ORDINES
Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730
NUMERO 1 – DICEMBRE 2025

ANTONIO BRUNI

Sulla (ir)ripetibilità della prestazione tra illiceità e immoralità del contratto

ABSTRACT - The interlocutory order returns to the issue raised by the United Sections of the Italian Supreme Court, calling for a new intervention to clarify whether the nullity of the contract due to the conflict with mandatory norms or with public policy precludes recoverability of the performance. Although hermeneutic approaches extend the non-recoverability to cases falling outside literal wording of the provision in Article 2035 of the Italian Civil Code, which limits its application to those performance for a purpose contrary to public morals, a careful interpretation of the rationale behind the violated provision and the rationale behind the rule supporting non-recoverability, to be assessed in light of the interests involved in the various cases, is capable of recovering the meaning of the words used by the legislator and, in this way, preventing unreasonable consequences from occurring.

KEYWORDS - Contract Void - Unlawfulness - Immoral Contract - Non-Recoverability of Performance - Unjust Enrichment

ORDINES
Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

2/2025

ANTONIO BRUNI*

Sulla (ir)ripetibilità della prestazione tra illiceità e immoralità del contratto**

SOMMARIO: 1. *Premessa. Le questioni poste dall'ordinanza: l'irripetibilità della prestazione eseguita in adempimento di un contratto nullo per violazione di norme imperative e ordine pubblico. Il problema dell'azione esperibile tra ripetizione dell'indebito e arricchimento senza causa* - 2. *Il limite alla ripetibilità della prestazione contenuto nell'art. 2035 c.c. circoscritto alle 'sole' prestazioni immorali* - 3. *L'individuazione delle ragioni che assistono il rimedio si riflette sull'ambito applicativo. Le difficoltà interpretative insite nel concetto di buon costume e la relatività storica della sua qualificazione* - 4. *Necessità di recuperare la distinzione tra illiceità e immoralità ai fini restitutori. Le interferenze tra i diversi parametri dell'illiceità e il ruolo dell'interprete. I tentativi di estensione nelle applicazioni giurisprudenziali e le esigenze di coerenza dell'ordinamento. L'irripetibilità quale esito di una valutazione complessa* - 5. *La violazione di norme imperative e le diverse conseguenze ad essa ascrivibili. I risultati applicati al caso di specie: la nullità per difetto di forma non giustifica l'irripetibilità* - 6. *La tutela restitutoria conseguente alla nullità del contratto. L'utilizzo improprio dell'azione di arricchimento* - 7. *Conclusioni*

1. *Premessa. Le questioni poste dall'ordinanza: l'irripetibilità della prestazione eseguita in adempimento di un contratto nullo per violazione di norme imperative e ordine pubblico. Il problema dell'azione esperibile tra ripetizione dell'indebito e arricchimento senza causa*

Una recente pronuncia interlocutoria della Terza Sezione della Corte di cassazione[1] riapre la discussione sul tema delle conseguenze derivanti dall'invalidità del contratto ed offre l'occasione per riflettere sui limiti che assistono il regime delle restituzioni.

L'ordinanza solleva una pluralità di questioni tra di loro strettamente connesse, non risolte ma anzi complicate dalla nota sentenza delle Sezioni unite del 5 dicembre 2023, n. 33954[2], la quale, nel pronunciarsi sul tema

* Dottore in Giurisprudenza, Sapienza Università di Roma.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

[1] Cass., 20 gennaio 2025, n. 1284, in *Giur. it*., 2025, pp. 992 ss., con nota di P. GALLO, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento di nuovo in attesa delle sezioni unite*; in *Resp. civ. prev*., 2025, pp. 473 ss., con nota di S. GATTI, *Nullità del contratto e limiti delle obbligazioni restitutorie. Verso la costruzione di un sistema delle restituzioni contrattuali.*

[2] Cass. Sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33954, in *Giur. it*., 2024, pp. 529 ss., con nota di P. GALLO, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento: il punto delle Sezioni unite*; in *Nuova giur. civ. comm*., 2024, pp. 374 ss., con nota di D. ACHILLE, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa*, nihil sub sole novum.

della sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa, piuttosto che sopire il dibattito lo ha alimentato[3] creando ulteriori incertezze interpretative[4].

Ed invero, secondo le Sezioni unite «[a]i fini della verifica del rispetto della regola di sussidiarietà di cui all'art. 2042 c.c., la domanda di arricchimento è proponibile ove la diversa azione, fondata sul contratto, su legge ovvero su clausole generali, si riveli carente *ab origine* del titolo giustificativo. Viceversa, resta preclusa nel caso in cui il rigetto della domanda alternativa derivi da prescrizione o decadenza del diritto azionato, ovvero nel caso in cui discenda dalla carenza di prova circa l'esistenza del pregiudizio subito, ovvero in caso di nullità del titolo contrattuale, ove la nullità derivi dall'illiceità del contratto per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico».

È quest'ultimo inciso a sollevare le maggiori difficoltà interpretative giacché appare chiaro che dalla conclusione adottata può derivarne una sensibile ed ingiustificata compressione dell'ambito applicativo del regime delle restituzioni. Strettamente collegato alla soluzione di tale aspetto "controverso" è l'altro profilo riguardante la questione dell'azione esperibile in seguito alla declaratoria di nullità del contratto.

Proprio tali dubbi ermeneutici hanno spinto la Terza Sezione a rimettere gli atti alla Prima Presidente al fine di promuovere un (nuovo) intervento delle Sezioni unite diretto a chiarire, in via auspicabilmente definitiva, se:

a) la nullità del contratto della P.A. per difetto di forma scritta rientri tra le nullità per contrarietà alle norme imperative e/o all'ordine pubblico, ostative all'ammissibilità della domanda ex art. 2041 c.c.;

b) il giudizio sull'ammissibilità dell'azione possa essere declinato diversamente, in caso di declaratoria di nullità del contratto per difetto di forma scritta, qualora il soggetto impoverito sia la stessa P.A. e non la sua controparte privata;

c) la prestazione di dare cose fungibili (nella specie, una fornitura di acqua erogata da un Comune) non sia suscettibile di ricadere nell'ambito

---

[3] Sulla questione v. D. CARUSI, *Autorità (talvolta fuorviante) del precedente giudiziale e «volontà del legislatore»: la sussidiarietà dell'azione di arricchimento dopo la sentenza delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, pp. 435 ss.; E. BARGELLI, *Chi ha paura dell'ingiustificato arricchimento?*, in *Pactum online*, 2024, pp. 1 ss.; S. PAGLIANTINI, *La sussidiarietà dell'azione di ingiustificato arricchimento: e se fosse (anche) un problema di lacuna?*, in *Foro it.*, I, 2024, pp. 154 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento ingiustificato: le indicazioni delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, pp. 438 ss.

[4] P. GALLO, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento: il punto delle Sezioni unite*, cit., p. 535.

di applicazione dell'indebito oggettivo anziché in quello dell'arricchimento senza causa.

2. *Il limite alla ripetibilità della prestazione contenuto nell'art. 2035 c.c. circoscritto alle 'sole' prestazioni immorali*

Il primo dei quesiti sollevati dall'ordinanza interlocutoria è teso ad accertare se l'ipotesi di nullità del contratto della P.A. per difetto di forma scritta – che persegue l'interesse pubblico alla imparzialità e al buon andamento della Amministrazione – rientri o meno nelle cause di nullità per violazione di norme imperative o per contrarietà all'ordine pubblico. La soluzione del quesito appare dirimente giacché tale qualificazione, a voler seguire l'indirizzo inaugurato dalla sopracitata sentenza delle Sezioni unite, inciderebbe sull'esercizio dell'azione restitutoria.

Preliminare all'indagine, dunque, è la verifica del presupposto dal quale muovono le Sezioni unite. Si tratta, cioè, di accertare se le prestazioni realizzate in esecuzione di un contratto illecito per contrarietà a norme imperative o all'ordine pubblico siano irripetibili.

In verità, il dato normativo non sembra autorizzare una simile forzatura interpretativa. Le regole generali dettate in tema di restituzione della prestazione non dovuta ma eseguita traducono un canone esegetico apparentemente neutro, là dove pretendono che tutti gli spostamenti patrimoniali giuridicamente non dovuti debbano essere restituiti, indipendentemente dalla "causa" dell'attribuzione.

In tale contesto, le uniche ipotesi nelle quali il legislatore preclude la ripetibilità della prestazione sono rappresentate dagli artt. 2034 e 2035 c.c., rispettivamente prestazione eseguita in adempimento di un dovere morale o sociale e prestazione contraria al buon costume[5]. Sebbene accomunate sul piano degli effetti, le disposizioni dettate dagli artt. 2034 e 2035 c.c. non possono essere poste sullo stesso piano[6].

[5] Si tratta però di fattispecie tra loro «lontanissime, e, si direbbe, addirittura opposte», D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. Perlingieri, III, 15, Esi, Napoli, 2004, pp. 240-241. La profonda diversità di *ratio* che è alla base dell'art. 2034 c.c. rispetto all'art. 2035 c.c. è posta in luce da P. PERLINGIERI e L. FERRONI, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Manuale di diritto civile*, 7ª ed., Esi, Napoli, 2014, p. 292.

[6] Per E. MOSCATI, *Obbligazioni naturali*, in *Enc. dir.*, XXIX, (1979), p. 379, la formulazione dell'art. 2034, comma 1 c.c. è il frutto di una malintesa esigenza di coordinamento con

Secondo indirizzi consolidati, alla base dell'irripetibilità dell'obbligazione naturale vi sarebbe una valutazione di merito del dovere morale o sociale ritenuto «causa sufficiente dell'attribuzione patrimoniale»[7] e l'adempimento di «quanto spontaneamente prestato» in esecuzione di un dovere morale o sociale «è considerato dato in conformità del diritto, e quindi, ben dato»[8]. Per tali ragioni, l'adempimento di un'obbligazione naturale non dovrebbe essere considerato indebito[9].

Diversamente, ciò che caratterizza l'art. 2035 c.c. è «l'assenza più totale di una qualsiasi valutazione della giustificazione sociale dell'acquisto dell'*accipiens*»[10]. L'unico vero limite[11], dunque, alla regola

---

l'art. 2035 c.c., essendo state viste le due norme sotto l'aspetto di eccezioni alla ripetibilità dell'indebito oggettivo.

Sull'operatività della *soluti retentio* nell'obbligazione naturale e nella prestazione immorale, si rinvia a S. DELLE MONACHE, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria*, Cedam, Padova, 1997, pp. 15 ss., e 171 ss.; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Esi, Napoli, 2001, p. 168; M. MAZZUCA, *Sulle obbligazioni naturali, tra doveri morali e doveri sociali*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 63 ss.; L. TULLIO, *Le prestazioni indebite di fare tra nullità e irripetibilità*, Esi, Napoli, 2013, pp. 81 ss.; F. GIGLIOTTI, *Prestazione contraria al buon costume*, in *Cod. civ. Comm*. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 6 ss., spec. p. 7, nota 13.

[7] E. MOSCATI, *Obbligazioni naturali*, cit., p. 379; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 120, il quale osserva: «[l]a *soluti retentio* costituisce […] il sintomo che la legge considera l'esistenza dell'o.n. *come una ca*[*u*]*sa sufficiente e lecita dell'attribuzione patrimoniale che si è operata*». C. vo originale.

[8] P. PERLINGIERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1969, p. 367.

[9] P. PERLINGIERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, cit., p. 361; E. MOSCATI, *Obbligazioni naturali*, cit., p. 379; L. TULLIO, *Le prestazioni indebite di fare tra nullità e irripetibilità*, cit., p. 86.

[10] E. MOSCATI, *Obbligazioni naturali*, cit., p. 379. La norma contenuta nell'art. 2035 c.c. è ritenuta «tale da paralizzare persino l'azione generale di arricchimento, che pure costituisce lo strumento più idoneo, quando manchi qualunque altra azione, per farsi indennizzare il pregiudizio sofferto a causa della nullità di un contratto stipulato *contra legem*», così Cass., 21 luglio 1979, n. 4398, in *DeJure online.*

[11] D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II, *Obbligazioni e contratti. Successioni per causa di morte*, 5ª ed., Utet, Torino, 1958, p. 794, osserva: «la legge regola due ipotesi, o due gruppi di ipotesi, di cui uno può considerarsi come *eccezione* alla regola della ripetibilità dell'indebito (art. 2035), l'altro, a parer nostro, non ha che vedere con l'indebito»; difatti, il primo «costituisce vera e giustificata eccezione alla regola generale […] perché l'indebito sussiste», il secondo, invece, «[n]on è piú una eccezione, ma ci porta a parer nostro fuori dal campo dell'indebito», giacché l'obbligazione naturale «non è un "*non-debito*", ma è un "*debito non coercibile*"», ossia un pagamento «*incoercibile*, ma tuttavia *dovuto*». A. TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1959, p. 499, soltanto con riguardo alla disposizione legislativa dettata dall'art. 2035 c.c., discorre di «norma che […] rappresenta un innegabile contrasto con la regola razionale della ripetizione di indebito».

della ripetizione dell'indebito sarebbe costituito dall'espressa previsione contenuta nell'art. 2035 c.c., a mente della quale *chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume non può ripetere quanto ha pagato*. La regola riflette il brocardo latino[12] «*in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*» e più in generale la formula «*nemo auditur turpitudinem suam allegans*»[13].

Il chiaro dettato normativo che circoscrive l'irripetibilità alle sole prestazioni immorali[14] non sembrerebbe lasciar dubbi sulla inestensibilità

Di 'vera' eccezione parla L. TULLIO, *Le prestazioni indebite di fare tra nullità e irripetibilità*, cit., p. 91. Sull'eccezionalità della regola l'orientamento è unanime: P. RESCIGNO, «*In pari causa turpitudinis*», in *Riv. dir. civ*., I, 1966, pp. 4-5; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., pp. 131-132; D. CARUSI, *Contratto illecito e* soluti retentio*. L'art. 2035 cod. civ. tra vecchie e nuove «immoralità»*, Esi, Napoli, 1995, pp. 2 ss.; S. DELLE MONACHE, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria*, cit., pp. 6 e 230; D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 91; F. GIGLIOTTI, *Prestazione contraria al buon costume*, cit., p. 5; A. GUARNERI, In pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*: valore attuale di un antico brocardo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 1126.

[12] Per una ricostruzione storica dell'istituto si rinvia a D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, cit., pp. 289-290; F. GIGLIOTTI, *Prestazione contraria al buon costume*, cit., pp. 13 ss.

[13] La riconduzione dell'art. 2035 c.c. ad un principio piuttosto che all'altro non è priva di rilievo, giacché mentre la formula *nemo auditur turpitudinem suam allegans* abbraccia «le due ipotesi di irripetibilità previste nell'art. 2035: quella in cui l'immoralità sia solamente dalla parte del *solvens*, e l'ipotesi di immoralità di colui che presta e di colui che riceve. La regola «in pari causa» si riferisce invece esclusivamente alla seconda ipotesi», così P. RESCIGNO, «*In pari causa turpitudinis*», cit., p. 8; D. CARUSI, *Contratto illecito e* soluti retentio, cit., p. 3; A. ALBANESE, *Immoralità, illiceità e* soluti retentio, in *Corr. giur*., 2005, p. 866; F. GIGLIOTTI, *Prestazione contraria al buon costume*, cit., pp. 31-32, note 72 e 73.

[14] Che l'individuazione del ruolo e dei contenuti del buon costume siano stati condizionati sia dalle diverse concezioni sull'autonomia privata sia dal modo di concepire le interazioni tra morale e diritto, è riconosciuto dalla dottrina che ha approfondito lo studio della clausola: sul punto, per tutti, G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 64 ss.; G. PANZA, *Buon costume e buona fede*, Esi, Napoli, 1973, p. 31 ss.; L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Esi, Napoli, 1993, pp. 143 ss. Sulla stretta e costante connessione tra diritto e morale, v. G. PERLINGIERI, *La via alternativa alle teorie del «diritto naturale» e del «positivismo giuridico inclusivo» ed «esclusivo». Leggendo Wil J. Waluchow,* in *Annali SISDiC*, 2020, pp. 69 ss.; ID., *In tema di ordine pubblico*, in *Rass. dir. civ*., 2011, p. 1428; cfr. anche 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, pp. 689 ss.

Appare indiscutibile che il buon costume si ponga quale «limite alla libertà dei soggetti nel determinare quel regolamento autonomo per il quale essi richiedono la forza del diritto», così A. TRABUCCHI, *Buon costume*, in *Enc. dir.*, V (1959), p. 700. Per un approfondimento sulle nozioni di buon costume e di contratto immorale si vedano inoltre: F. CARRESI, *Il negozio illecito per contrarietà al buon costume*, in *Riv. trim. dir. e proc.*

della regola al contratto illegale o al contratto illecito per contrarietà a norme imperative o all'ordine pubblico (art. 1343 c.c.)[15] che, pertanto, dovrebbero essere assoggettati alla disciplina generale di cui all'art. 2033 c.c.[16]. La soluzione riproduce la scelta operata già dal diritto romano, il quale distingueva sul piano restitutorio le prestazioni *ob turpem causam* rispetto a quelle *ob iniustam causam*[17], riconoscendo soltanto per quest'ultime il diritto a pretendere quanto prestato[18].

---

civ., 1949, pp. 35 ss.; E. PROTETTÌ, *Buon costume*, in *Noviss. dig. it.,* II, (1958), pp. 593 ss.; S. RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume*, in *Giur. mer*., I, 1970, pp. 104 ss.; A. GUARNERI, *Buon costume*, in *Dig. disc. priv*., *Sez. civ.,* I, (1988), pp. 123 ss.; G. TERLIZZI, *Dal buon costume alla dignità della persona. Percorsi di una clausola generale*, Esi, Napoli, 2013; G. PASSAGNOLI, *Dignità, buon costume, ordine pubblico non economico*, in *Pers. merc*., 2022, pp. 393-394.

[15] C. GRASSETTI, *Negozio collegato, negozio illegale e ripetibilità del pagamento*, nota a Trib. Milano, 2 maggio 1949, in *Temi*, 1951, pp. 154 ss.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1961, p. 218; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Torino, 1950 (rist. 2ª ed.), Esi, Camerino-Napoli, 1994, p. 386; P. RESCIGNO, «*In pari causa turpitudinis*», cit., p. 18; D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni,* cit., pp. 86 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 389 ss.

[16] Anche la giurisprudenza ricostruisce il rapporto tra l'art. 2033 e l'art. 2035 c. c., in termini di regola ed eccezione: Cass. Sez. un., 7 luglio 1981, n. 4414, in *Giust. civ*., I, 1982, p. 2418 ss.; Cass., 18 giugno 1987, n. 5371, in *Foro it*., I, 1988, pp. 181 ss.; Cass., 27 ottobre 2017, n. 25631, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2018, p. 139, con nota di D. ALESSANDRI, «*Il contratto nullo tre volte: difetti di forma e* soluti retentio»; Cass., 5 agosto 2020, n. 16706, in *Fallimento*, 2021, pp. 503 ss., con nota di S. DELLE MONACHE, *Buon costume e fallimento*; da ultimo Cass., 19 febbraio 2024, n. 4376, in *DeJure online,* la quale, nel riprendere un orientamento costante, afferma che l'art. 2035 c.c. «funge da limite legale all'applicabilità dell'art. 2033 cod. civ., di modo che il giudice di merito, chiamato a pronunziarsi su una *condictio ob iniustam causam*, deve procedere d'ufficio […] all'ulteriore valutazione dell'atto o del contratto di cui abbia ravvisato l'illegalità o la contrarietà all'ordine pubblico, sul diverso piano della sua contrarietà al buon costume, tenendo presente […] che sono irripetibili, ai sensi dell'art. 2035 cod. civ., i soli esborsi fatti per uno scopo contrario al buon costume, ma non pure le prestazioni fatte in esecuzione di un negozio illegale per contrarietà a norme imperative».

[17] C. GRASSETTI, *Negozio collegato, negozio illegale e ripetibilità del pagamento*, cit., p. 159; A. GUARNERI, In pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*: valore attuale di un antico brocardo*, cit., p. 1126.

[18] D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, cit., p. 85, per il quale «[è] pertanto corretto definire illecito un contratto immorale, laddove la qualificazione in termini di illiceità è il medio che conduce alla nullità; è invece errato definire un contratto illecito *a prescindere* da una autonoma qualificazione in termini di immoralità ed assoggettarlo alla disciplina restitutoria del contratto immorale e pertanto alla *soluti retentio* di cui all'art. 2035 cod. civ. […] la qualificazione in termini di immoralità può aggiungersi all'illiceità, conducendo alla *soluti retentio*», ma «la *soluti retentio* non deve essere applicata (analogicamente) all'illiceità».

3. *L'individuazione delle ragioni che assistono il rimedio si riflette sull'ambito applicativo. Le difficoltà interpretative insite nel concetto di buon costume e la relatività storica della sua qualificazione*

Tuttavia, la complessità del tema[19], aggravata dalla difficoltà interpretativa insita nella definizione stessa del concetto di buon costume[20] e dalla relatività storica della sua qualificazione[21], ha suscitato nel corso del tempo un ampio dibattito incentrato in particolare sulle ragioni, a tratti ritenute inspiegabili[22], che assistono un siffatto rimedio, l'individuazione delle quali, inevitabilmente, incide sul suo ambito applicativo[23].

---

[19] Per E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 236, l'ipotesi dell'irripetibilità delle prestazioni immorali è «complessa e tormentata». Ed invero, «appare estremamente arduo pervenire ad una spiegazione razionale di una regola che si pone in aperto contrasto con il principio generale della causalità delle attribuzioni patrimoniali», così E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, *sub artt. 2033-2040*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1981, pp. 365-366, il quale osserva altresì: «[l]'irripetibilità della prestazione, sancita per l'immoralità di entrambi i contraenti, rappresenta un'indubbia deroga alla disciplina del contratto illecito (art. 1343), che non è agevole conciliare, da un punto di vista dogmatico, con il sistema della nullità del negozio (art. 1418), tanto più che la forza assorbente della *soluti retentio* è tale da impedire l'esperibilità della stessa azione di arricchimento».

[20] Considerato uno «dei concetti più vaghi ed elastici del nostro diritto civile» da F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, 2ª ed., Sel, Milano, 1914, p. 25. Di «nozione assunta dal diritto, ma non precisata legislativamente» discorre A. TRABUCCHI, *Buon costume*, cit., pp. 700 ss.
Sul piano sistematico occorre ricordare che la nozione di buon costume e di contrarietà ad esso ricorre nel contesto degli artt. 1343 e 2035 c.c., differenziandosi solo nel proprio riferimento oggettivo (rispettivamente la causa del negozio e lo 'scopo' di esso). Che il significato di buon costume di cui all'art. 1343 c.c. debba essere ricostruito in stretta relazione con l'art. 2035 c.c. lo sostiene F. GIGLIOTTI, *Prestazione contraria al buon costume*, cit., pp. 76 ss. Nell'art. 2035 c.c. il buon costume svolgerebbe una funzione diversa da quella spettante ai criteri di liceità del negozio di cui all'art. 1343 c.c. per G. PANZA, *L'antinomia fra gli artt. 2033 e 2035 c.c. nel concorso fra illegalità ed immoralità del negozio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 1206; D. CARUSI, *Illiceità del contratto e restituzioni*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2000, pp. 516 ss.

[21] Come evidenzia P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, I, Esi, Napoli, 2006, pp. 415-416, la nozione di buon costume «in genere definita rinviando alla concezione del costume di una determinata società, è nozione non astorica, ma relativa – muta col tempo e, talvolta, da luogo a luogo –, generica, priva quindi di un contenuto specifico e determinato». V. anche L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, cit., pp. 143 ss.

[22] P. RESCIGNO, «*In pari causa turpitudinis*», cit., p. 55, rileva che «sul piano della valutazione politica, non si trova, dell'art. 2035 c.c., una convincente giustificazione». Di una «sorta di enigma» discorre S. DELLE MONACHE, *Della irripetibilità delle prestazioni* «ob

In via di estrema sintesi le proposte ricostruttive vengono solitamente così riassunte.

V'è chi ritiene che la *ratio* della norma debba essere individuata nell'esigenza «di escludere dalla tutela giudiziaria conseguente all'esercizio dell'azione *ex indebito* colui che, per goderne, dovrebbe allegare il fatto della propria immoralità»[24]. L'intento della norma sarebbe dunque quello di sanzionare[25] chi si sia reso autore di una prestazione *ob turpem causam*[26], impedendogli di ripetere la prestazione in quanto soggetto che l'ordinamento reputa indegno di protezione[27]. In tale

---

turpem causam» *nel sistema del diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002, p. 698; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 390, osserva che «l'interprete moderno […] fatica a scorgere la razionalità della norma». F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, Padova, 2008, p. 1077, segnala come il declino dell'art. 2035 c.c. nella prassi applicativa derivi dalla difficoltà di rintracciare la radice etica del divieto e dalle difficoltà interpretative che conducono a soluzioni contradditorie in grado di far precipitare il principio «in uno stato di insuperabile crisi di razionalità»; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., pp. 169 ss., afferma che la difficoltà di individuare un fondamento appagante non può tradursi nella tentazione di rinunciare a cercare una giustificazione razionale, perché è questo il compito a cui è chiamato il giurista.

[23] Ed i tentativi di individuare il fondamento della regola lasciano intravedere un approccio molto critico già sulla stessa opportunità della sua codificazione mettendo persino in dubbio la moralità della regola stessa, giacché la norma finisce con il «cristallizzare la situazione creata dal contratto immorale, favorendo uno dei contraenti a danno dell'altro, e a danno di colui che almeno ha rispettato l'impegno e ha eseguito», così P. RESCIGNO, «*In pari causa turpitudinis*», cit., p. 55.

[24] S. DELLE MONACHE, *Della irripetibilità della prestazione* «ob turpem causam», cit., pp. 698 ss., spec. p. 716; già F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, cit., pp. 274 ss.

[25] Individua nell'effetto dell'irripetibilità previsto dalla disposizione una «sanzione di tipo civilistico» inflitta dall'ordinamento all'autore della prestazione *ob turpem causam* R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito* (*dir. vig.*), in *Noviss. dig. it.*, VIII (1968), p. 173; P. PERLINGIERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, cit., p. 368; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, cit., p. 868; E. MOSCATI, *Obbligazioni naturali*, cit., p. 379.

[26] Così S. DELLE MONACHE, *Della irripetibilità della prestazione* «ob turpem causam», cit., p. 699.

[27] Tale finalità è presente nella Relazione al Re del Ministro Guardasigilli, n. 790, dove si legge: «l'irripetibilità di quanto sia stato prestato in una situazione di turpitudine reciproca, o anche imputabile soltanto al *solvens*, risponde alle finalità dell'ordinamento giuridico che non può dare tutela a chi non ne è degno». Nel senso che la *retentio* di cui all'art. 2035 c.c. trovi giustificazione nello stato di indegnità del *solvens*, M. COMPORTI, *Negozio giuridico immorale e irripetibilità della prestazione* «ob turpem causam» ex *art. 2035 c.c.*, nota a Cass. 14 maggio 1955, n. 1378, in *Giur. comp. Corte Sup. di Cass.*, VI, 1955, p. 157;

prospettiva l'ambito di operatività includerebbe ogni ipotesi di contrarietà al buon costume «sotto il profilo della causa, dell'oggetto o anche del solo motivo comune»[28].

Altri ricostruiscono la *ratio* dell'art. 2035 c.c. quale reazione all'abuso della pretesa restitutoria che si verificherebbe quando «la parte del rapporto di scambio illecito, avendo già ricevuto una prestazione «di per sé» *irripetibile* [...] invocasse la nullità per ottenere la restituzione di quanto pagato», aggiungendo immoralità a immoralità[29].

La ricostruzione in termini di abuso della pretesa restitutoria[30] e l'accezione di contrarietà al buon costume che rinvia «ad un novero di attività che non possono essere sollecitate e retribuite patrimonialmente»[31] se consentono, da un lato, di escludere dal novero dell'art. 2035 c.c. tutti gli scambi di prestazioni entrambe suscettibili di fondare una pretesa restitutoria[32], dall'altro ne ampliano a dismisura l'ambito applicativo[33] intersecando l'area dell'illiceità del contratto per contrarietà a norme imperative e all'ordine pubblico[34].

Altri ancora, utilizzando gli strumenti dell'analisi economica del diritto[35], guardano «alle conseguenze dell'invalidità attraverso il filtro della funzione dissuasiva delle regole giuridiche» e per tale via

---

F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, II, in *Tratt. di dir. civ. comm.*, Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano, 1972, p. 275; in giurisprudenza: Cass., ord. 5 agosto 2020, n. 16706, cit.

[28] S. DELLE MONACHE, *Della irripetibilità della prestazione* «ob turpem causam», cit., p. 715.

[29] D. CARUSI, *Contratto illecito e* soluti retentio, cit., p. 17; ID., *Illiceità del contratto e restituzioni*, cit., pp. 495 ss.; ID., *La rilevanza del negozio nullo e l'interpretazione sistematica dell'art. 2035 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, pp. 345 ss.

[30] La norma in esame, quindi, dovrebbe essere applicata soltanto al ricorrere di attribuzioni destinate a retribuire comportamenti illeciti o prestazioni *extra commercium*. Al di fuori di queste ipotesi, sarebbe preferibile consentire che le parti agiscano per la restituzione di quanto eseguito, poiché la *soluti retentio* si risolverebbe in un irragionevole ostacolo al ripristino dell'assetto inciso dall'esecuzione degli atti privati illeciti, così D. CARUSI, *Contratto illecito e* soluti retentio, cit., p. 17.

[31] D. CARUSI, *Illiceità del contratto e restituzioni*, cit., p. 516.

[32] Ciò spiegherebbe perché l'irripetibilità non possa essere applicata al motivo illecito comune, perché non esclude l'incrociarsi delle rispettive pretese restitutorie. Fondata sull'idea dell'abuso della pretesa restitutoria la regola della *retentio* rimanda ad accordi nulli a prescindere dalla valutazione dei soggettivi motivi delle parti, per cui è possibile affermare che l'art. 2035 e l'art. 1345 cod. civ. abbiano campi di applicazione del tutto distinti, così D. CARUSI, *Contratto illecito e* soluti retentio, cit., pp. 168-169.

[33] D. CARUSI, *Contratto illecito e* soluti retentio, cit., pp. 45-46.

[34] D. CARUSI, *Contratto illecito* e soluti retentio, cit., p. 42.

[35] G. VILLA, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione*. *Una analisi economica*, in *Quadr.*, 1992, pp. 19 ss.

«procedono all'individuazione della parte cui far subire le perdite e i costi derivanti dal contratto»[36].

In tale prospettiva, la disposizione avrebbe una finalità deterrente, posto che il rischio dell'irripetibilità a cui si espone colui che per primo esegue la prestazione immorale senza conseguire la controprestazione dovrebbe disincentivare la stipulazione e l'esecuzione di accordi immorali[37]. L'affermazione di una possibile razionalità economica del divieto consente di estenderne l'applicazione «oltre i confini dell'art. 2035 c.c. almeno in caso di prestazioni di fare»[38], o addirittura «all'intera area dell'illiceità» purché si mantenga negli stretti limiti di un rigoroso calcolo di costi e benefici[39].

4. *Necessità di recuperare la distinzione tra illiceità e immoralità ai fini restitutori. Le interferenze tra i diversi parametri dell'illiceità e il ruolo dell'interprete. I tentativi di estensione nelle applicazioni giurisprudenziali e le esigenze di coerenza dell'ordinamento. L'irripetibilità quale esito di una valutazione complessa*

Nonostante le difficoltà di individuazione della *ratio*, la regola dell'irripetibilità non soltanto continua a trovare applicazione ma, anzi, negli approcci ermeneutici più recenti, appare rinvigorita.

Quel che sembra certo è che la questione della ripetibilità o irripetibilità della prestazione sia strettamente legata alla qualificazione in

---

[36] E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 241.

[37] G. VILLA, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione,* cit., pp. 46 ss.; nella stessa prospettiva A. ALBANESE, *Immoralità, illiceità e* soluti retentio, cit., pp. 865 ss., spec. p. 870; P. SIRENA, *La ripetizione dell'indebito*, in *Diritto civile,* diretto da Lipari e Rescigno, III, *Obbligazioni*, I, *Il rapporto obbligatorio*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 525; F. GIGLIOTTI, *Prestazione contraria al buon costume*, cit., pp. 110 ss. Sulla questione, v. anche A. BELLIZZI, *Contratto illecito, reato e irripetibilità* ob turpem causam, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 79-80.

[38] G. VILLA, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione*, cit., p. 64, il quale individua la base sulla quale fondare l'estensibilità alle obbligazioni di fare negli artt. 2231 e 2126 c.c. i quali, pur disciplinando prestazioni contrarie a norme imperative ma non al buon costume, non ammettono né la ripetizione né l'arricchimento senza causa. Trattasi di ipotesi che sottendono un orientamento uniforme in quanto tutte portano la perdita della prestazione illecita di fare. In tale direzione si giustificherebbe anche l'estensione operata dalla giurisprudenza in tema di mandato ed appalto illeciti.

[39] Critico, però, U. BRECCIA, *Causa*, in G. ALPA, U. BRECCIA e A. LISERRE (a cura di), *Il contratto in generale*, III, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Utet, Torino, 1999, p. 318.

termini di illiceità o di immoralità dell'atto, la quale, pur non incidendo sulla valutazione dello stesso - posto che, in tutti i casi, esso è nullo - incide tuttavia sul sistema delle restituzioni[40], giacché soltanto l'esecuzione di una prestazione per uno scopo contrario al buon costume è irripetibile[41].

Ma la sentenza delle Sezioni unite non sembra preoccuparsene[42]. Il principio così come formulato, senza che di esso se ne chiariscano i contenuti[43], sembrerebbe dare per presupposta una identificazione dell'illiceità con l'immoralità, invece, tutta da dimostrare[44]. Con la conseguenza, ma di questo non sembra accorgersi, di legittimare l'estensione al contratto illecito, sul piano restitutorio, della disciplina del contratto immorale[45].

Tale ragionamento non tiene conto che, se è vero che «la causa turpe, cioè contraria al buon costume, [è] necessariamente illecita, [...], ciò non vuol dire che altrettanto valida sia la proposizione inversa, vale a dire che necessariamente sia sempre turpe la causa illecita»[46]. E le osservazioni della Terza Sezione, che pur condivide l'impianto di fondo della decisione delle Sezioni unite, sono proprio orientate a sciogliere tale dubbio.

Certo, non può escludersi che un atto illegale o illecito sia anche immorale, ma per affermarlo occorre una valutazione che lo accerti[47]. Al

---

[40] G. PANZA, *L'antinomia fra gli artt. 2033 e 2035 c.c. nel concorso fra illegalità ed immoralità del negozio*, cit., p. 1178.

[41] F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, cit., pp. 25 ss.; C. GRASSETTI, *Negozio collegato, negozio illegale e ripetibilità del pagamento*, cit., p. 156.

[42] D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, cit., pp. 82 ss.

[43] Di imprecisione terminologica discorre D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, cit., pp. 84-85.

[44] Ai fini dell'applicazione della *retentio*, la valutazione della contrarietà dello scopo al buon costume deve avvenire «su un piano diverso» rispetto a quello della qualificazione dell'oggetto o della causa secondo una delle tre «forme» dell'illiceità (contrarietà a norme imperative – all'ordine pubblico – al buon costume), così Cass., 18 giugno 1987, n. 5371, cit.; Cass., 7 luglio 1981, n. 4414, cit.

[45] Già A. TRABUCCHI, *Buon costume*, cit., p. 701, osservava come, nel caso di una sovrapposizione dell'immoralità all'illiceità/illegalità, le prestazioni eseguite dovessero essere assoggettate all'irripetibilità di cui all'art. 2035 c.c.

[46] Così Trib. Milano, 2 maggio 1949, cit.

[47] Osserva G. PASSAGNOLI, *Il contratto illecito*, in G. VETTORI (a cura di), II, *Regolamento*, in *Tratt. contr.* Roppo, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 437 e 491, come la contrapposizione illegalità/immoralità mantenga un significato operativo «al di là delle inevitabili aree di incertezza definitoria». Sull'inapplicabilità della regola *ex* art. 2035 c.c. alle fattispecie non immorali ma illecite per contrarietà a norme imperative cfr. A. ALBANESE, *Immoralità, illiceità e* soluti retentio, cit., pp. 871 ss.

cui esito soltanto potrà dirsi se l'atto sia contrario al buon costume e, dunque, se la prestazione sia irripetibile.

La evidente complessità del compito in tal modo affidato all'interprete alimenta la preoccupazione che tale valutazione possa determinare un'arbitraria estensione del giudizio di immoralità ai contratti 'semplicemente' illegali o vietati[48].

Ed infatti è sufficiente uno sguardo alle applicazioni giurisprudenziali per accorgersi che l'elasticità dei concetti, del cui apprezzamento restano sovrani gli interpreti, consente che in presenza di un contratto illegale qualora sia avvertita «l'esigenza di escludere la ripetizione, si dirà che c'è anche immoralità»[49].

L'art. 2035 c.c. conterrebbe "un invito" per la giurisprudenza «ad inquadrare una fattispecie nella illegalità o nella immoralità a seconda che si voglia o non si voglia tutelare il *solvens*», specialmente «valutando la sua eventuale posizione di supremazia psicologica nei confronti dell'*accipiens* come motivo per denegare la ripetizione»[50].

In tal senso, non mancano esempi significativi di situazioni nelle quali la giurisprudenza, al fine di negare la ripetizione[51], ha esteso la regola dell'irripetibilità a prestazioni illecite ma prive di concorrenti profili di immoralità[52].

---

[48] E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito,* cit., p. 383.

[49] Così U. BRECCIA, *Causa*, cit., p. 329. Di uso strumentale della norma discorre G. VILLA, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione*, cit., p. 23. Parla, invece, di «mancanza di chiarezza» D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, cit., pp. 84-85.

[50] F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2009, p. 803. Sulla tendenza della giurisprudenza ad allargare l'àmbito di applicazione dell'art. 2035 c.c., «avvalendosi dell'irripetibilità come di uno strumento per colpire il contraente che si trovi in posizione economicamente e/o psicologicamente dominante», v. E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito,* cit., pp. 383-384.

[51] Per Cass. Sez. un., 7 luglio 1981, n. 4414, in *Foro it.*, I, 1982, pp. 1679 ss., con nota di F. MACARIO, «la vera *ratio* dell'irripetibilità sancita dall'art. 2035 c.c. 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». Di guisa che «la sovrapposizione delle qualifiche giuridiche non implica assorbimento e l'atto rimane nella categoria degli atti contrari al buon costume, se può contemporaneamente essere considerato contrario all'ordine pubblico o alla legge. In altri termini, la contrarietà al buon costume è un *quid pluris* che si può aggiungere alla contrarietà alla legge (ed alla conseguente nullità) e non è affatto con essa incompatibile ma incide sugli effetti che dalla nullità conseguono, neutralizzando la facoltà di ripetizione».

[52] Sul punto v. G. VILLA, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione*, cit., p. 26 ss.; A. ALBANESE, *I contratti conclusi con professionisti non iscritti all'albo*, in *Contr. impr.*, 2006, p.

Così, è giunta a qualificare la contrarietà ai principi dell'ordine pubblico economico «quale esempio di violazione del buon costume»[53]. Sì da dar ragione a chi, già da tempo, sosteneva che con riguardo alla norma in esame, la giurisprudenza non distingue tra ordine pubblico e buon costume[54].

E proprio la progressiva compenetrazione dell'ordine pubblico con il buon costume[55] ha spinto a discorrere della morte di quest'ultimo[56]; ma, forse, la vera questione non è tanto la discussione intorno alla

---

226 ss.; L. TULLIO, *Le prestazioni indebite di fare tra nullità e irripetibilità*, cit., p. 105 ss.; F.P. PATTI, *Buon costume e scopo della norma violata: sull'ambito di applicazione dell'art. 2035 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 535, per il quale l'estensione dell'irripetibilità potrebbe «trarre ragione dalla «giuridicizzazione» del concetto di buon costume e dal progressivo assorbimento in quello di ordine pubblico».

[53] Così Cass., 5 agosto 2020, n. 16706, cit.; v. anche Cass., 21 aprile 2010, n. 9441, in *Giur. it.*, 2010, p. 2028, con nota di D. CARUSI, *Mandato illecito, "traffico d'influenza", divieto di ripetizione*; in *Giust. civ.*, 2011, pp. 186 ss., con nota di A.G. ANNUNZIATA, *La nozione di «buon costume» e applicabilità della* soluti retentio ex *art. 2035 c.c.*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 1154 ss., con nota di S. MASCIANGELO, *La contrarietà al buon costume di contratti illegali o vietati*, per la quale «è pacifico che il negozio *contra bonos mores* è sempre anche contrario all'ordine pubblico o a norme imperative e che può tuttavia non essere vero l'inverso».

[54] Lo sottolineava già P. RESCIGNO, «*In pari causa turpitudinis*», cit., pp. 30-31 La stessa giurisprudenza fornisce una definizione ampia del concetto di negozio contrario a buon costume che «si estende fino a comprendere i negozi contrari a quei principi ed esigenze etiche della coscienza morale collettiva che costituiscono la morale sociale, in quanto ad essi uniforma il proprio comportamento la generalità delle persone corrette, di buona fede e sani principi, in un determinato momento ed in dato ambiente», così Cass. Sez. un., 7 luglio 1981, n. 4414, in *Giust. civ.*, I, 1982, 2418. Secondo F.P. PATTI, *Buon costume e scopo della norma violata*, cit., pp. 526-527, questa lettura lascia intravedere la tendenza della giurisprudenza a «giuridicizzare» la valutazione del buon costume facendo riferimento a dati ordinamentali, quali le norme imperative. Osserva D. CARUSI, *Illiceità del contratto e restituzioni*, cit., p. 501, che «in epoca di consumismo globale e sfrenato […] non si commercia più – ai limiti della legalità – soltanto in sesso, ma nelle più svariate applicazioni mediatiche, e inoltre in organi umani, in gameti, in gravidanze e in bambini».

[55] Per G. PANZA, *L'antinomia fra gli artt. 2033 e 2035 c.c. nel concorso fra illegalità ed immoralità del negozio*, cit., p. 1214, il buon costume «è un limite logico» e «sul piano del giudizio di validità dell'atto di autonomia si risolve in un limite perfettamente coincidente con quello dell'ordine pubblico».

[56] Per S. PAGLIANTINI, Lex perfecta, *trionfo dell'ordine pubblico e morte presunta del buon costume*, cit., p. 680, «con un ordine pubblico che, moltiplicandosi, tutto tiene, siccome pure la valutazione del comportamento del *solvens* è destinato a cadere nella sua tela, un buon costume, che dovrebbe agglutinare le condotte più riprovevoli, diventa un orpello. La morte del buon costume è qui, diremmo, un fatto incontestabile».

sopravvivenza del buon costume rispetto all'ordine pubblico, posto che «il diritto non tollera la morale ma la *esige*», quanto di individuare, in presenza di un contratto illecito-immorale, il giusto rimedio[57].

Ciò è possibile in quanto si proceda a un confronto sistematico tra la *ratio* della norma violata e la *ratio* della regola che assiste la irripetibilità, da valutare alla luce delle peculiarità del caso concreto[58], sì da individuare il rimedio più adeguato al concreto assetto di interessi, garantendo la coerenza dell'ordinamento[59].

La irripetibilità sarà dunque ammessa all'esito di una valutazione basata proprio «sul confronto fra la ragion d'essere dei divieti giuridici di efficacia e di restituzione e i risultati incoerenti che possano derivarne»[60].

5. *La violazione di norme imperative e le diverse conseguenze ad essa ascrivibili. I risultati applicati al caso di specie: la nullità per difetto di forma non giustifica l'irripetibilità*

Le considerazioni sin qui svolte agevolano il ragionamento sulla questione oggetto del caso di specie, che ruota attorno alla nullità per violazione di una norma imperativa[61] derivante dall'inosservanza della

---

[57] G. PERLINGIERI, *In tema di ordine pubblico*, cit., p. 1428.

[58] È la conclusione cui perviene E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito,* cit., pp. 383-384. per il quale, anziché richiamare categorie o criteri di valutazione astratti o generici, appare necessario accertare caso per caso se al divieto di legge o alla violazione dell'ordine pubblico si accompagni un'effettiva offesa al buon costume o se invece, come accade molto frequentemente, vi sia soltanto l'inosservanza di un limite posto alla libertà contrattuale che non lede in alcun modo il principio.

[59] P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ*., 2011, pp. 3 ss., che avverte della necessità di ripensare il sistema rimediale «in prospettiva funzionale, alla luce dei princìpi di proporzionalità ed effettività, dei criteri di adeguatezza e ragionevolezza» nella piena consapevolezza che «non è l'interesse a strutturarsi intorno al rimedio, ma il rimedio a trovare modulazione in funzione degli interessi considerati dalla singola fattispecie concreta». Nella stessa prospettiva G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, si, Napoli, 2013, pp. 93 ss.

[60] U. BRECCIA, *Causa*, cit., p. 329.

[61] Sulla violazione di norme imperative e sulle diverse conseguenze, v., ampiamente, F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, cit., pp. 15 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 113 ss.; R. TOMMASINI, *Nullità, b) Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XXVIII (1978), pp. 878-879; R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, in *Legislazione economica (1978-1979*), Giuffrè, Milano, 1981, p. 313; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, pp. 435 ss.; A. GENTILI, *Le invalidità*,

forma *ad substantiam*[62] richiesta per la stipulazione dei contratti pubblici[63] – anche quando la P.A. agisca *iure privatorum* – e posta a presidio dei principi di imparzialità e buon andamento dell'attività dei soggetti pubblici[64].

Si tratta, cioè, di valutare se e come l'illiceità (*rectius*, illegalità) dell'atto di autonomia in contrasto con una norma imperativa, incida sulla (ir)ripetibilità della prestazione.

Che, a tal fine, occorra muovere dalla *ratio* della norma violata[65], ne è pienamente consapevole la Terza Sezione, là dove afferma che la causa della nullità del contratto non è neutra nella valutazione della fondatezza della pretesa all'indennizzo *ex* art. 2041 c.c.

Non può, infatti, prescindersi dall'individuazione dell'interesse tutelato dalla concreta fattispecie e per il suo tramite del valore che l'interprete, mediante un utilizzo flessibile degli strumenti offerti dal diritto positivo, deve tutelare e attuare[66].

---

in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, II, Utet, Torino, 1999, p. 1366; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 25 ss.; M. NUZZO, *Negozio giuridico,* IV, *Negozio illecito*, in *Enc. giur.*, XX (1990), p. 2; A. VILLELLA, *Le nullità virtuali*, in L. FERRONI (a cura di), *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 615 ss.; F. GALGANO, *Della nullità del contratto*, *Sub* artt. 1418-1420 c.c., in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1998, p. 126 ss.; D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, cit., pp. 77 ss.; M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale. Contributo allo studio della nullità*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 75 ss.; N. IRTI, *La nullità come sanzione*, in *Contr. impr.*, 1987, pp. 542 ss.; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., pp. 154 ss.; G. PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale. Una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Esi, Napoli, 2003; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, Napoli, 2003; G. PASSAGNOLI, *Il contratto illecito*, cit., pp. 511 ss.

[62] Cass., 5 luglio 2018, n. 17588, in *DeJure online*.

[63] Cfr. artt. 16 e 17, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440.

[64] Il principio appare consolidato v. Cass. Sez. un., 25 marzo 2022, n. 9775, che ha ribadito che «la *ratio* di tale principio – per cui i contratti conclusi dallo Stato e dagli enti locali richiedono, per l'appunto, la forma scritta a pena di nullità, con esclusione di qualsivoglia manifestazione di volontà implicita o desumibile da comportamenti meramente attuativi – trova fondamento nei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità della Pubblica Amministrazione di cui all'art. 97 Cost., nella misura in cui la forma scritta assolve la funzione di garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa, permettendo di identificare con precisione l'obbligazione assunta ed il contenuto negoziale dell'atto, così da renderlo controllabile da parte dell'autorità tutoria».

[65] G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 438.

[66] Così, quasi testualmente, S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., pp. 11-12; L. TULLIO, *Le prestazioni indebite di fare tra nullità e irripetibilità*, cit., p. 261.

A tal fine, occorre accostarsi alla formula negozio nullo con un approccio «non dogmatico e astorico», ma «problematico e attento a valutare» la conformità della stessa «alle esigenze giuridico-sociali»[67].

Un approccio, dunque, attento alla *interpretatio* che non si esaurisce in una «pretesa neutrale attività esegetica e di natura sillogistica» ma è teso ad «individuare la sfera di operatività della previsione e le sue conseguenze»[68].

Ora, che la contrarietà del negozio a norme imperative possa determinare effetti diversi a seconda della natura della norma violata è ampiamente riconosciuto. E pressoché unanime[69] è la distinzione[70] tra norme la cui violazione è qualificata in termini di illiceità[71] – all'interno della quale si staglia l'immoralità – e norme la cui inosservanza comporta illegalità[72]. Illecito è l'atto contrario a norma imperativa di tipo proibitivo[73],

---

[67] Cosí G. PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale,* cit., pp. 6-7.

[68] P. PERLINGIERI, *Forma e formalismo degli interpreti*, Esi, Napoli, 1987, p. 25.

[69] C'è chi però non condivide la distinzione. Per R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 2ª ed., Jovene, Napoli, 1969, pp. 372 ss., la nullità assume sempre lo stesso valore e sarebbe trascurabile la distinzione tra norme proibitive e ordinative, tutte equiparate nell'indurre la comune negazione di efficacia vincolante all'atto. Da qui la sostanziale identità del trattamento giuridico del negozio nullo in quanto illegale e del negozio nullo in quanto illecito. Anche F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., p. 271, afferma che «la nullità del contratto illecito non differisce dalla nullità per altra causa».

[70] E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 113 ss.; R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, cit., pp. 271 ss.; P. PERLINGIERI, *Forma e formalismo degli interpreti,* cit., p. 26; M. NUZZO, *Negozio giuridico*, cit., pp. 2 ss.; V. MARICONDA, *La nullità del contratto*, in *I contratti in generale*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, Utet, Torino, 1991, p. 372; U. BRECCIA, *Causa*, cit., pp. 113 e 127 ss.; F. CRISCUOLO, *La nullità del contratto tra ordine pubblico e disponibilità del diritto*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 368 ss.; G. PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale,* cit., p. 12; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative*, cit., p. 254. Sul punto v. anche G. D'AMICO, *Ordine pubblico e illiceità contrattuale*, in *Illiceità, immeritevolezza, nullità. Aspetti problematici dell'invalidità contrattuale* a cura di Di Marzio, Esi, Napoli, 2004, pp. 9 ss., spec. pp. 13 ss.

[71] Il codice identifica l'illiceità con la contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume. Pur non trattandosi di una vera definizione di illiceità ma piuttosto di una elencazione di ipotesi, l'elencazione ha valore normativo, giacché il concetto positivo di illiceità passa necessariamente per i tre termini dell'elencazione, così R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, cit., p. 320; V. MARICONDA, *La nullità del contratto*, cit., p. 380.

[72] Il contratto "illegale" è nullo solo di regola, ma non sempre, G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 439. Secondo V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 701, in caso di contrasto a norma imperativa la nullità può essere esclusa in base ad un criterio testuale, extratestuale o in ragione della disponibilità di un altro rimedio in grado di fronteggiare la sua contrarietà alla disposizione in modo più adeguato rispetto al regime della nullità.

all'ordine pubblico e al buon costume[74]; illegale è l'atto contrario ad una norma «sia pure imperativa» ma di carattere configurativo-ordinativo[75].

E altrettanto pacifica è l'affermazione che l'atto illecito è riprovato dal diritto per i «fini antisociali» che intende perseguire[76]; dunque il vizio attiene alla funzione[77] e non già alla struttura[78].

Tale distinzione, che intende penetrare nel "*proprium*" delle singole figure di invalidità[79], non deve però «essere ridotta ad un piano meramente descrittivo, né essere risolta […] in un'unica direzione»[80], ma dovrà tener conto della «pluralità anche qualitativa degli interessi coinvolti»[81].

---

[73] Sui caratteri delle norme proibitive, v. F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, cit., pp. 20 ss.; E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 372; R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, cit., pp. 279 ss. e 313 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 244 ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., pp. 25 ss.

[74] Sul rapporto tra norme imperative, ordine pubblico e buon costume, G. B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., pp. 160 ss.; M. NUZZO, *Negozio giuridico*, cit., pp. 5-6.; L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, cit., p. 53 ss.; E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2001, p. 586, per il quale la contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume si prospetta come un concetto unitario. Ordine pubblico e buon costume costituiscono il *plus* che si aggiunge alla cogenza della norma e fa considerare la norma stessa oltre che cogente anche imperativa.

[75] L'inosservanza dei limiti o l'inadempimento degli oneri prescritti dalla legge dà luogo al negozio illegale. A differenza dell'atto illecito dove c'è una valutazione «negativa (di riprovazione)» da parte dell'ordinamento, nel negozio illegale o irregolare la valutazione è «limitativa (di non conformità)» al tipo legale di negozio, delineato dalle norme imperative di tipo ordinativo, che esso assume di rispecchiare: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 114 ss.; M. NUZZO, *Negozio giuridico*, cit., p. 1.

[76] E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 114.

[77] L'essenza della illiceità va ravvisata in una deviazione della funzione normale del negozio, in una direzione anomala della volontà derivante dal fatto che una o più clausole o addirittura l'intero negozio sono volti a produrre un risultato non consentito da norme imperative, dall'ordine pubblico o dal buon costume, così F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., p. 230; M. NUZZO, *Negozio giuridico*, cit., p. 1.

[78] G. PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale,* cit., p. 14.

[79] M. NUZZO, *Negozio giuridico*, cit., p. 3.

[80] G. PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale,* cit., p. 12.

[81] G. PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale*, cit., p. 16; v. anche S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 162.

La diversa natura della norma violata e le diverse conseguenze ad essa ascrivibili non ne consentono una riconduzione ad unità[82], che anzi pretendono un diverso trattamento[83].

Per restringere il campo alla tutela restitutoria è sufficiente osservare che astrattamente sia l'atto illegale che l'atto illecito, tranne nelle ipotesi espressamente previste, legittimano la ripetizione della prestazione, mentre non così è, come si è visto, per l'atto immorale.

E di questa distinzione sembra rendersi conto la Terza Sezione là dove, nel tentativo di giustificare le affermazioni delle Sezioni unite che precludono l'esperibilità dell'azione restitutoria nelle ipotesi di contrarietà a norme imperative o all'ordine pubblico, afferma che tale limitazione «pare postulare la sussistenza di un ulteriore elemento, ossia un giudizio di disvalore, o di incompatibilità di fondo con l'ordinamento, circa la pretesa attorea avanzata *principaliter*, come ad es. nel caso in cui il contratto su cui essa sia strutturata sia affetto da causa illecita, o costituisca il mezzo per eludere una norma imperativa, o sussista un motivo illecito comune alle parti, secondo quanto previsto dagli artt. 1343-1345 c.c.».

La Terza Sezione sembra ben individuare, dunque, l'area della illiceità, suggerendo una risposta che porterebbe correttamente ad escludere da tale ambito la violazione del requisito formale[84]. Se non fosse che, ad un certo punto, si interroga se, in siffatti casi, riconoscere il rimedio restitutorio non valga a determinare «l'aggiramento di norme indisponibili, poste a tutela di interessi generali».

---

[82] P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., p. 26; G. PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale*, cit., p. 9.

[83] R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, cit., pp. 271 ss.; M. NUZZO, *Negozio giuridico*, cit., pp. 2 ss.; V. MARICONDA, *La nullità del contratto*, cit., p. 372; P. PERLINGIERI, *Forma e formalismo degli interpreti*, cit., pp. 26 ss.; D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, cit., pp. 79 ss.; L. DI BONA, *Le singole cause di nullità di diritto comune,* in L. FERRONI, *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, cit., p. 134; G. PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale,* cit., pp. 10 ss.; G. PASSAGNOLI, *Il contratto illecito*, cit., pp. 565-566.

[84] Nelle ipotesi in cui risultino violate «norme ordinative», ossia norme che stabiliscono i "requisiti" del contratto, quali la forma *ad substantiam*, l'inosservanza determina certamente l'invalidità dell'atto, ma senza che tale rimedio esprima – in questo caso – una riprovazione da parte dell'ordinamento (come avviene, invece, nelle ipotesi di illiceità), ma soltanto un giudizio di inidoneità a produrre gli effetti che l'ordinamento riconnette al tipo astratto di atto di cui non si è in concreto perfezionata la struttura giuridica, così G. D'AMICO, *Nullità non testuale*, in *Enc. dir., Annali*, IV, (2011), p. 803, nota 28.

In verità, le ipotesi nelle quali si è posto il problema di un possibile aggiramento concernono situazioni nelle quali il legislatore ha espressamente escluso il diritto alla prestazione[85] e che non riguardano la violazione della forma nei contratti pubblici.

Tale considerazione, di per sé già sufficiente ad escludere che dalla nullità per difetto di forma derivi l'irripetibilità, trova conferma in una valutazione che intenda verificare la coerenza degli esiti restitutori rispetto all'assetto di interessi protetti dalla legge mediante la previsione della nullità per l'inosservanza della forma *ab substantiam* dei contratti pubblici.

Se è vero che la previsione della forma scritta assolve una funzione di garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa, permettendo di identificare con precisione il contenuto del programma negoziale, è altrettanto vero che non può prescindersi da una valutazione in termini di coerenza e ragionevolezza delle conseguenze ascrivibili in caso di sua violazione.

Ora, la mancanza della forma legale dell'atto, pur essendo assistita dalla sanzione della nullità, non autorizza la conclusione che la prestazione sia irripetibile. E tale conclusione è perfettamente coerente proprio con quei principi che la previsione della forma vuole tutelare: quelli di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost., apparendo evidente «l'inconciliabilità tra la obbligatoria prestazione di un servizio non configurato come gratuito, per l'erogazione del quale l'ente pubblico territoriale affronti delle spese, e la esenzione di chi ne usufruisce da qualunque forma di contribuzione, giacché in tal modo si preclude alla pubblica amministrazione la possibilità di approvvigionarsi, nel rispetto della esigenza di pareggio del bilancio, delle somme necessarie per assicurare l'efficienza dell'attività cui è tenuta»[86].

[85] Il riferimento corre all'art. 2231 c.c. il quale esclude l'azione per ottenere il pagamento della retribuzione a chi ha eseguito una prestazione professionale in assenza di iscrizione ad un albo o elenco. Da tale disposizione se ne è fatta discendere anche la preclusione per il professionista ad agire con l'azione di arricchimento per non frustrare la *ratio* della norma di cui all'art. 2231 c.c., così P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori),* in *Tratt. dir. civ*., diretto da Sacco, II ed., Utet, Torino, 2008, p. 217; sulla stessa linea A. ALBANESE, *I contratti conclusi con professionisti non iscritti all'albo*, cit., pp. 230 ss.; ma, v. D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni,* cit., pp. 138 ss.; ampiamente L. TULLIO, *Le prestazioni indebite di fare tra nullità e irripetibilità*, cit., pp. 135 ss.

[86] Cass., 17 maggio 2004, n. 9336, in *DeJure online.*

Una diversa soluzione, oltre che in contrasto con i principi di cui all'art. 97 Cost., sarebbe irragionevole[87], giacché varrebbe a consentire al privato, che abbia goduto di un servizio per diversi anni, di respingere la richiesta di pagamento del corrispettivo eccependo la carenza del requisito di forma, arricchendosi a danno della collettività.

Per cui, ferma la nullità del contratto, in assenza di una disposizione che escluda la ripetibilità della prestazione[88], la prestazione eseguita *sine causa* deve essere ripetuta. E in tal senso appare orientata la giurisprudenza costante, richiamata anche in motivazione, la quale, in presenza di contratti della P.A. nulli per vizi formali, ammette l'azione di arricchimento[89], ritenendo necessaria, ai fini dell'eventuale applicazione dell'art. 2035 c.c., un'ulteriore ed autonoma valutazione della *causa* del negozio stesso, al fine di vagliarne la contrarietà o meno al buon costume[90].

---

[87] Che il canone di ragionevolezza costituisca il criterio fondamentale per l'individuazione del rimedio più adeguato è affermato da G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Esi, Napoli, 2015, p. 86; ID., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 732-733.

[88] Non mancano ipotesi, giustificate ora dall'esigenza di protezione di alcuni soggetti (art. 2126 c.c.; art. 2, comma 1, l. 18 giugno 1998, n. 192), ora da quella di sanzionare taluni comportamenti (art. 2231 c.c.; art. 66-*quinquies* c.cons), nelle quali le prestazioni eseguite in esecuzione di un contratto nullo non sono ripetibili.

[89] Cass., 26 novembre 1986, n. 6981, in *DeJure online*; Cass., 18 febbraio 2010, n. 3905, *ivi*; Cass., 9 aprile 2019, n. 9809, *ivi*; Cass., 2 dicembre 2022, n. 35480, *ivi*.

[90] È quanto affermato da Cass., 2 settembre 1998, n. 8722, in *DeJure online*, per la quale a tali principi nel caso di specie si è attenuta la Corte d'appello che ha «correttamente affermato che non assumeva decisiva rilevanza la nullità dei contratti di fornitura per difetto della forma scritta (necessaria in quanto si trattava di forniture ad una P.A.), ed ha quindi proceduto alla autonoma valutazione della pretesa causa turpe, escludendola, atteso che la prestazione (fornitura di materiali) non era volta a realizzare uno scopo immorale, bensì a soddisfare esigenze istituzionali dell'Assessorato forestale, che dei beni forniti si era giovato, utilizzandoli per opere di manutenzione di strade e sentieri».
Invece, una recentissima pronuncia (App. Lecce, decisa l'11 dicembre 2025, n. 135/2018 R.G., inedita), nel dichiarare la nullità del contratto di *advisoring* per mancanza della forma scritta, stipulato dalla banca OPI con il Comune di Taranto, ha ritenuto irripetibili le prestazioni eseguite ai sensi dell'art. 2035 c.c. Lo scopo immorale è stato individuato nell'obiettivo, che le parti avrebbero perseguito, ossia quello di aggravare la situazione debitoria del Comune al punto di procurarne eziologicamente il dissesto.

6. *La tutela restitutoria conseguente alla nullità del contratto. L'utilizzo improprio dell'azione di arricchimento*

Atteso che dalla declaratoria di nullità – che ristabilisce tra le parti, sul piano patrimoniale, lo *status quo ante* – discende l'obbligo di restituzione delle prestazioni eseguite, si apre l'ulteriore problema della individuazione del rimedio esperibile: se azione di ripetizione dell'indebito o azione di arricchimento senza causa.

Ora, che il regime delle restituzioni derivanti da nullità sia governato dall'azione di ripetizione d'indebito non pare possa essere messo in dubbio. In tal senso depone il chiaro richiamo dell'art. 1422 c.c., disciplinante l'imprescrittibilità dell'azione di nullità, agli effetti della prescrizione delle «azioni di ripetizione»[91].

D'altra parte, dottrina[92] e giurisprudenza[93] individuano nella ripetizione d'indebito il rimedio di carattere generale capace di regolare tutti i casi in cui si verifichi, per difetto originario o sopravvenuto della c.d. *causa solvendi*, uno spostamento patrimoniale ingiustificato. La «colorazione neutra»[94] che connota il rimedio fa dello stesso il baricentro[95] intorno al quale ruota il regime delle restituzioni a prescindere dalla causa dell'obbligazione restitutoria[96].

---

[91] Sul punto v. U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 232; A. BRUNI, *Contributo allo studio dei rapporti tra azioni di caducazione contrattuale e ripetizione di indebito*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, p. 178; D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, cit., p. 22; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, cit., p. 1066; G. PASSAGNOLI, *Invalidità del contratto e restituzioni*, in *Obbl. Contr.*, 2010, p. 647; E. BARGELLI, *Rimedi contrattuali e restituzioni*, in A.A.V.V., *Le azioni di restituzione da contratto*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 16.

[92] E. MOSCATI, *Studi sull'indebito e sull'arricchimento senza causa*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 203, ritiene che l'art. 2033 c.c. rappresenti l'estensione del non riprodotto art. 1237 c.c. del 1865 che recitava: «ogni pagamento presuppone un debito: ciò che è stato pagato senza essere dovuto, è ripetibile».

[93] Cass., 13 febbraio 2006, n. 3073, in *Contr.*, 2006, p. 861, con nota di U. CARNEVALI, *Risoluzione del contratto per inadempimento, restituzione del prezzo e rivalutazione monetaria*; Cass., 1° agosto 2008, n. 10498, in *DeJure online*; Cass., 15 aprile 2010, n. 9052, *ivi*; Cass., 7 febbraio 2011, n. 2956, *ivi*; Cass., 28 maggio 2013, n. 13207, *ivi*; Cass., 11 ottobre 2016, n. 20383, cit.

[94] U. BRECCIA, *Indebito (ripetizione dell')*, in *Enc. giur.*, XVI, (1989), p. 8, n. 5.1; E. MOSCATI, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2007, p. 438.

[95] Di «polo normativo», al quale farebbero capo tutte le pretese restitutorie, discorre U. BRECCIA, *Indebito (ripetizione dell')*, cit., p. 3.

[96] E ciò spiegherebbe perché la giurisprudenza ai fini della ripetizione dell'indebito ponga sullo stesso piano le ipotesi di mancanza originaria e di mancanza sopravvenuta della

Tali considerazioni sarebbero di per sé sufficienti a risolvere il quesito posto dall'ordinanza ed escludere, dunque, che in ipotesi di contratto nullo possa essere invocata l'azione di ingiustificato arricchimento di cui all'art. 2041 c.c. Tale conclusione può essere agevolmente supportata, seppur in via di estrema sintesi, da altre considerazioni.

L'azione di ingiustificato arricchimento, tradizionalmente intesa come norma di chiusura dell'ordinamento[97], ha natura sussidiaria[98] (art. 2042 c.c.) ed è azionabile unicamente là dove non si possa agire con altri strumenti[99], al fine di ristorare un impoverimento subìto senza giusta causa.

Sicché, stante la disponibilità di un rimedio tipico quale la ripetizione d'indebito, ragioni di coerenza sistematica impediscono il ricorso all'azione di arricchimento[100].

In tale direzione, appaiono condivisibili le precisazioni contenute nell'ordinanza interlocutoria della Terza Sezione, la quale, in linea con la dottrina quasi unanime[101], afferma che «considerazioni sistematiche pressoché scontate»[102] inducono a ritenere che chi agisca per ottenere il

causa solvendi. Per E. MOSCATI, *Studi sull'indebito e sull'arricchimento senza causa*, cit., p. 370, l'equiparazione tra mancanza originaria e mancanza sopravvenuta della *causa solvendi* è una conseguenza del principio di retroattività degli effetti della caducazione del contratto. «Laddove la caducazione del contratto ha efficacia retroattiva, non vi è ragione per distinguere tra mancanza originaria e mancanza sopravvenuta della «causa solvendi», tra restituzioni da fatti extracontrattuali e restituzioni da contratto. La disciplina è unitaria perché esiste un solo modello di obbligazione restitutoria: la ripetizione d'indebito».

[97] P. SCHLESINGER, *Arricchimento (Azione di)*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, (1958), p. 1007; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 706; L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 42.

[98] A. TRABUCCHI, *Arricchimento (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, III (1958), p. 74; D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, cit., pp. 357 ss.; P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., pp. 68 ss.; E. MOSCATI, *Studi sull'indebito e sull'arricchimento senza causa*, cit., pp. 313 ss., 401 ss.

[99] F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 707; P. PERLINGIERI e G. ROMANO, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 300.

[100] Sui rapporti tra ripetizione dell'indebito e ingiustificato arricchimento C. MENICHINO, *I rapporti tra ripetizione d'indebito e arricchimento senza causa,* in G. DE NOVA (a cura di), *Le restituzioni contrattuali*, Cedam, Padova, 2012, pp. 83 ss.

[101] U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., p. 232; *contra* G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 70-71, ritiene che l'art. 2033 c.c. «concerne la ripetizione di quanto sia stato indebitamente pagato da una persona ad un'altra, che non furono mai in rapporto fra di loro».

[102] Cass., 20 gennaio 2025, n. 1284, par. 4.4.

«riallineamento della posizione patrimoniale e la neutralizzazione degli effetti del contratto nullo» disponga, di regola, dell'azione di ripetizione di indebito, *ex* artt. 2033 ss. c.c., «che relega (anzi, mantiene) il rimedio di cui all'art. 2041 c.c. in posizione sussidiaria», dal che dovrebbe *de plano* inferirsene l'inammissibilità.

La precisazione appare rivolta alle Sezioni unite, le quali invece continuano a discorrere di arricchimento, il che sembra quantomeno singolare se si pone mente al fatto che lo fanno in una pronuncia che avrebbe dovuto fare chiarezza sul principio di sussidiarietà. Sicché, prosegue la Terza Sezione, mentre qualche dubbio può avanzarsi circa l'applicazione della disposizione alle prestazioni di fare[103], nessun dubbio può sussistere per la prestazione di dare, ancorché di cose fungibili, e per di più, continuata o periodica, come risulta inequivocabilmente nella specie, trattandosi di contratto di somministrazione di acqua.

Tuttavia, nonostante sia ben chiaro che le due azioni si diversifichino per natura e funzione[104] e nonostante il principio di sussidiarietà, in

---

[103] Tale affermazione evoca il tradizionale problema del regime restitutorio applicabile alle prestazioni di fare. Parte della dottrina muovendo dall'espressione «pagamento non dovuto», contenuta nella formulazione dell'art. 2033 c.c., ne circoscrive l'ambito applicativo alle (sole) prestazioni di dare, affidando la tutela delle prestazioni di fare alla diversa azione di arricchimento (P. RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. dig. it*., XV (1968), p. 1226; D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge,* cit., pp. 228 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 887). Si è però osservato che esigenze di coerenza sistematica pretendono di evitare una bipartizione della fonte e delle regole dell'obbligazione restitutoria fondata sulla natura della prestazione (U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., pp. 39 ss., spec. p. 43; P. SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 6, nt. 7; E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., p. 168; S. DELLE MONACHE, *Della irripetibilità delle prestazioni* «ob turpem causam», cit., p. 711; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 327; A. ALBANESE, *L'indebito oggettivo nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Corr. giur*., 2004, p. 1373-1374; P. SIRENA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., p. 503; L. TULLIO, *Le prestazioni indebite di fare tra nullità e irripetibilità*, cit., pp. 17 ss.; E. BARGELLI, *Introduzione*, cit., p. 9).

[104] Che le discipline dei due rimedi si diversifichino sul piano dei presupposti e delle restituzioni è sostenuto da E. MOSCATI, *Indebito* (*pagamento e ripetizione dell')*, in *Enc. dir*., XXI (1971), p. 95; U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., p. 493; A. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, Cedam, Padova, 2004, p. 45; L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., pp. 42 ss. L. TULLIO, *Le prestazioni indebite di fare tra nullità e irripetibilità*, cit., p. 194. Altra parte della dottrina ritiene, invece, che le due azioni rispondano al medesimo principio che vieta di arricchirsi senza causa a spese di un altro soggetto e che pertanto possano essere trattate in modo unitario; sul punto v. P. TRIMARCHI, *Arricchimento (azione di) (dir. civ.),* in *Enc. dir.*, III (1958), p. 27; P. RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebito*, cit., p. 1224; P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., pp. 22 ss., 128 ss.

giurisprudenza si registra la tendenza a ricorrere all'azione di ingiustificato arricchimento[105], ignorando però il dato positivo[106].

Che i due rimedi abbiano natura e funzioni diverse ne è consapevole la Terza Sezione che, dopo essersi interrogata sulle conseguenze restitutorie derivanti dalla declaratoria di nullità ed aver individuato (correttamente) nella ripetizione di indebito il rimedio restitutorio generale, afferma che «l'alternativa tra rimedio restitutorio "puro" e quello dell'arricchimento ingiustificato si pone a fronte di una omissione principalmente imputabile all'ente pubblico». In altre parole, la Corte con una evidente forzatura prova a giustificare una possibile applicazione dell'art. 2041 c.c. assegnando alla norma una funzione 'punitiva' nei confronti del contraente (nel caso di specie la P.A) che, proprio per il ruolo rivestito, avrebbe dovuto attivarsi per la stipula di un contratto rispettoso del requisito della forma[107].

Ma non pare che il criterio discretivo tra azione di arricchimento senza causa e ripetizione dell'indebito possa fondarsi su tali basi, perché non è quella 'punitiva' la funzione assegnata al rimedio.

---

[105] Per P. GALLO, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento: il punto delle Sezioni unite*, cit., p. 535, la scelta della giurisprudenza di optare per l'azione di arricchimento troverebbe la sua ragione nel fatto che agendo in arricchimento è possibile ottenere, in ogni caso, l'equivalente pecuniario della prestazione eseguita e non la sua restituzione in natura come accadrebbe nel caso di applicazione dell'indebito. Osserva, invece, L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali,* cit., p. 45, che «la giurisprudenza ha colmato quel vuoto rappresentato dalla mancanza di una regola generale sulle modalità di conversione in moneta di prestazioni non restituibili in natura, riconducendo il problema delle restituzioni imperfette sotto il manto dell'azione di arricchimento».

[106] Lo rilevano D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, cit., p. 60; L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., pp. 44 ss.; P. GALLO, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento: il punto delle Sezioni unite*, cit., p. 535.

[107] Ma la giurisprudenza in tali circostanze esclude anche la responsabilità *ex* art. 1337 c.c. Se la causa di invalidità del negozio deriva da una norma imperativa o proibitiva di legge, o da altre norme aventi efficacia di diritto obiettivo, tali – cioè – da dover essere note per presunzione assoluta alla generalità dei cittadini e – comunque – tali che la loro ignoranza bene avrebbe potuto o dovuto essere superata attraverso un comportamento di normale diligenza, non si può configurare colpa a carico dell'altro contraente, che abbia omesso di far rilevare alla controparte l'esistenza delle norme stesse. Alla stregua di tale principio, qualora detta responsabilità venga invocata verso una P.A., in relazione ad una causa di invalidità per difetto di forma scritta *ad substantiam,* deve escludersi la configurabilità della mala fede della P.A. ai fini della sussistenza di detta responsabilità. Così Cass., 2 marzo 2006, n. 4635, in *DeJure online;* App. Milano, 19 maggio 2025, n. 1394, *ivi.*

7. Conclusioni

Alla luce dei rilievi sinora svolti, si avverte il disagio dell'ordinanza commentata, la quale, seppur dichiari di condividere l'impianto delle Sezioni unite, sembra in realtà discostarsene. Ed i quesiti per come formulati intendono sollecitare una riflessione che trova già le risposte all'interno della motivazione. La sensazione che se ne trae è che la stessa avrebbe potuto agevolmente risolvere la questione posta alla sua attenzione.

Ed invero, dopo aver ben individuato l'area della violazione del requisito di forma (illegalità) distinguendola dalla illiceità e aver ben precisato le differenze tra azione di ripetizione e arricchimento senza causa, non avrebbe avuto ostacoli a decidere. Ma, forse, ha voluto cogliere l'occasione per sollecitare un intervento chiarificatore alle Sezioni unite, invitandole a riflettere sugli effetti dirompenti di un principio che escluda la tutela restitutoria in tutte le ipotesi di contrarietà a norme imperative e all'ordine pubblico, senza un'adeguata valutazione del concreto assetto di interessi e senza tener conto delle conseguenze irragionevoli che possono derivarne[108].

[108] Per un'applicazione del principio v. App. Milano, 19 maggio 2025, n. 1394, cit.