

L'ART. 2035 C.C.: SE L'IRRIPETIBILITÀ DELLA PRESTAZIONE TURPE È COERENTE CON IL SISTEMA DELLA NULLITÀ

Di Silvia Brandani

| 445

SOMMARIO: 1. *L'irripetibilità della prestazione turpe: cenni storici.* - 2. *La ratio dell'art. 2035 c.c.* - 3. *La prestazione eseguita per uno scopo che, anche da parte del solvens, costituisce offesa al buon costume.* - 4. *La mancata partecipazione soggettiva del solvens allo scopo turpe.* - 5. *La prestazione oggetto di soluti retentio.* - 6. *Il buon costume.* - 7. *Considerazioni conclusive.*

ABSTRACT. *Un'indagine incentrata sulla esegesi dell'art. 2035 c.c., non condizionata da aprioristiche ricostruzioni della sua ratio, ha il pregio di riuscire a delimitare meglio l'ambito di operatività della norma.*

Il contratto immorale è un contratto nullo e ciò autorizza le parti a chiedere la restituzione delle prestazioni eseguite. Tuttavia, quando vi è una partecipazione soggettiva del contraente allo scopo contrario al buon costume, l'ordinamento gli nega l'azione di restituzione non ritenendo meritevole di protezione la sua pretesa restitutoria.

Tale coerenza del sistema è contraddetta quando l'immoralità è bilaterale perché in questo caso, applicando l'art. 2035 c.c., viene di fatto data esecuzione al contratto.

An investigation focused on the exegesis of art. 2035 of the Italian Civil Code, not conditioned by a priori reconstructions of its rationale, has the merit of being able to better delimit the scope of operation of the rule.

The immoral contract is a null contract and this authorizes the parties to ask for the return of the services performed. However, when there is a subjective participation of the contracting party in the purpose contrary to morality, the legal system denies him the action for restitution as he does not consider his claim for restitution worthy of protection.

This consistency of the system is contradicted when the immorality is bilateral because in this case, applying art. 2035 of the Italian Civil Code, the contract is in fact executed.

1. La regola della irripetibilità della prestazione turpe affonda le proprie radici nel diritto romano.

| 446

Nel diritto romano¹ ogni atto contrario ad una *lex prohibitiva perfecta* era nullo per lo *ius civile*.

Erano nulli, e rientravano nel concetto di illiceità, anche gli atti che avevano un contenuto turpe e che, invece di contravvenire ad una *lex perfecta*, violavano la *lex dei boni mores*.

La nullità operava attraverso la *denegatio actionis*, nel senso che il contratto nullo non fondava pretese giuridicamente azionabili.

Nel diritto romano, però, poteva accadere che l'atto fosse valido ma che i suoi effetti venissero a contraddire un principio di giustizia, determinando un arricchimento ingiustificato di una parte ai danni dell'altra.

In tali ipotesi era concesso un correttivo che risolveva l'acquisto dell'*accipiens* e ristabiliva l'equilibrio turbato tra i due patrimoni; questo correttivo era attuato con le *condictiones*, che erano delle azioni rescissorie dirette contro un acquisto patrimoniale civilmente valido, ma privo di una causa giustificativa.

Nel diritto romano, dunque, esisteva un doppio sistema nel quale da una parte vi erano spostamenti patrimoniali colpiti da nullità e dall'altra spostamenti patrimoniali validi che però non avevano un'ideale causa giustificativa e che venivano pertanto risolti mediante una *condictio*.

Proprio perché le *condictiones* presupponevano un acquisto civilmente efficace, di cui erano un correttivo, è evidente che non possono essere assimilate alle moderne azioni restitutorie che presuppongono la nullità di esso.

Il diritto moderno ha infatti elevato la causa a elemento essenziale del negozio, per cui se essa manca, oppure è *iniusta* o *turpe*, il negozio è nullo e vi è ripetizione dell'indebito pagato.

Ebbene, nel diritto romano si trova costantemente applicata la regola per cui la *condictio* era però esclusa tutte le volte in cui vi fosse stata *turpitudine* nel dante causa o nell'avente causa oppure in entrambi.

La ragione per cui era negata la ripetizione del *turpiter datum* deve rintracciarsi nel principio, accolto dal diritto romano, per cui *nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest* e che aveva per corollario l'altro principio *nemo de improbitate sua consequitur actionem*.

L'attore si vedeva quindi rifiutata la *condictio* perché, versando le parti in turpitudine, l'ordinamento non riteneva di poter concedere il rimedio per rescindere l'ingiusto arricchimento.

Proprio perché la *condictio* era un correttivo funzionale ad eliminare le conseguenze ingiuste di un contratto valido, era coerente negarla allorché il richiedente avesse eseguito una prestazione *ob turpem causam*, posto che la turpitudine della vicenda eliminava l'esigenza di ripristinare quell'istanza di giustizia che sottintendeva la *condictio*.

¹ La ricostruzione del principio in chiave storica è stata effettuata sulla base dell'opera di F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, 2° ed., Napoli, 1914, 262 ss.



L'esclusione della *condictio* aveva per conseguenza quella di rendere più vantaggiosa la posizione dell'*accipiens* che, in tal modo, non doveva più restituire la prestazione che, grazie alla validità del negozio, era già passata nel suo patrimonio.

Ciò portò alla formulazione dell'altro principio: *in pari causa possessionem poziore haberi debere* oppure *in pari turpitudine melior est conditio possidentis*.

Questi principi continuarono ad essere applicati nel diritto medievale, che coniò numerose formule nuove: *nemo potest allegare propriam turpitudinem; allegans propriam turpitudinem non auditur; turpitudinem detegere iure non est permissum*.

In tal modo il principio dell'irripetibilità della prestazione turpe è giunto sino a noi, applicato dalla giurisprudenza sotto il codice del 1865 che pure non lo contemplava².

Come osservava Francesco Ferrara, si riteneva infatti che la regola romana, rispondendo ad un bisogno dell'ordine giuridico, non fosse scomparsa dall'ordinamento, facendo parte « di quel patrimonio spirituale che è la ricca eredità dell'elaborazione giuridica attraverso i secoli »³.

Sotto il codice civile del 1865 si riteneva addirittura che la regola della *soluti retentio* si applicasse a tutti i contratti illeciti e non soltanto a quelli immorali⁴.

La giurisprudenza non motivava tale orientamento, limitandosi a affermare che la regola della *soluti retentio*, nel caso di contratti illeciti, fosse un principio generale, immanente nel sistema, al quale ci si doveva ispirare in mancanza di una norma espressa.

Come è stato sottolineato, vi era forse l'idea, che in alcune sentenze⁵ è affermata espressamente, che nel diritto romano la causa turpe distinta dalla causa ingiusta, potesse essere di due tipi e cioè turpe sul piano morale per violazione del buon costume e turpe sul piano civile, per violazione di norme poste dall'ordinamento a protezione di elevati interessi pubblici.

Nella sostanza, sarebbe esistita, in seno al concetto della illiceità, una turpitudine civile diversa dall'immoralità ma come questa comportante la *soluti retentio*.

In ogni caso, avesse o meno questa distinzione un fondamento nel diritto romano⁶, la giurisprudenza formatasi sotto il codice del 1865 c.c. applicava la regola dell'irripetibilità indistintamente alle prestazioni immorali ed illecite.

² Dopo che la regola era stata vivissima nel diritto romano e medievale, essa sparisce nel codice Napoleonico, pur continuando ad essere applicata dalle corti, sia francesi che italiane, così D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999, 90.

³ F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, cit., 286.

⁴ La ricostruzione della applicazione giurisprudenziale sotto il codice del 1865 è stata condotta sulla base di D. MAFFEIS, *op.cit.*, 93 ss.

⁵ V. App. Bari, 3 aprile 1924, citata da D. MAFFEIS, *op.cit.*, p. 94 nota 58.

⁶ D. MAFFEIS, *op. cit.*, 96 ss. rileva come la distinzione venisse basata sull'opinione dello Strickius, che chiamava turpitudine civile quella che noi chiamiamo illiceità perché derivante dalla violazione della legge.



Alla base di tale impostazione, per di più, vi era l'esigenza di sanzionare con la *soluti retentio* il *solvens* chi fosse stato consapevole e cosciente dell'illiceità della prestazione.

Fu forse proprio questa esigenza a condizionare l'applicazione giurisprudenziale, la quale ebbe i suoi riverberi anche dopo il codice del 1942.

Una volta entrato in vigore il nuovo codice civile, infatti, la giurisprudenza⁷ dette inizialmente seguito al vecchio indirizzo applicativo, continuando a negare la ripetizione delle prestazioni eseguite sulla base di un contratto immorale o illecito⁸.

Successivamente, anche grazie alla dura presa di posizione della dottrina prevalente, la giurisprudenza modificò però la propria impostazione, applicando la *soluti retentio* esclusivamente ai contratti immorali perché così è testualmente previsto dall'art. 2035 c.c., norma di carattere eccezionale, come tale non applicabile ai casi non espressamente previsti⁹.

2. La ratio dell'art. 2035 c.c.

Nonostante l'indubbia caratura storica del principio, è difficile comprendere il significato della norma contenuta nell'art. 2035 c.c.¹⁰

Per quanto si possa discorrere della sua *ratio*, infatti, non v'è spiegazione che giustifichi gli effetti irrazionali che la norma sembra produrre nel sistema ove concretamente utilizzata.

⁷ Non può non ricordarsi la sentenza della Corte di cassazione 29 aprile 1946, in *Dir. e giur.*, 1946, 280 ss., commentata da W. Bigiavi, *Ripetibilità del sovrapprezzo pagato al "mercato nero"*. Nel caso di specie era stata acquistata una partita di generi alimentari al mercato nero per un prezzo superiore a quello fissato dal calmiere. La Suprema Corte di cassazione aveva qualificato come illecito (e non immorale) il sovrapprezzo pagato, escludendone la ripetizione in applicazione del principio *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*. Argomentava la Corte di cassazione che, avendo entrambe le parti compiuto scientemente il negozio illecito, nessuna delle due poteva vantare il diritto di agire in giudizio, non potendo l'atto illecito servire da base al sorgere di un diritto, né l'ordine giuridico apprestare rimedi e difese a chi, con la propria azione illegale, avesse sofferto un danno economico. Contro la sentenza reagiva W. Bigiavi, evidenziando come questo orientamento, già discutibile sotto il vigore del codice del 1865, fosse espressamente contraddetto dall'art. 2035 c.c. Ad avviso dell'autore, già in precedenza si era trattato di una ingiustificata estensione della regola tradizionale che probabilmente era passata inosservata perché applicata a fattispecie nelle quali, accanto all'illegalità, potevano ravvisarsi anche profili di turpitudine.

⁸ Si precisa che si utilizza l'espressione contratto illecito per indicare il contratto contrario a norma imperativa o all'ordine pubblico e contrapporlo al contratto immorale per quanto anche quest'ultimo dia luogo ad illiceità.

⁹ Sull'argomento diffusamente S. PAGLIANTINI, *Lex perfecta, trionfo dell'ordine pubblico e morte presunta del buon costume: appunti per una ristampa della teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, in *Pers. merc.*, 2021, 670 ss.; W. BIGIAVI, *Ripetibilità del sovrapprezzo pagato al "mercato nero"*, cit.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 218; F. CARRESI, *Il negozio illecito per contrarietà al buon costume*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 35 ss., p. 37; G. GRASSETTI, *Negozio collegato, negozio illegale e ripetibilità del pagamento*, nota a Trib., 2 maggio 1949, in *Temi*, 1951, 154.

¹⁰ Per una panoramica completa delle diverse ricostruzioni dottrinali v. S. DELLE MONACHE, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria*, Milano, 1997, 2 ss.

Ciò che infatti balza agli occhi è che, applicando la disposizione normativa, si finisce per dare esecuzione ad un contratto che l'ordinamento reputa nullo per illiceità, come tale improduttivo di effetti.

Proprio laddove l'ordinamento ha ritenuto di intervenire con la nullità (e la conseguente inefficacia), lo stesso ordinamento, sancendo l'irripetibilità della prestazione, consente al contratto di avere nei fatti esecuzione.

Per tentare di spiegare questa – perlomeno apparente - contraddizione, la dottrina ha elaborato molteplici tesi, tutte però parimenti insoddisfacenti.

Si è affermato, ad esempio, che, lo stato, di fronte all'immoralità, non vuole concedere nessun tipo di tutela giuridica, neanche quella restitutoria: la *ratio* sarebbe quindi riconducibile ad un principio di ordine etico, fondato sull'esigenza di non concedere protezione giuridica all'indegno¹¹.

Peccato, però, che così facendo, anziché raggiungere l'obiettivo avuto di mira (nessuna tutela a chi ha eseguito una prestazione immorale) si ottenga il risultato diametralmente opposto, perché la prestazione eseguita rimane nella sfera di chi l'ha ricevuta, cosicché il contratto, sebbene nullo, ha nei fatti completa esecuzione.

Si potrebbe obiettare che un siffatto contraddittorio effetto non si verifica quando a dare esecuzione al contratto è stata soltanto una delle parti oppure allorché solo essa versi in condizione di turpitudine: in entrambi i casi, infatti, la *soluti retentio* opera soltanto nei confronti di un contraente cosicché non può dirsi che il contratto abbia avuto sostanzialmente attuazione.

Tuttavia, è facile replicare che la tenuta di una norma non può essere valutata con riferimento ad alcune soltanto delle sue applicazioni.

E poiché non v'è dubbio che l'art. 2035 c.c. possa avere anche applicazione bilaterale (allorché entrambe le parti siano in condizione di turpitudine ed abbiano eseguito ciascuna la propria prestazione), la *ratio* della norma non può essere ravvisata in un presunto atteggiamento di indifferenza da parte dello stato nei confronti del contraente indegno¹².

Nella medesima prospettiva si coglie l'inadeguatezza della tesi che ravvisa nella *soluti retentio* una sanzione per il *solvens*¹³.

L'irripetibilità potrebbe atteggiarsi alla stregua di una sanzione se soltanto uno dei contraenti (il *solvens*) avesse eseguito la propria prestazione perché in tal caso, non avendo ricevuto la controprestazione, l'irripetibilità lo penalizzerebbe senz'altro rispetto all'*accipiens*.

Ma, di nuovo, il discorso non regge se la *soluti retentio* viene applicata ad entrambi i contraenti che abbiano eseguito ciascuno la propria prestazione perché, come già evidenziato, in questo caso il contratto finisce per avere sostanziale esecuzione.

V'è semmai da dire che, secondo una certa interpretazione dottrinale, la prestazione insuscettibile di irripetibilità ai sensi dell'art. 2035 c.c. non po-

¹¹ In tale senso S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 233.

¹² Invero la Relazione al codice civile (n. 790) individua proprio in ciò la *ratio* della norma, affermando che chi ha eseguito una prestazione in una situazione di turpitudine non è degno di invocare la protezione da parte dell'ordinamento giuridico.

¹³ Così S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 180; di diverso avviso G. PANZA, *L'antinomia tra gli artt. 2033 e 2035 c.c. nel concorso tra illegalità e immoralità*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1971, 1174 ss., secondo il quale l'irripetibilità della prestazione opererebbe alla stregua di un risarcimento in forma specifica dell'*accipiens*, vittima della condotta scorretta del *solvens*.

trebbe mai essere quella contraria al buon costume di per sé o in quanto dedotta in un rapporto di scambio, perché siffatta prestazione sarebbe irripetibile a prescindere dall'applicazione dell'art. 2035 c.c. L'opera del sicario, della prostituta, del corrotto, nemmeno in astratto potrebbero fondare una pretesa restitutoria per equivalente da parte del *solvens*, dato che si tratta di attività fuori commercio che non potrebbero dare ingresso né alla ripetizione dell'indebito né all'azione di ingiustificato arricchimento.

In questa prospettiva l'unica prestazione suscettibile di irripetibilità ai sensi dell'art. 2035 c.c. è ritenuta quella consistente nel pagamento del corrispettivo dell'attività immorale¹⁴.

Su tali basi non vi sarebbe mai spazio per un'applicazione bilaterale della norma e la *ratio* sanzionatoria sarebbe salva.

Tuttavia, può replicarsi a tale indirizzo di pensiero che la lettera della legge non giustifica un'interpretazione restrittiva del genere: se è vero che tra i casi della *soluti retentio* vi sono quelli testé citati, ciò non significa che nella prassi non possano verificarsi casi diversi, ove entrambe le prestazioni siano di per sé ripetibili ed eseguite in situazione di bilaterale immoralità.

Né potrà fondatamente sostenersi che la *ratio* dell'art. 2035 c.c. sia quella di tutelare il decoro della magistratura che non deve “insozzarsi le mani” con temi immorali: si tratta evidentemente di argomento anacronistico e inconsistente¹⁵.

Riteniamo che la norma non possa neppure essere considerata come rivolta a dirimere un conflitto di interessi.

Lo potrebbe essere se fosse destinata ad essere applicata ai soli casi in cui una soltanto delle prestazioni sia suscettibile di restituzione, e non anche l'altra, come nelle ipotesi già viste di corruzione, di contratto di meretricio, ecc.

Nondimeno è pacifico che la *soluti retentio* si osservi anche allorché la prostituta, il corrotto o il sicario, pur avendo ricevuto quanto pattuito, non abbiano eseguito la controprestazione. E in questo caso, com'è evidente, non v'è alcun conflitto di interessi da risolvere.

Chi sostiene¹⁶ che la norma abbia come finalità quella di impedire al *solvens* di commettere un abuso (aggiungere immoralità all'immoralità) richiedendo la restituzione del corrispettivo dopo aver ricevuto una prestazione di per sé irripetibile (come quella della meretrice), è costretto ad ammettere che, nel caso di mancata esecuzione di quest'ultima prestazione, la *soluti retentio*, che pure trova applicazione, avrebbe una *ratio* diversa, di tipo preventivo.

Si afferma infatti che, ad ammettere la *soluti retentio* solo in subordine all'avvenuta esecuzione della prestazione dell'*accipiens*, si rischierebbe di incentivare quest'ultimo ad eseguire la propria immorale prestazione.

¹⁴ S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 186.

¹⁵ In tal senso G. VILLA, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione. Una analisi economica*, in *Quadr.*, 1992, 19 ss., in part. 22.

¹⁶ D. CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio*, Napoli, 1995, 19 ss. che ritiene applicabile la norma alle c.d. attività non contabili e cioè alle prestazioni che non possono essere contabilizzate perché di per sé illecite o perché ne è riprovato l'esercizio a scopo di lucro: la prestazione sessuale è soltanto un ideale prototipo di esse.

In quest'ordine di idee si ritiene pertanto che la norma abbia diverse finalità a seconda che l'*accipiens* abbia eseguito o meno la propria prestazione.

Un'impostazione, anche questa, che non risulta però persuasiva perché, dopo aver ravvisato nell'"abuso" dell'azione restitutoria la logica della irripetibilità, è costretta ad introdurre un correttivo¹⁷ per giustificarne l'applicazione al caso dell'esecuzione unilaterale del *solvens*, così divenendo incerta e fumosa.

Né d'altro canto convince che debbano fuoriuscire dall'ambito di applicazione della norma tutti gli scambi di prestazioni entrambe suscettibili di restituzione posto che ciò non pare suffragato dalla lettera dell'art. 2035 cc.

Insomma, come si anticipava, non c'è tesi che riesca ad individuare in maniera convincente la *ratio* dell'art. 2035 c.c.

Sicuramente sulla norma pesa la storia secolare dell'irripetibilità della prestazione turpe, una storia talmente complessa e lontana nel tempo che non è azzardato ipotizzare che in qualche momento della sua evoluzione vi sia stato un salto che, pur consentendo alla regola di sopravvivere, abbia finito per privarla dell'originario significato, così riconsegnandocela solo in apparenza uguale a se stessa.

D'altro canto pare significativo in questo senso che, come si è visto, nel diritto romano l'irripetibilità della prestazione turpe avesse un senso profondamente diverso da quello attuale visto che il principio era volto ad impedire l'uso della *condictio*, correttivo rivolto ad eliminare le conseguenze ingiuste di un contratto valido.

L'irripetibilità, dunque, nel diritto romano non aveva effetti distorsivi rispetto al sistema perché, essendo il negozio valido, la prestazione era già passata nella proprietà dell'*accipiens*, che dunque la conservava in ragione della validità del contratto e non dell'immoralità.

Come una regola nata in un contesto di questo tipo abbia potuto sopravvivere nel tempo rimanendo immutata in sistemi giuridici profondamente diversi, dove il contratto turpe è illecito e dunque nullo, non è possibile indagare in questa sede, anche se non è azzardato ipotizzare che a rivestire il principio di nuovi e diversi significati abbia contribuito anche la morale cristiana¹⁸.

Proprio questa complessità, comunque, potrebbe spiegare la natura decisamente sfuggente dell'art. 2035 c.c.¹⁹, che sembra di difficile coordinamento con la disciplina del contratto nullo e della ripetizione dell'indebito.

Prescinderemo dunque da indagini aprioristiche sulla possibile *ratio* della norma, per concentrare l'attenzione esclusivamente sui contenuti dell'art. 2035 c.c. e sui problemi di diritto positivo che ruotano attorno ad esso, ivi

¹⁷ D. CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio*, cit., p. 47 parla di un aggiustamento della regola, in virtù del quale penetrerebbe nell'art. 2035 c.c. una finalità di prevenzione.

¹⁸ F. GIGLIOTTI, *Prestazione contraria al buon costume. Art. 2035*, in *Comm. cod. civ.*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2015, 17, secondo il quale al tramandarsi della regola contribuirono le prescrizioni canonistiche e la cultura giuridica medievale fortemente intrisa di venature etico – religiose.

¹⁹ Sui fraintendimenti storici e gli equivoci da cui è nata la massima già ammoniva P. RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 1 ss., in part. 4. D. CARUSI, *op. cit.*, 5 parla di origini storiche senz'altro risalenti ma non chiare, dal che la regola della *soluti retentio* trarrebbe "una sua aurea speciale, di misteriosa dignità".



compreso quello relativo alla armonizzazione della norma con il sistema della nullità del contratto.

3. La prestazione eseguita per uno scopo che, anche da parte del *solvens*, costituisce offesa al buon costume.

L'art. 2035 c.c. parla di una prestazione eseguita per uno scopo che, anche da parte del *solvens*, costituisce offesa al buon costume.

La norma, dunque, non fa riferimento ad una prestazione che dà esecuzione ad un contratto immorale, ma ad una prestazione eseguita per uno scopo immorale.

In astratto l'art. 2035 c.c. potrebbe pertanto trovare applicazione anche nel caso in cui non vi sia un contratto immorale²⁰ purché la prestazione sia stata eseguita per un scopo contrario al buon costume.

Nei repertori giurisprudenziale si rinvengono casi che sembrerebbero significativi in questa direzione, come quello deciso dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 5371 del 18 giugno 1987.

Nella fattispecie *de qua* un genitore aveva stipulato un contratto preliminare avente ad oggetto la vendita di un immobile del figlio minore senza la necessaria autorizzazione da parte del giudice tutelare.

Contemporaneamente aveva dato incarico ad un notaio di chiedere l'autorizzazione al tribunale competente per vendere il suddetto immobile, indicando come prezzo di vendita un importo di gran lunga inferiore a quello realmente pattuito con il promissario acquirente.

Il giudice tutelare aveva autorizzato la vendita per un prezzo non inferiore a quello indicato nell'istanza dal notaio incaricato.

Insorto un contenzioso tra le parti, il genitore promittente venditore aveva invocato l'art. 2035 c.c. per opporsi alla richiesta di restituzione della caparra avanzata dal promissario acquirente.

La Corte di cassazione ha escluso la *soluti retentio* perché, pur qualificando il contratto preliminare come nullo perché volto ad eludere norme a protezione del minore, ha ritenuto che mancasse la prova dell'immoralità. Si legge nella sentenza che l'attore, dopo aver dedotto che lo scopo delle parti era stato quello immorale di pervenire all'occulta suddivisione tra promittente venditore e promissario acquirente della maggior parte del prezzo realmente pattuito, non ne aveva poi fornito la prova.

Secondo la Suprema Corte di cassazione, solo se tale prova fosse stata fornita, si sarebbe potuto applicare l'art. 2035 c.c. per negare la ripetizione della caparra.

La sentenza è interessante, a nostro avviso, perché, pur escludendolo nel caso di specie, ipotizza un caso di *soluti retentio* ex art. 2035 c.c. che, a ben vedere, si colloca al di fuori della nullità del contratto.

²⁰ È chiaro che dovrebbe comunque trattarsi di una prestazione destinata alla ripetizione, come tale suscettibile di cadere sotto la scure dell'irripetibilità, derivante da contratto nullo o annullato, oppure inefficace o comunque risolto.



Sebbene il giudice di legittimità sostenga la nullità, infatti, è evidente che il contratto preliminare non era nullo ma annullabile ai sensi dell'art. 322 c.c.²¹

Pertanto, se il contratto preliminare avesse testualmente previsto la ripartizione tra le parti della differenza di prezzo rispetto a quanto autorizzato dal giudice tutelare (o comunque se di una siffatta pattuizione fosse stata data altrimenti prova), la Corte di cassazione avrebbe accordato la *soluti retentio* ex art. 2035 c.c. con riferimento ad un contratto annullabile e dunque ad una fattispecie diversa da quella del contratto nullo per immoralità.

A volersi muovere in quest'ordine di idee, non pare azzardato individuare anche altre ipotesi alle quali potrebbe astrattamente applicarsi l'art. 2035 c.c. pur non ricorrendo l'illiceità del contratto per violazione del buon costume.

Si pensi al caso in cui un soggetto costringa con violenza morale (o con dolo) un altro ad alienargli un immobile: il pagamento del corrispettivo da parte dell'acquirente è senz'altro nel segno dell'immoralità perché si tratta del prezzo di uno scambio ottenuto con la coartazione della volontà.

Per comprendere allora se anche tutte queste fattispecie (scollegate dalla nullità per violazione del buon costume) possano davvero dare luogo all'irripetibilità prevista dall'art. 2035 c.c., si deve chiarire cosa si intende esattamente per prestazione eseguita per uno scopo che costituisce offesa al buon costume.

Se la prestazione che rileva fosse, genericamente, quella eseguita dal *solvens* mosso dalla rappresentazione di un risultato immorale dell'agire, sarebbe difficile negare la *soluti retentio* nelle ipotesi prospettate.

Tuttavia la lettera dell'art. 2035 c.c. non supporta una siffatta ampia interpretazione perché parla testualmente di prestazione eseguita per un scopo contrario al buon costume.

Non è la complessiva dinamica contrattuale, nel suo articolato svolgimento, a rilevare ai fini del giudizio di immoralità, né la condotta del *solvens*²²; affinché possa trovare applicazione la norma in questione ad essere sorretta da immoralità deve essere la prestazione in sé e per sé considerata.

Il pagamento di una caparra nell'ambito di un contratto preliminare diretto a danneggiare gli interessi del minore non è sorretto da uno scopo contrario al buon costume. Lo è la complessiva vicenda negoziale, ma non la prestazione che, di per sé, è soltanto correlata allo scambio programmato.

Analoghe considerazioni possono svolgersi per il contratto di compravendita stipulato con violenza morale o perché il consenso è stato carpito con dolo: anche in tali ipotesi è immorale la vicenda che sta sullo sfondo, non la prestazione avente ad oggetto il pagamento del prezzo che ha come unico scopo quello di remunerare il passaggio della proprietà del bene.

²¹ Cass. 12 agosto 1996, n. 7495: la mancanza di autorizzazione per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione riguardanti i minori di età non dà luogo ad inesistenza o a nullità degli stessi, bensì alla loro annullabilità.

²² Di diverso avviso G. PANZA, *L'antinomia fra gli artt. 2033 e 2035 c.c. nel concorso tra illegalità e immoralità del negozio*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1971, 1174 e ss., secondo il quale l'irripetibilità della prestazione per causa turpe troverebbe fondamento nella violazione dell'obbligo di agire secondo correttezza nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.).



Se queste considerazioni sono condivisibili, deve escludersi che possano rientrare nell'ambito di operatività dell'art. 2035 c.c. tutte quelle fattispecie, che pure si collocano in un contesto di immoralità, nelle quali non vi sia però una prestazione eseguita per uno scopo contrario al buon costume.

Se per scopo s'intende il risultato che il *solvens* si prospetta di perseguire mediante l'esecuzione della prestazione, è infatti giocoforza ritenere che esso sia contrario al buon costume quando la prestazione sia diretta ad attuare uno scambio immorale o quando sia diretta a perseguire una finalità ulteriore (rispetto allo scambio) immorale.

Nel primo caso a essere immorale è la causa o l'oggetto del contratto: si consideri un contratto ove il prezzo rappresenti il corrispettivo dell'omissione di un atto d'ufficio o della corruzione di un pubblico ufficiale, oppure il corrispettivo di una attività che di per sé non è immorale (la prestazione sessuale) ma lo diventa se oggetto di scambio.

Nel secondo caso l'immoralità riguarda il motivo: non v'è dubbio, però, che debba trattarsi di motivo illecito determinante del consenso e comune ad entrambe le parti perché solo in siffatta ipotesi il contratto è nullo, con conseguente irripetibilità delle prestazioni²³.

L'interpretazione prevalente, dunque, che delimita fortemente l'ambito di applicazione dell'art. 2035 c.c. ritenendo che a monte debba esservi un contratto nullo perché immorale, e cioè un contratto dotato di una causa o di un oggetto *contra bonos mores* ovvero concluso esclusivamente per un motivo turpe comune ad entrambe le parti²⁴, risulta persuasiva²⁵.

Con la conseguenza che neanche l'immoralità unilaterale può comportare la *soluti retentio* ai sensi dell'art. 2035 c.c., se con tale espressione si intende il motivo immorale unilaterale e cioè la motivazione soggettiva che spinge una delle parti a concludere il contratto, non condivisa con l'altra²⁶.

4. La mancata partecipazione soggettiva del *solvens* allo scopo turpe.

Se è così, il riferimento allo scopo ("chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume") parrebbe essere oggetto di un'interpretazione abrogante perché per prestazione

²³ P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (rimedi restitutori)*, in *Tratt.dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1996, 187; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, 1087; E. NAVARRETTA, *Motivo illecito*, in E. Gabrielli (dir) *Comm. cod. civ. Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, Artt. 1321 – 1349, Torino, 2011, 703.

²⁴ F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, 289; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, 2° ed., in *Tratt. dir. civ.* diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, Milano, 1966, 168; D. CARUSI, *op. cit.*, 2-3, 174.

²⁵ Così F. GIGLIOTTI, *Prestazione contraria al buon costume. Art. 2035*, cit., 62 – 63, secondo il quale il primo elemento costitutivo della fattispecie regolata dalla norma è la nullità dell'atto.

²⁶ Se invece per immoralità unilaterale si intende la possibilità di applicare l'art. 2035 c.c. allorché versi in condizione di immoralità solo il *solvens*, la lettera della norma sembrerebbe consentirlo.

eseguita per uno scopo immorale si finisce per intendere soltanto quella eseguita in esecuzione di un contratto nullo perché immorale.

Il legislatore, dunque, ben avrebbe potuto semplificare la disposizione normativa, limitandosi a prevedere che chi esegue un contratto nullo perché contrario al buon costume non possa chiedere la ripetizione della prestazione eseguita.

Ma si tratta di un'obiezione che non coglie nel segno.

Se è vero infatti che il riferimento all'immoralità è da intendersi da un punto di vista oggettivo, e cioè con riguardo ad un contratto nullo per immoralità, è da ritenere che il *solvens*, anche nel caso di immoralità dell'oggetto o della causa, debba altresì essere soggettivamente partecipe dello scopo immorale affinché possa incorrere nella irripetibilità della prestazione dovuta²⁷.

In questo senso la fattispecie disciplinata nell'art. 2035 c.c. non si dissolve nell'esecuzione di un contratto immorale perché vi è l'elemento ulteriore della partecipazione soggettiva del *solvens* allo scopo immorale²⁸.

Secondo la dottrina una siffatta partecipazione soggettiva mancherebbe, ad esempio, nel caso di vizio del consenso oppure di incapacità del *solvens*²⁹.

Immaginiamo che Tizio sia costretto con minaccia da un familiare a corrompere un pubblico ufficiale per ottenere delle utilità: il contratto è contrario al buon costume ma la prestazione corruttiva non è sorretta

dalla partecipazione soggettiva del *solvens*, costretto ad eseguirla dalla minaccia del congiunto.

Se è vero, dunque, che Tizio esegue una prestazione contraria al buon costume, è altrettanto vero che manca ogni partecipazione soggettiva da parte sua all'immoralità.

Con questa precisazione ci pare si possa cogliere il significato più completo dell'art. 2035 c.c., che così interpretato viene a delineare una fattispecie che non è completamente appiattita sulla esecuzione del contratto immorale perché a questo requisito oggettivo ne affianca un altro di carattere soggettivo, basato sulla condivisione della contrarietà al buon costume da parte del *solvens*.

In tal modo il riferimento allo scopo ("che rappresenta offesa al buon costume") si declina più nitidamente e mantiene la propria autonomia rispetto alla illiceità per immoralità dell'oggetto e della causa.

Restano tuttavia da sciogliere due nodi fondamentali concernenti la partecipazione soggettiva del *solvens* allo scopo contrario al buon costume.

La prima questione riguarda l'individuazione delle cause che possono escludere una siffatta partecipazione.

In particolare ci si chiede se la partecipazione soggettiva del *solvens* possa essere esclusa in casi diversi da quelli dei vizi del consenso e dell'incapacità e cioè allorché la sua volontà abbia subito condizionamenti diversi.

²⁷ Parla di motivo finale P. RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis*, cit., 16 ss.

²⁸ Così D. CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio*, cit., 170.

²⁹ V. D. CARUSI, *op. cit.*, 170 ss.

La dottrina³⁰ che lo esclude, ritenendo rilevanti soltanto i vizi del consenso (e l'incapacità), argomenta dall'incertezza del diritto che ne deriverebbe.

Si tratta, tuttavia, di una impostazione che non sembra persuasiva perché l'impossibilità di riferire al *solvens* lo scopo immorale a causa di costrizioni da costui subite, o comunque di limitazioni della volontà, rappresenta una *quaestio facti* che non può essere incanalata forzatamente nella disciplina dei vizi del consenso (e dell'incapacità).

Né pare pertinente il richiamo all'esigenza della certezza del diritto perché, trattandosi di questione di fatto, vi sarà semmai un problema di valutazione dei dati probatori da parte dell'autorità giudiziaria.

Potrebbe semmai obiettarsi che l'individuazione delle cause che escludono il movente immorale non può comunque prescindere dall'utilizzo di indici normativi e che è in questo senso che sarebbero determinanti la disciplina dei vizi del consenso e dell'incapacità.

L'obiezione, a nostro avviso, è corretta perché altrimenti la valutazione rimessa al giudice sarebbe del tutto arbitraria.

Tuttavia non persuade che gli unici indici normativi debbano essere le norme sui vizi del consenso e sull'incapacità, risultando significative anche tutte quelle situazioni di coartata (o minorata) volontà comunque rilevanti per l'ordinamento giuridico³¹.

Si pensi, a titolo esemplificativo, allo stato di bisogno o allo stato di pericolo nella rescissione, all'abuso di dipendenza economica, al timore di eccezionale gravità come causa di annullamento del matrimonio.

In sostanza, allorché un soggetto, ad esempio, stipuli un contratto illecito per contrarietà al buon costume per fronteggiare uno stato di bisogno, l'art. 2035 c.c. non dovrebbe trovare applicazione mancando la partecipazione soggettiva del contraente allo scopo immorale.

L'altra questione riguarda invece l'individuazione del momento in cui deve valutarsi la partecipazione soggettiva del *solvens* allo scopo contrario al buon costume e cioè se al momento della conclusione del contratto oppure della esecuzione della prestazione.

L'art. 2035 c.c., invero, fa espressamente riferimento alla esecuzione della prestazione.

Tuttavia sembra difficile ipotizzare dei casi in cui quella partecipazione, assente alla stipula per cause limitative della volontà, sopravvenga poi al momento dell'adempimento.

Bisognerebbe immaginare che il *solvens*, che abbia subito condizionamenti e pressioni durante la conclusione del negozio, esegua poi spontaneamente la prestazione immorale: si pensi al caso del *solvens* che, costretto con violenza da terzi a corrompere il pubblico ufficiale, successivamente, e cioè al momento del pagamento del *pretium sceleris*, condivida lo scopo corruttivo.

³⁰ D. CARUSI, *op. cit.*, 173.

³¹ Risulta condivisibile l'affermazione, riferita dall'autore ai vizi del consenso ed alla incapacità, ma applicabile con riferimento anche a casi diversi di coartazione della volontà, che non v'è ragione di ritenere operanti i limiti dall'ordinamento stabiliti a tutela dell'affidamento dell'altro contraente, v. D. CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio*, cit., 173.

Si tratta, è vero, di casi di scuola.

Nondimeno, non può escludersene, a nostro avviso, la rilevanza³², nel rispetto della lettera dell'art. 2035 c.c.

V'è semmai da dire che per l'*accipiens* fornirne la prova non sarà semplice, non essendo consentite indagini di carattere psicologico e dovendo sussistere delle evidenze oggettive.

Allo stesso modo può accadere che la partecipazione soggettiva allo scopo immorale, sussistente al momento della conclusione del contratto, venga meno quando il *solvens* esegue la prestazione.

Anche al riguardo possono svolgersi, *mutatis mutandis*, le stesse considerazioni. Nella maggior parte dei casi in cui il *solvens* ha stipulato il contratto condividendone l'immoralità, tale partecipazione soggettiva sorreggerà verosimilmente anche l'esecuzione della prestazione. Ma il *solvens* potrebbe invece essere resipiscente e trovarsi costretto da violenza morale a dare ugualmente attuazione al regolamento di interessi concordato.

Anche qui sarà problematico fornire la prova, che sarà però a carico del *solvens*.

In conclusione, l'applicazione dell'art. 2035 c.c. dipende per lo più dalla partecipazione soggettiva del *solvens* all'immoralità al momento della stipula del contratto: tuttavia, poiché la norma fa testualmente riferimento alla esecuzione della prestazione, non può escludersi che l'*accipiens* dimostri una partecipazione soggettiva da parte del *solvens* al momento dell'adempimento che non esisteva alla stipula del contratto, oppure che sia il *solvens* a provare che tale partecipazione, pur presente alla conclusione del negozio, è venuta meno al momento dell'esecuzione della prestazione.

5. La prestazione oggetto di *soluti retentio*.

Nella casistica rinvenibile nei repertori giurisprudenziali, la *soluti retentio* disciplinata dall'art. 2035 c.c. è applicata per lo più con riferimento alle prestazioni suscettibili di restituzione in natura, come quelle aventi ad oggetto la consegna di cose.

La prestazione avente ad oggetto la consegna di beni determinati fungibili rientra senz'altro nell'ambito di operatività dell'art. 2035 c.c. e non pone particolari problemi: in questo caso, infatti, il bene si confonde con il patri-

³² Di diverso avviso S. DELLE MONACHE, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria*, cit., 194 ss. Secondo l'autore una volta stipulata una convenzione contraria con il buon costume, potrebbe accadere che, nell'effettuare l'adempimento secondo i termini pattuiti, la parte non sia mossa da altra intenzione che da quella di tenere fede agli impegni assunti, identificandosi perciò in concreto lo scopo della prestazione con l'*animus solvendi*: in tali circostanze, a suo avviso, non può dirsi che vi siano ostacoli all'applicazione dell'art. 2035 c.c. perché altrimenti se ne ridurrebbe arbitrariamente la sfera di operatività in contrasto con la *mens legis*. Per l'autore (p. 200) la circostanza che la prestazione sia stata eseguita in stato di incapacità o per violenza, errore e dolo non dipende dalla mancanza di uno scopo contrario al buon costume, ma dal fatto che l'art. 2035 c.c. per essere applicato presuppone che la prestazione sia stata volontariamente eseguita da un soggetto in grado di rendersi conto del proprio comportamento e di determinarsi di conseguenza.

monio dell'*accipiens* e costui, nel caso di turpitudine, non è tenuto a restituire il *tantundem*.

Considerazioni analoghe possono svolgersi per le prestazioni aventi ad oggetto la consegna di beni determinati infungibili: anche in questo caso può trovare senz'altro applicazione la *soluti retentio*.

Si pensi ai contratti aventi ad oggetto sostanze stupefacenti, puniti dal diritto penale (v. art. 75 d.P.R. 309/1990): l'art. 2035 c.c. impedisce la ripetizione di entrambe le prestazioni e cioè sia del denaro che della droga³³.

V'è da chiedersi, semmai, con riferimento alla consegna di cose infungibili, se il *solvens* possa recuperare il bene mediante l'esercizio dell'azione di rivendicazione³⁴.

In questa sede la questione non può essere adeguatamente affrontata, tuttavia pare difficile sostenere che la norma, anziché paralizzare l'azione personale di ripetizione dell'indebito, abbia voluto addirittura delineare un acquisto a titolo originario in favore dell'*accipiens*.

Tanto più che la disposizione normativa parla esplicitamente di irripetibilità di quanto è stato pagato e sembra così voler escludere soltanto l'azione di ripetizione senza sottendere vicende acquisitive a vantaggio dell'*accipiens*³⁵.

L'azione di rivendicazione non sarà comunque consentita tutte le volte il cui il bene sia stato confiscato ai sensi dell'art. 240 c.p., come nel caso del reato di spaccio (art. 73 d.P.R. 309/1990).

L'irripetibilità, inoltre, può attuarsi anche con riferimento alle prestazioni di fare immorali: in questo caso l'applicazione dell'art. 2035 c.c., non potendo la restituzione avvenire in natura, dovrebbe impedire l'attribuzione dell'equivalente monetario.

È significativa, a tale proposito, la prestazione di fare del ciarlatano (indovino, astrologo, cartomante, esorcista ecc.) che è vietata dall'art. 121 T.U. Pubblica Sicurezza e che può senz'altro considerarsi immorale perché vi è approfittamento della credulità di una persona, spesso in situazioni di fragilità e di vulnerabilità. Alla prestazione del ciarlatano si applica la *soluti retentio* dell'art. 2035 c.c., nel senso che egli, qualora non abbia ricevuto il

³³ Diverso è il caso dell'acquisto di droga per uso personale che non è reato. Se si considera che la fattispecie è stata da tempo depenalizzata (attualmente è un illecito amministrativo) in esito ad un referendum abrogativo (degli artt. 72, comma 1 e 75, comma 1 del d.P.R. 309/1990), pare difficile sostenere che l'uso personale continui ad essere contrario al buon costume.

³⁴ v. S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 20 ss.; 31 ss. evidenza come sia pacifica l'esperibilità dell'azione di rivendicazione per le sole cose determinate e infungibili. V. anche la dottrina citata dall'autore nelle note 25 e 26 (p. 20). Ad avviso dell'autore, però, allorché le cose fungibili siano rimaste individuabili nella sfera del ricevente può ugualmente riconoscersi l'azione di rivendicazione come per le cose infungibili (p. 28).

³⁵ Escludono che l'irripetibilità prevista dall'art. 2035 c.c. dia luogo ad un acquisto a titolo originario dell'*accipiens*: P. GALLO, *Arricchimento senza causa*, cit., 189; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, cit., 1809; D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, cit., 121 ss.; P. SIRENA, *La ripetizione dell'indebito*, in Lipari, P. Rescigno (dir.), *Diritto civile. III. Obbligazioni*, Vol. 1, Milano 2009, 526 che però esclude che il *solvens* possa esercitare l'azione di rivendicazione; a favore dell'acquisto a titolo originario D. CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio*, cit., 51 e ss.; F. GIGLIOTTI, *Prestazione contraria al buon costume. Art. 2035*, cit., 139 ss.

pagamento, non avrà diritto all'equivalente monetario, mentre nel caso in cui abbia ricevuto il corrispettivo, dovrà restituirlo al cliente che, non avendo partecipato all'immoralità (è vittima dell'approfittamento altrui) potrà invocare la ripetizione dell'indebitato.

In ogni caso, affinché possa applicarsi l'art. 2035 c.c., deve sussistere una prestazione in senso stretto e cioè una attività posta in essere per adempiere ad una obbligazione.

Si pensi al caso in cui un soggetto millanti di poter procurare un posto di lavoro al malcapitato aspirante all'assunzione e si faccia pagare una somma di denaro per raccomandarlo presso il datore di lavoro.

Ad avviso di chi scrive questa ipotesi fuoriesce dall'ambito di operatività dell'art. 2035 c.c. perché non v'è, da parte del millantatore, l'esecuzione di una prestazione in senso stretto.

Allorché, poi, la consegna di un bene non sia in adempimento di un'obbligazione ma concorra a perfezionare la stipula di un contratto, si fuoriesce di nuovo dalla sfera di operatività dell'art. 2035 c.c., come ci pare desumibile dalla collocazione topografica della norma.

L'art. 2035, infatti, si trova collocato nel titolo VII (del Libro IV), concernente il pagamento dell'indebitato: estenderne l'operatività oltre il campo dell'adempimento di una obbligazione sarebbe privo di giustificazione³⁶.

Risulta poi sostenibile che la *soluti retentio* non possa essere invocata neppure nel caso di contratto di locazione (o di comodato) immorale perché, ad esempio, stipulato unicamente per uno scopo turpe comune alle parti.

In tale ipotesi, infatti, la consegna non è funzionale al trasferimento della proprietà, ma soltanto al godimento temporaneo del bene: se si applicasse l'art. 2035 c.c. per impedire la restituzione del bene si otterrebbe addirittura un risultato ulteriore rispetto a quello che avrebbe avuto l'esecuzione del contratto di locazione.

Si pensi al caso in cui si stipuli un contratto di locazione con una prostituta nel quale il canone sia rappresentato da prestazioni sessuali da parte di quest'ultima: sebbene il contratto sia immorale, è da escludere che la prostituta possa invocare l'art. 2035 c.c. per opporsi alla richiesta di rilascio dell'immobile.

6. Il buon costume.

Sempre nell'ottica di delimitare l'ambito di applicazione dell'art. 2035 c.c., è senz'altro condivisibile che la nozione di buon costume debba essere laica e pluralistica³⁷.

³⁶ F. GIGLIOTTI, *op. cit.*, 64, nota 40 osserva che la collocazione della regola nel contesto della disciplina dell'indebitato dovrebbe portare a ritenere non dissimile la natura del *solutum* tanto nel caso dell'indebitato oggettivo che in quello del negozio immorale. L'autore però ammette poi, a pp. 90 -91, che, nell'ambito di applicazione della norma, ricadano attribuzioni che non sono prestazioni in senso stretto, come quella di chi dovesse accreditare sul conto corrente altrui somme di denaro per ottenere in cambio un risultato immorale e ciò in ragione della *ratio* dell'art. 2035 c.c. ravvisata nel disincentivare l'esecuzione di intese o prestazioni idonee a realizzare esiti immorali.

³⁷ Così Corte cost., 17 luglio 2000, n. 293.



Tuttavia non convince che il buon costume debba identificarsi con la sola tutela della dignità umana³⁸ perché se è vero che la dignità della persona è un valore etico fondamentale, tutelato dalla carta costituzionale, il buon costume abbraccia anche valori diversi, condivisi dalla coscienza collettiva in un certo periodo storico.

Pare poi irrilevante, ai fini dell'applicazione dell'art. 2035 c.c., che la costituzionalizzazione di molti valori etici abbia comportato una forte dilatazione della nozione di ordine pubblico, che secondo alcuni avrebbe finito per assorbire quella di buon costume³⁹.

È infatti evidente che la giuridicizzazione di una regola etica non priva la stessa dell'originaria vocazione⁴⁰: il che, quantomeno per quanto in questa sede interessa, è sufficiente per escludere la ripetibilità della prestazione che con quella regola si sia posta in contrasto

A nostro avviso, dunque, il problema interpretativo dell'art. 2035 c.c. non è quello di distinguere ordine pubblico da buon costume, ma quello di identificare i valori morali dominanti condivisi dalla coscienza sociale che costituiscono il buon costume⁴¹.

Un compito, questo, difficilissimo per l'interprete, soprattutto in una società pluralistica quale è quella attuale, ove, per di più, sono venuti meno i capisaldi attorno ai quali molti di quei valori si erano storicamente formati: il tradizionale ordine familiare si è dissolto, il costume sessuale è radicalmente cambiato, la vocazione al benessere ha sovvertito bisogni e priorità, la morale cristiana deve convivere con etiche religiose diverse⁴².

In questo contesto è comprensibile che si finisca per identificare la contrarietà al buon costume nella violazione della dignità umana, che è un valore morale assoluto perché condiviso dalla collettività, diversamente da molti altri valori che appartengono invece soltanto a gruppi e non alla generalità dei consociati.

Quando si vuole applicare l'art. 2035 c.c. andando oltre questi confini – che delimitano l'unica zona sicura – è facile travalicare l'area dell'immoralità, riferendo l'irripetibilità a prestazioni che non sono immorali ma soltanto contrarie all'ordine pubblico.

Si tratta di quanto accaduto alla Corte di cassazione nella celebre pronuncia del 5 agosto 2020, n. 16706 che ha ritenuto irripetibile una prestazione

³⁸ Questa sembrerebbe l'indicazione ricavabile dalla citata sentenza della Corte Costituzionale n. 293/2000.

³⁹ S. PAGLIANTINI, *Lex perfecta, trionfo dell'ordine pubblico e morte presunta del buon costume: appunti per una ristampa della teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, cit., 679 ss.

⁴⁰ Più diffusamente sulla possibilità di valutare un contratto illecito anche come contrario al buon costume v. G. MAGRI, *Dallo scambio immorale allo scambio illeciti. I nuovi confini dell'irripetibilità della prestazione indebita*, Torino, 2022, 42 ss.

⁴¹ Già S. RODOTÀ, *Ordine pubblico e buon costume?*, in *Giur. mer.*, 1970, II, 106 ss., in part. p. 107 osservava che inevitabilmente la considerazione del comune sentire sociale finisce per tradursi nel sentire individuale del giudice, con una serie di rischi perché può finirsi per identificare l'etica nei valori morali predicati dal ceto dei giuristi piuttosto che dalla coscienza collettiva.

⁴² In questo senso G. PASSAGNOLI, *Note sull'ordine publico dopo la riforma del code civil*, in *Giur. it.*, 2018, IV, 1266 ss., in part. 1267 ss.

che non contrastava con la morale sociale ma con l'ordine pubblico economico⁴³.

La nozione di buon costume, dunque, sconta oggi le conseguenze della frammentazione dei valori, delle abitudini e degli stili di vita della nostra società, con la conseguenza che quei profili di incertezza e vaghezza che da sempre la connotano risultano più che mai accentuati.

A ben vedere sul concetto di buon costume vi sono soltanto due certezze: la prima è in negativo, nel senso che esso non può limitarsi alla decenza ed al pudore sessuale⁴⁴; la seconda è in positivo, nel senso che sicuramente comprende la tutela della dignità umana.

La regola della *soluti retentio*, infatti, si applica senz'altro ai contratti che ledono la dignità della persona e al riguardo la casistica è ampia, abbracciando ipotesi classiche, come quella del lancio del nano o della vendita di organi umani, ad ipotesi di più recente emersione come quella della maternità surrogata.

Tra i due limiti, però, v'è tutta una zona grigia difficile da indagare perché priva di punti di riferimento sicuri e cioè di valori che possano dirsi dominanti perché condivisi dalla collettività.

Allorché si tratti di rapporti contrattuali che, pur non coinvolgendo direttamente la dignità umana, chiamano comunque in causa la necessità di tutelare la persona (si vedano i contratti in materia di stupefacenti, i contratti del ciarlatano, ma anche i contratti che hanno ad oggetto lo scambio del voto) la risposta è invero più agevole perché comunque si orbita nella sfera della tutela dell'individuo e dei suoi diritti fondamentali, protetti dalla carta costituzionale.

Per i rapporti contrattuali che non involgono valori umani, invece, l'indagine è davvero incerta.

Ad esempio, si è ritenuto immorale il contratto di claque allorché il pubblico sia pagato per applaudire o stroncare un certo artista o un certo spettacolo⁴⁵.

Tuttavia, se può sostenersi la nullità di tali contratti per violazione dell'ordine pubblico economico, quantomeno nel caso cui alterino le regole della concorrenza, non è affatto scontato qualificarli anche come immorali perché, per far ciò, dovrebbe sostenersi che la tutela della libera concorrenza risponda ad una esigenza etica diffusa e condivisa nella nostra società. A livello di opinione individuale l'interrogativo può anche trovare una risposta affermativa: la questione, però, non è come la pensa il singolo ma se una siffatta opinione sia sufficientemente diffusa nella nostra società da poter essere considerata rispondente ad una esigenza etica.

⁴³Nel caso di specie l'art. 2035 c.c. è stato applicato nell'ambito di una procedura concorsuale per respingere la pretesa restitutoria di un creditore che aveva finanziato un'impresa concorrente con l'obiettivo di acquisirne gli *assets* produttivi, pregiudicando la massa dei creditori per il ritardo nell'emersione dell'insolvenza. La Suprema corte parla di contratto immorale per violazione dei principi dell'ordine pubblico economico. La sentenza è commentata da F.P. PATTI, *Buon costume e scopo della norma violata: sull'ambito di applicazione dell'art. 2035 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, pp. 517 e ss.

⁴⁴ V., tra le altre, Cass., 21 aprile 2010, n. 9441.

⁴⁵ Così G. MAGRI, *Dallo scambio immorale allo scambio illecito*, cit., 173.



Ebbene, se si considera la diffusa tendenza delle persone a consultare le recensioni su internet per orientare i propri acquisti e gusti, nella piena consapevolezza che le recensioni potrebbero non essere genuine e dunque accettando di far parte di un meccanismo potenzialmente lesivo delle regole della concorrenza, è discutibile che nella società odierna la claque sia immorale.

Insomma, la valutazione dell'immoralità, quando si esce dall'area della tutela della persona, vacilla e rischia di scivolare verso soluzioni opposte ma entrambe estreme: da un lato di sostituire la morale collettiva con quella individuale o con l'ordine pubblico, dall'altro di negare che possano esistere contratti immorali al di fuori della tutela della persona.

7. Considerazioni conclusive.

Volendo concludere, può evidenziarsi che un'indagine incentrata sull'art. 2035 c.c. che non sia condizionata da aprioristiche ricostruzioni della sua *ratio*, ha senz'altro il pregio di riuscire a delimitarne meglio l'ambito di operatività che, tuttavia, fondandosi la norma su un concetto (il buon costume) di per sé sfuggente e forse anacronistico nella sua pretesa di universalità, rimane inevitabilmente fumoso ed incerto.

Un'indagine del genere, inoltre, consente di rispondere all'interrogativo se l'art. 2035 c.c. possa essere letto in combinato disposto con la disciplina della nullità del contratto e della ripetizione dell'indebito.

In particolare, se è vero che il contratto immorale è un contratto nullo e che ciò autorizza le parti a chiedere la ripetizione delle prestazioni eseguite, è nondimeno plausibile che quando vi è la partecipazione soggettiva del contraente allo scopo contrario al buon costume, l'ordinamento possa negargli l'azione di ripetizione non ritenendolo meritevole della tutela restitutoria.

In questa prospettiva la norma è senz'altro coerente con il sistema della nullità al quale parrebbe fare da sponda: se il *solvens* ha eseguito la prestazione condividendone lo scopo immorale è infatti ragionevole che da parte dell'ordinamento vi sia una reazione e che questa consista nel negare l'azione di ripetizione.

Una reazione che, si badi bene, non è all'immoralità della prestazione in sé e per sé considerata, ma alla condivisione di essa da parte del *solvens*.

In altri termini: l'immoralità determina nullità del contratto e quindi ripetizione dell'indebito, ma se vi è stata partecipazione soggettiva del *solvens*, l'azione restitutoria viene negata.

Tale coerenza con il sistema della nullità però vacilla quando l'immoralità è bilaterale e l'irripetibilità riguarda entrambe le prestazioni: in questo caso, infatti, applicando l'art. 2035 c.c., viene data nei fatti esecuzione al contratto nullo cosicché, quella che dovrebbe essere una reazione negativa da parte dell'ordinamento finisce per costituire un premio per gli immeritevoli contraenti.

Ma anche questa affermazione deve essere meglio precisata.

E' possibile che l'irripetibilità riguardi due prestazioni delle quali l'una sia di per sé insuscettibile di restituzione a prescindere dall'applicazione dell'art. 2035 c.c.: si pensi nuovamente all'opera del sicario, alla prestazione sessuale della prostituta ecc. che non sono di per sé ripetibili.

In questo caso, a ben vedere, l'applicazione dell'art. 2035 c.c. avviene secondo modalità analoghe a quelle che valgono per l'immoralità unilaterale, con la conseguenza che la coerenza con il sistema della nullità è salva.

Allorché invece le prestazioni immorali siano suscettibili entrambe di ripetizione occorre distinguere l'ipotesi in cui alla prestazione di cose fungibili corrisponda una controprestazione di cose infungibili da quella in cui alla prestazione di cose fungibili corrisponda una controprestazione di cose fungibili oppure una prestazione di fare.

Nella prima ipotesi, se è vero che le due prestazioni non possono essere restituite in applicazione dell'art. 2035 c.c., è altrettanto vero che il *solvens* della prestazione di cose infungibili potrà esercitare l'azione di rivendicazione per recuperare la *res*.

Potendo il *solvens* riappropriarsi della cosa, non può dirsi che l'applicazione dell'art. 2035 c.c. determini una sostanziale esecuzione del contratto nullo.

Anche con riferimento a questa fattispecie, quindi, l'art. 2035 c.c. è solidale con il sistema della nullità o quantomeno non ha effetti distorsivi rispetto ad esso.

Nella seconda ipotesi, invece, non v'è dubbio che il contratto, grazie alla *soluti retentio* applicabile ad entrambe le prestazioni, finisca per avere sostanziale attuazione.

È dunque questa una casistica applicativa riottosa al sistema della nullità, con il quale entra in conflitto.

A bene vedere, per poter inserire l'art. 2035 c.c. nel sistema della nullità senza forzature o contraddizioni, occorrerebbe interpretare l'art. 2035 c.c. nel senso di riferire la *soluti retentio* solo all'immoralità imputabile ad uno dei contraenti: peccato, però che la lettera della norma non consenta un'operazione ermeneutica del genere, ponendo a fondamento della irripetibilità anche la turpitudine reciproca (“*anche da parte sua*”).

Così stando le cose, è inevitabile concludere che, al di là delle ragioni che hanno spinto il codificatore ad adottare una norma quale l'art. 2035 c.c., la sua applicazione conduce a risultati incongrui rispetto alla disciplina della nullità, quantomeno con riferimento ad una casistica applicativa.

