentuata mobilità sociale, la sua evoluzione pluralistica, il dissolversi del tradizionale ordine familiare, il radicale mutamento del costume sessuale, rendono sempre più inattuabile una simile coscienza collettiva, se non a costo di arbitrarie generalizzazioni di quella propria di determinati ceti o gruppi<sup>17</sup>.

Da un complementare punto di vista, si propone perciò una positivizzazione del buon costume, non contrapposto all'ordine pubblico, ma ad esso omogeneo, secondo due possibili chiavi di lettura.

Da un lato, vi sarebbe un continuo processo «di assorbimento e di osmosi» tra i due concetti, in considerazione del fatto che i «valori morali, nella concretezza della realtà sociale, quali la lealtà, la fedeltà, il rispetto degli usi onesti commerciali e industriali, la correttezza, la buona fede, progressivamente penetrano nell'ordine giuridico, materializzandosi in forme progressivamente nuove e costituiscono il fondamento di esso, concretando la nozione di ordine pubblico»<sup>18</sup>.

privati – cd “raccomandazione onerosa” - qualora goda di un beneficio economico non solo l'intermediario, ma anche il pubblico ufficiale (Cass. 14 luglio 1972, n. 2420, in *Foro it.*, 1973, I, c. 1224). Così anche il contratto di consulenza commerciale stipulato al fine di concludere contratti con la pubblica amministrazione, quando il sedicente consulente tratti le modalità di partecipazione alle gare sfruttando conoscenze politiche e le frequentazioni con gli amministratori (Trib. Milano 15 luglio 1995, in *Orient. giur. lav.*, 1995, p. 641). E' dubbio, invece, se debbano o meno essere considerati immorali, oltre che illegali, i contratti che violano disposizioni di natura valutaria (Cass. 7 luglio 1981, n. 4414, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2418; Cass. 8 luglio 1983, n. 4605, in *Foro it.*, 1983, I, c. 2781). Non rientrano nell'ipotesi di contratto a causa turpe le attività di chiromanzia e astrologia (Cass. pen. 29 gennaio 1986, *Giur. imp.*, 1988, p. 1291).

<sup>16</sup> G. PANZA, *Ordine pubblico. Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990, p. 2

<sup>17</sup> S. RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume*, in *Giur. mer.*, 1970, I, p. 106. Condivide tale impostazione F. DI MARZIO, *Buon costume*, in *I contratti in generale*, Torino, 2000, VI, p. 250, nel riferirsi alla “frammentazione delle visioni politiche, etiche e religiose accaduta nel convulso moto storico dell'ultimo secolo” ed ancora alla “proliferazione di stili di vita prima inammissibili o sconosciuti”, alla “contaminazione culturale fra paesi di aree diverse del mondo”. Fattori tutti che hanno “decretato la fine inesorabile di fenomeni antropologici (troppo spesso mitizzati) come la morale comune o sociale”.

<sup>18</sup> Così M. NUZZO, *Negoziio illecito*, cit., p. 5.

Dall'altro, si propone di considerare il buon costume quale *species* dell'ordine pubblico, iscritto senza ambiguità nella cornice di principi e valori enunciati dalla Costituzione: in breve, il buon costume come “ordine pubblico non economico”<sup>19</sup>.

Il tratto caratterizzante della contrarietà al buon costume consisterebbe nella lesione della *dignità umana*, quindi di un «valore assoluto dell'ordinamento positivo»<sup>20</sup>.

In tale prospettiva potrebbe condividersi anche l'affermazione che il buon costume costituisca la «linea di confine tra ciò che è commerciabile e ciò che non si può sottoporre a scambio»<sup>21</sup>, purché, a mio modo di vedere, la ragione di una simile incommerciabilità risieda nella protezione della dignità. In caso contrario, smarrita ogni peculiarità assiologica, verrebbe meno (come in altri ordinamenti, in specie quello tedesco) la stessa possibilità di enucleare il buon costume dall'ordine pubblico<sup>22</sup>.

Può essere interessante rileggere in questa chiave la casistica della materia, che non di rado accomuna ipotesi di contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume.

Se, infatti, non sembrano porre particolari problemi le classiche fattispecie legate variamente a prostituzione<sup>23</sup> e pornografia<sup>24</sup>, e se del pari non può

<sup>19</sup> F. DI MARZIO, *Buon costume*, cit., p. 250.

<sup>20</sup> Così, ancora, F. DI MARZIO, *Buon costume*, cit., p. 252. Sul punto, si veda G. ALPA, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 416.

Osserva da ultimo condivisibilmente V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 459 ss., p. 484, che “anche la violazione della dignità della persona viene ora a tradursi in altrettanta causa di nullità del regolamento contrattuale in virtù del suo carattere conformativo di ogni situazione soggettiva”. E vedi ora, in prospettiva sistematica, G. VETTORI, *Diritto dei contratti e “Costituzione” europea*, cit., p. 29 ss..

<sup>21</sup> D. CARUSI, *Disciplina della causa*, in *Tratt. Rescigno*, I, *I contratti in generale*, Torino, 1999, p. 562. Osserva condivisibilmente tale A., seppur nella prospettiva dell'art. 2035 c.c., che “Non è forse un caso che l'interesse intorno a questa regola si risvegli ai giorni nostri, in epoca di consumismo globale e sfrenato: oggi non si commercia più – ai limiti della legalità – soltanto in sesso, ma nelle sua più svariate applicazioni medianiche, e inoltre in organi umani, in gameti, in gravidanze ed in bambini” (D. CARUSI, *Illiceità del contratto e restituzioni*, cit., p. 501).

<sup>22</sup> Prospettiva che in effetti non è estranea a chi, nel ricostruire la disciplina dell'art. 2035, argomenta dalla *ratio* dell'“abuso di pretesa restitutoria”, su cui *infra*.

<sup>23</sup> Cass. 1 agosto 1986, n. 4927, in *Foro it.*, 1987, I, c. 495 (precedente edito in termini si trova in Trib. Roma, ord., 27 ottobre 1947, in *Resp. civ. prev.*, 1950, p. 264; analoga pretesa risarcitoria aveva invece precedentemente trovato accoglimento in Trib. Varese 5 marzo 1979, inedita); Cass. 31 marzo 1958, n. 1110, in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 1310; Trib. Milano 1 luglio 1993, in *Rep. Giur. it.*, voce “*Obbligazioni e contratti*”, 1994, p. 559. La giurisprudenza meno recente offre un vasto numero di pronunce relative alle case di meretricio: Cass. 19 luglio 1965, n. 1622, in *Rep. Giust. civ.*, 1965, voce “*Lavoro*”,



che apprezzarsi la ritenuta estraneità alla materia degli accordi di convivenza<sup>25</sup>, appare più dubbia la inclusione nella contrarietà al buon costume e non all'ordine pubblico degli accordi di corruzione<sup>26</sup> o di rinuncia al mandato elettorale<sup>27</sup>, rispetto ai quali, peraltro, la irripetibilità delle prestazioni può giustificarsi nel quadro di complementari *rationes*, pur sempre rinvenibili nell'art. 2035<sup>28</sup>.

Coerente sembra, invece, il più recente impiego del buon costume in materia di atti di disposizione del corpo e di surrogazione di maternità<sup>29</sup>.

Proprio quest'ultima problematica, a seguito della sopravvenuta disciplina imperativa della materia, attuata con l. 40/2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), si presta a talune considerazioni ulteriori, circa il possibile concorso,

rilevante agli effetti della applicazione dell'art. 2035, tra la contrarietà al buon costume ed a norma imperativa.

Le recenti pronunzie, innanzi richiamate, avevano, prima della introduzione del divieto legale delle pratiche di surrogazione, tanto affermata che negata la contrarietà di queste al buon costume. Si pone così, nel vigore della nuova disciplina, il problema della possibile sopravvivenza della contrarietà al buon costume di simili accordi, ferma la loro attuale sicura nullità per contrarietà a norma imperativa. Ad un simile interrogativo, una volta ammessa la peculiarità assiologica del fondamento del criterio di liceità costituito dal buon costume, mi sembra possibile rispondere, in linea con la giurisprudenza<sup>30</sup>, in senso affermativo.

Come ho sopra accennato, la protezione, anche nella dimensione contrattuale, della dignità della persona è destinata ad assumere specifico rilievo in prospettiva europea.

Già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona si era in effetti condivisibilmente sottolineato in dottrina il significato precettivo che, in linea con le fonti sopranazionali e recependo esperienze maturate in altri ordinamenti<sup>31</sup>, doveva attribuirsi all'art. 1 della Carta di Nizza.

p. 42; Cass. 31 marzo 1958, n. 1110, in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 1310; Cass. 27 febbraio 1950, n. 473, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1950, I, p. 443; Cass. 8 luglio 1948, n. 1104, in *Giur.it.*, 1949, I, 1, c. 45.

<sup>24</sup> Cass. 15 dicembre 1994, n. 10779, in *Contr.*, 1996, p. 8.

<sup>25</sup> Cass. 8 giugno 1993, n. 6381, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, p. 339. Si segnalano in proposito una serie di risalenti pronunce giurisprudenziali relative ai negozi attinenti al concubinato, fra le altre, Cass. 14 marzo 1952, n. 672, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1952, I, p. 588 e Cass. 30 giugno 1950, n. 1678, in *Foro it.*, 1951, II, c. 1067.

<sup>26</sup> Significativa, da ultimo, Cass. 15 febbraio 2001, n. 7523, cit., relativa alla nullità della promessa di pagamento e della obbligazione cambiaria quale corrispettivo di una assunzione presso un ente pubblico. In essa la Corte ribadisce la massima, ormai ricorrente secondo la quale "Le prestazioni considerate contrarie al buon costume non sono solo quelle contrarie alle regole del pudore sessuale e della decenza, ma anche quelle lesive dei principi e delle esigenze appartenenti alla coscienza morale collettiva, cui la generalità delle persone corrette uniforma il proprio comportamento in un determinato ambiente e momento storico". In precedenza, Cass. 14 luglio 1972, n. 2420, in *Foro it.*, 1973, I, c. 1224; Trib. Como 24 marzo 1979, in *Giur. it.*, 1980, I, 2, p. 630; Trib. Milano 15 luglio 1995, in *Orient. giur. lav.*, 1995, 3, p. 641; Cass. 18 ottobre 1982, n. 5408, in *Foro it.*, 1983, I, c. 691; Cass. 10 febbraio 1949, n. 206, in *Giur.it.*, 1949, I, 1, c. 555; Cass. 26 maggio 1961, n. 1257, in *Foro it.*, 1961, I, c. 1332.

<sup>27</sup> Cass. 27 maggio 1971, n. 1574, in *Giust. civ.*, 1971, p. 982; Trib. Roma 21 marzo 1968, in *Giur. mer.*, 1970, I, p. 104.

<sup>28</sup> Solo in questa prospettiva, come dirò, può condividersi la affermazione che il riferimento al buon costume assuma un significato diverso ai fini degli art. 1343 e 1346 rispetto a quello che può essergli attribuito nella fattispecie dell'art. 2035 (così, ancora D. CARUSI, *Illiceità del contratto e restituzioni*, cit., p. 516; e v. già G. PANZA, *L'autonomia fra gli artt. 2033 e 2035 c.c. nel concorso fra illegalità ed immoralità del negozio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 1186 ss.; e in giurisprudenza, Cass. 18 giugno 1987, n. 5371, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 197).

<sup>29</sup> Trib. Monza 27 ottobre 1989, in *Dir. fam.*, 1990, p. 174; Trib. Roma, ord., 17 febbraio 2000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 203; Trib. Palermo, ord., 8 gennaio 1999, in *Fam. dir.*, 1999, p. 52; Trib. Napoli 20 luglio 1988, in *Dir. fam.*, 1988, p. 1728; Corte App. Salerno 25 febbraio 1992, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 179; Trib. Roma 31 marzo 1992, in *Dir. fam.*, 1993, p. 188.

<sup>30</sup> Vedi ancora Cass. 18 giugno 1987, n. 5371, cit.; Cass., sez. un., 7 luglio 1981, n. 4414 in *Foro it.*, 1982, I, c. 1679 (con nota di F. MACARIO). Le S.U. nell'ultima sentenza citata motivano infatti nel senso che "l'indirizzo prevalente che queste sezioni unite ritengono di accogliere è nel senso che l'accertamento che un contratto sia contrario a norme imperative, e quindi nullo per tale ragione (art. 1343 c.c.), non impedisce una autonoma valutazione dell'atto dal punto di vista della sua (eventuale) immoralità, al fine di negare l'azione di ripetizione (art. 2035 c.c.)". Infatti "la vera *ratio* della irripetibilità sancita dall'art. 2035 va ravvisata ... nella considerazione che ... non è ammissibile che la stessa condotta immorale del soggetto che agisce possa essere addotta come ragione giustificativa del diritto alla restituzione. Deve pertanto concludersi nel senso che la sovrapposizione delle qualifiche giuridiche non implica l'assorbimento e l'atto rimane nella categoria degli atti contrari al buon costume, anche se può contemporaneamente essere considerato contrario all'ordine pubblico o alla legge. In altri termini, la contrarietà al buon costume è in *quid pluris* che si può aggiungere alla contrarietà alla legge (ed alla conseguente nullità) e non è affatto con essa incompatibile".

<sup>31</sup> Sono casi emblematici le implicazioni negoziali degli spettacoli del "lancio dei nani" o dei *peep-show*, oppure di esibizione di mostruosità, o di esibizione via internet o in programmi televisivi di aspetti della vita privata. E ancora gli accordi di aiuto al suicidio, le clausole di irresponsabilità per danni corporali, le restrizioni della libertà nuziale, le clausole dei contratti di locazione che escludano il godimento del bene da parte di persone diverse dal conduttore: cfr., *amplius*, G. VETTORI, *La disciplina generale del contratto*, cit., p. 318 ss.; G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità* (Note a margine della Carta dei diritti), in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 801 ss.; V. VARANO, *Verso un nuovo*





Quest'ultimo afferma, oggi con piena e sicura precettività, la inviolabilità della dignità della persona, che viene ad assumere, in termini operativi, la funzione di «limite interno che configura ogni situazione soggettiva», assumendo un rilievo fondante «nella costruzione di un modello europeo di società e di mercato»; un limite la cui violazione «può esser causa di nullità, di inadempimento, di recesso illegittimo, di risarcimento del danno», tanto che sul punto «è tutta da scrivere un'attenta serie di regole e concetti generali»<sup>32</sup>.

*b) La irripetibilità delle prestazioni.*

E' possibile sintetizzare, in termini necessariamente problematici, considerato anche il limite di questo scritto, gli orientamenti interpretativi circa il fondamento dell'art. 2035. Con una certa approssimazione essi possono ricondursi a tre proposte costruttive.

La prima e più tradizionale opinione<sup>33</sup> fonda la irripetibilità sulla *ratio* insita nel principio *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*, che esprime, secondo la più recente argomentata adesione a tale tesi, «l'esigenza di escludere dalla tutela giudiziaria conseguente all'esercizio dell'azione *ex indebito* colui che, per goderne, dovrebbe allegare il fatto della propria immoralità»<sup>34</sup>.

Un secondo orientamento, svolgendo taluni rilievi critici a suo tempo formulati da Rescigno<sup>35</sup> sul fondamento della regola enunciata dall'art. 2035, perviene ad una spiegazione completamente diversa del disposto normativo.

La *retentio* si giustificerebbe quale reazione dell'ordinamento *all'abuso della pretesa restituito-*

---

*ruolo del giudice in Inghilterra*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 763 ss..

<sup>32</sup> G. VETTORI, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 313 ss. e vedi ora, con specifico riferimento all'art. II-61 del Trattato, ID., *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea. Regole e principi ordinanti*, cit., p. 29 ss.; W. HUTTON, *Europa vs. America*, Roma, 2003.

<sup>33</sup> Per tutti F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, cit., p. 274 ss..

<sup>34</sup> S. DELLE MONACHE, *Della irripetibilità della prestazione "ob turpem causam"*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 697 ss., p. 716; ID., *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria. Per una riflessione sul sistema traslativo dei diritti*, Padova, 1997, p. 230 ss.. Precisa l'Autore che, nonostante le correlazioni storiche esistenti tra i due principi, deve escludersi che l'art. 2035 trovi fondamento sulla diversa regola "*nemo auditur turpitudinem suam allegans*" che avrebbe, evidentemente, ben altra portata. Giacchè altro è predicare la irripetibilità delle prestazioni di un accordo eseguito, altro consentire, come è certamente consentito nel sistema di allegare, per l'accordo non eseguito e proprio al fine di non darvi attuazione, la nullità per immoralità del contratto (*ivi*, 724).

<sup>35</sup> P. RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 1 ss..

*ria* da parte del *solvens*, ove egli abbia retribuito una prestazione illecita perché incommerciabile oppure consistente in un *facere* illecito; ipotesi entrambe, rispetto alle quali, alla ripetizione da parte del *solvens*, non potrebbe corrispondere, anche a favore dell'*accipiens*, il ripristino dello *status quo ante*, avendo egli effettuata una prestazione irripetibile<sup>36</sup>.

Una terza proposta dottrinale<sup>37</sup>, tutta svolta nei termini di una razionale analisi economica dei costi e benefici della regola posta dall'art. 2035, vi scorge una tecnica deterrente. In effetti, il maggior rischio cui, grazie alla regola della irripetibilità, viene esposto colui che esegua per primo la prestazione immorale senza conseguire la controprestazione, dovrebbe disincentivare tanto la conclusione del patto illecito che la sua attuazione; e ciò almeno ogni qual volta essa non possa realizzarsi mediante prestazioni contestuali.

La norma, così sganciata da ogni evanescente giustificazione morale, troverebbe un solido fondamento razionale, tale da candidarla addirittura ad una più estesa applicazione «all'intera area dell'illiceità»<sup>38</sup>.

Come quest'ultima teoria rende manifesto, alla diversità delle impostazioni costruttive circa il fondamento della norma, corrisponde sia un diverso ambito di applicazione della disciplina, sia un diverso atteggiarsi di quest'ultima sotto taluni qualificanti profili.

Così, l'applicazione del principio "*in pari causa*" conduce ad includere pacificamente nell'ambito di operatività della norma ogni ipotesi di contrarietà al buon costume «sotto il profilo della causa, dell'oggetto o anche del solo motivo comune»<sup>39</sup>.

Viceversa, la tesi dell'abuso della pretesa restitutoria rende ad un tempo più ristretta e più ampia la nozione di buon costume, rilevante ai fini dell'art. 2035, rispetto alla accezione di essa desumibile dagli art. 1343 e 1346.

In effetti, se nell'art. 2035 «la contrarietà al buon costume rinvia ad un novero di attività che non possono essere sollecitate e retribuite patrimonialmente»<sup>40</sup>, diviene coerente escluderne l'operatività per il contratto viziato per illiceità del motivo<sup>41</sup>. Ed al contempo, il medesimo fondamento della norma ne

---

<sup>36</sup> D. CARUSI, *Illiceità del contratto e restituzioni*, cit., p. 500 ss.; ID., *La rilevanza del negozio nullo*, cit., p. 348 ss..

<sup>37</sup> G. VILLA, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione*, cit., 1992, p. 32 ss..

<sup>38</sup> Sottolinea criticamente questa potenzialità espansiva, già foriera di "non poche perplessità in Germania e nella *common law*", U. BRECCIA, *Causa*, cit., p. 318.

<sup>39</sup> S. DELLE MONACHE, *Della irripetibilità*, cit., p. 715.

<sup>40</sup> D. CARUSI, *Illiceità del contratto*, cit., p. 516.

<sup>41</sup> D. CARUSI, *Illiceità del contratto*, cit., p. 508, nota 37; ID., *La rilevanza del negozio nullo*, cit., p. 349, p. 357.

giustifica una applicazione più ampia, poiché potrebbe risultare impossibile ripristinare lo *status quo ante*, anche per prestazioni contrarie a norme imperative o all'ordine pubblico<sup>42</sup>.

Ed ancora, nella prima prospettiva, la contrarietà al buon costume, mentre impedisce la tutela restitutoria, non impedirebbe quella petitoria. La «prestazione *ob turpem causam*» non costituirebbe infatti valido «*titulus acquirendi* a favore dell'accipiente...qualora...abbia avuto ad oggetto la consegna di cose non andate commiste con altre dello stesso genere», fermo in tal caso il diverso onere probatorio per l'attore in petitorio<sup>43</sup>.

Nella costruzione in chiave di abuso della pretesa restitutoria, la *ratio* della disposizione precluderebbe, invece, l'esperibilità di un tale rimedio<sup>44</sup>.

Vero è che le applicazioni giurisprudenziali<sup>45</sup> riflettono puntualmente la incertezza indotta dalle difficoltà fondative dell'istituto.

Si comprende, allora, la posizione espressa da una attenta dottrina, secondo la quale ogni tentativo di spiegazione “a senso unico” della norma, moralistico o razionalistico nei sensi accennati, sarebbe intrinsecamente fragile come spiegazione totalizzante, col corollario ineludibile di un «aumento dei poteri dell'interprete»<sup>46</sup> sottratto ad un controllo razionale.

Dovrebbe evitarsi «la contrapposizione rigida fra le scelte simboliche e di valore e i calcoli di efficiente razionalità economica», a favore di «un contenimento fra criteri di giudizio concorrenti». Giacchè, a ben vedere, i «parametri di giudizio» non sono «forniti dal gioco strumentale dell'immoralità e dell'illegalità»; e debbono piuttosto riconoscersi nella «composizione del conflitto di interessi: la quale rispetti la ragione preventiva insita...nella regola della ripetibilità e nella sua eccezione; senza porsi tuttavia in contraddizione insanabile con l'esigenza di un razionale controllo volto a frustrare i più lampanti abusi»<sup>47</sup>.

In questa prospettiva, l'interprete, non più paludato da pseudo-criteri di giudizio, tanto totalizzanti quanto in definitiva inwertieri, si trova immerso nella propria dimensione –ineludibile ogni qual volta la normazione proceda per clausole generali – di mediatore degli interessi in conflitto nella fattispecie concreta.

Potrà pertanto riuscirgli utile, per fondare in termini di ragionevolezza sistematica la soluzione del caso concreto, la consapevolezza della strumentalità del criterio normativo del buon costume alla tutela dei fondamentali attributi della persona: la preminenza ad essi riconosciuta nella gerarchia di valori posta dalla Costituzione ed, ora, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, potrà offrirgli significativi elementi di giudizio per concretizzare una delle concorrenti *rationes* della disciplina posta dall'art. 2035 c.c.<sup>48</sup>.

<sup>42</sup> D. CARUSI, *Illiceità del contratto*, cit., p. 516.

<sup>43</sup> S. DELLE MONACHE, *Della irripetibilità*, cit., p. 699.

<sup>44</sup> D. CARUSI, *La rilevanza del negozio nullo*, cit., p. 350 ss..

<sup>45</sup> Per una attenta analisi della variegata giurisprudenza si veda D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999, p. 82 ss., p. 101 ss..

<sup>46</sup> U. BRECCIA, *Causa*, cit., p. 325.

<sup>47</sup> U. BRECCIA, *Causa*, cit., p. 329.

<sup>48</sup>Una coerente ricostruzione della disciplina posta dall'art. 2035 impone pertanto di rifuggire dalla riduzione della sua *ratio* ad unità, risultando più aderente una articolazione fondata “sul confronto fra la ragion d'essere dei divieti giuridici di efficacia e di restituzione e i risultati incoerenti che possano derivarne” (cfr. U. BRECCIA, *Causa*, cit., p. 329).

