

ELENA BARGELLI
Prof. ass. dell'Università di Pisa

« SINALLAGMA ROVESCiato »
E RIPETIZIONE DELL'INDEBITO (*).
L'IMPOSSIBILITÀ DELLA *RESTITUTIO IN INTEGRUM*
NELLA PRASSI GIURISPRUDENZIALE

SOMMARIO: I. L'impostazione doppiamente unitaria del sistema italiano delle restituzioni. — 1. La disciplina delle restituzioni fra diritto dei contratti ed altri atti o fatti. — 2. L'autonomia del problema del « sinallagma rovesciato ». — 3. *Segue*: la questione dell'impossibilità della restituzione in natura ed i modelli di soluzione astrattamente prospettabili. — 4. *A*) L'esclusione del rimedio. — 4. *B*) La regola « *mortuus redhibetur* ». — 4. *C*) Il principio « *pacta sunt servanda* ». — 4. *D*) L'equivalente pecuniario in luogo della prestazione originaria. — 5. Prime conclusioni. — 6. Le risposte offerte dalla disciplina dell'indebitato (artt. 2037 e 2038 c.c.). — 7. Le riflessioni della letteratura italiana. L'approccio della giurisprudenza: uno sguardo alle massime. — II. Le questioni e le soluzioni effettivamente praticate. — 8. La sopravvenuta impossibilità di restituire una cosa determinata. — 9. L'intrinseca impossibilità di restituire una prestazione di fare o di lasciar godere. — 10. Il quadro del diritto applicato: qualche considerazione di insieme.

I. — 1. — Nel codice italiano non si trova — com'è noto — una regolamentazione generale ed organica dettata specificamente per gli obblighi restitutori conseguenti ad un contratto nato o divenuto inefficace, ma in tutto o in parte eseguito. Sporadiche disposizioni situate nella parte generale del contratto si limitano a prevedere, per un verso, gli effetti dell'annullamento (art. 1445 c.c.), della risoluzione per inadempimento (art. 1458 c.c.) e della rescissione (art. 1452 c.c.) nei confronti dei terzi subacquirenti; per un altro verso, la retroattività dell'operare della condizione e della risoluzione per inadempimento nei contratti ad esecuzione istantanea o differita, nonché la regola contraria in quelli ad esecuzione continuata o periodica (rispettivamente art. 1360 c.c. e art. 1458, comma 1°). Anche alcune norme sparse nella disciplina dei singoli contratti fanno riferimento alla fase postcontrattuale ⁽¹⁾. Fra que-

(*) Benché incentrato sull'analisi del diritto italiano — e dedichi una particolare attenzione agli orientamenti della giurisprudenza — il presente scritto non potrebbe essere stato pensato ed impostato senza le letture che ho avuto a disposizione nella biblioteca del Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht di Amburgo (Germania). Desidero ringraziare, in particolare, il Prof. R. Zimmermann ed i dr. Sonja Meier e Phillip Hellwege per la disponibilità al dialogo e per i preziosi suggerimenti.

⁽¹⁾ Per esempio, in caso di annullamento del contratto di assicurazione per le dichiarazioni inesatte e le reticenze dell'assicurato che abbia agito con dolo o colpa grave, l'art. 1392, comma 3°, c.c. dà diritto all'assicuratore di trattenere i premi relativi al periodo di assicurazione in corso al momento in cui ha domandato l'annullamento.

ste hanno costituito oggetto di particolare attenzione — soprattutto da parte della dottrina — le disposizioni dettate in materia di compravendita (quella relativa agli obblighi restitutori conseguenti alla risoluzione della vendita di cosa altrui [2] e quella che regola la distribuzione del rischio fra le parti in caso di perimento del bene affetto da vizi coperti dalla garanzia [3]); a queste si affiancano ora, nel codice del consumo, le norme che disciplinano gli effetti dell'esercizio del recesso (4). Fra i tipi contrattuali da cui derivano prestazioni di fare si segnalano, in via esemplare, sia la norma che, in materia di lavoro subordinato, salva il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione dagli effetti della nullità e dell'annullamento (art. 2126 c.c.) (5), sia quella — di segno opposto — che nega l'azione per il pagamento della retribuzione a chi ha eseguito una prestazione professionale condizionata all'iscrizione ad un albo o ad un elenco senza esservi iscritto (art. 2231 c.c.).

Le disposizioni contenute nella disciplina del contratto in generale o dettate a proposito dei singoli contratti forniscono tuttavia indicazioni parziali, di non incontrovertito ed immediato significato sistematico.

Alla scarsità ed alla disorganicità dei punti di riferimento nella disciplina del contratto e dei singoli tipi fa da contrappunto l'analitica regolamentazione degli obblighi restitutori nelle disposizioni sulla ripetizione dell'indebitto (artt. 2033 ss. c.c.): cui si accompagna la tradizionale e tuttora diffusa convinzione che esse siano chiamate a governare anche la fase postcontrattuale. Poiché infatti l'unico presupposto dell'indebitto oggettivo è la non doverosità (giuridica) dell'obbligo che è stato adempiuto, a larga parte della dottrina ne è apparsa logica l'applicabilità a tutti i casi in cui il contratto è fin dall'inizio privo di effetti (come nel caso della nullità e della condizione sospensiva non avveratasi) oppure li perde retroattivamente (6) (come nell'annullamento, nella rescissione, nella risoluzione, nel recesso, nell'avverarsi di una condizione risolutiva) (7).

(2) Art. 1479, comma 2°, c.c.

(3) Art. 1492, comma 3°, c.c.

(4) Artt. 48, 55, 64 ss. c.cons.

(5) Sull'applicazione di questa regola anche al lavoro di fatto svolto presso una pubblica amministrazione cfr. M. DE LUCA, *Rapporto di lavoro di fatto alle dipendenze di amministrazioni pubbliche*, in *F. it.*, 2007, V, c. 57.

(6) Cfr. *infra*, § 7.

(7) La dottrina non si nasconde la problematicità del rinvio all'istituto della ripetizione dell'indebitto a proposito delle figure legali in cui il difetto di fondamento della *solutio* opera in via retroattiva: le posizioni, infatti, non sono sul punto unanimi (cfr. *infra*, § 7). Per un'analitica riflessione sul punto si veda, per tutti, U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebitto*, Milano 1974, p. 240 ss. È peraltro opportuno premettere che, nelle pagine che seguono, si presenteranno i possibili modelli di soluzione del problema delle restituzioni contrattuali senza approfondire la questione della possibile distinzione fra le figure di inefficacia originaria e successiva: in questa sede, infatti, preme soprattutto prospettare astratte ipotesi di soluzione e sottolinearne le conseguenze sotto il profilo della distribuzione fra le parti delle perdite e dei benefici derivanti dall'esecuzione del contratto.

Questa convinzione, invero, non si fonda tanto sulla lettera delle norme citate, la cui formulazione generale ed astratta non dà indicazioni sul contesto in cui la prestazione non dovuta è stata eseguita. Una conferma testuale la si può trovare piuttosto in due disposizioni previste nella disciplina generale del contratto: l'art. 1422 c.c. (in tema di nullità) e l'art. 1463 c.c. (in materia di risoluzione per impossibilità sopravvenuta), le quali fanno esplicitamente rinvio alle regole sulla ripetizione dell'indebito.

Alla luce di questa premessa dovrebbe dunque concludersi che, nella materia delle prestazioni effettuate indebitamente, il sistema italiano segua un'impostazione unitaria ⁽⁸⁾: sotto un duplice punto di vista. Se infatti si muove dall'idea che la disciplina delle restituzioni trovi un'unica sede negli artt. 2033 ss. c.c., essa si applicherà qualunque sia l'origine dell'indebito; ed opererà poi, all'interno delle patologie contrattuali, qualunque sia la causa — originaria o successiva — che ha portato alla dissoluzione del contratto.

Mentre l'impostazione unitaria appena descritta mantiene il codice italiano vicino al modello francese ⁽⁹⁾, parrebbe invece netta la differenza rispetto a quello tedesco: almeno a giudicare dalla sistematica del BGB. Esso articola infatti in due diverse sedi la disciplina degli obblighi restitutori: quella, generale, dell'ingiustificato arricchimento (*Bereicherungsrecht*) e quella, più circoscritta, della risoluzione (*Rücktritt*) ⁽¹⁰⁾ e del recesso (*Widerruf*) dai contratti

⁽⁸⁾ Sotto altro profilo — quello, cioè, dei rapporti con l'arricchimento ingiustificato — il sistema italiano, com'è noto, suole essere inquadrato fra quelli caratterizzati da un doppio binario (ripetizione dell'indebito-arricchimento ingiustificato), laddove invece il codice tedesco e quello svizzero sono ispirati ad un modello unitario, avendo accolto una fattispecie unica di ingiustificato arricchimento: sul punto cfr. per esempio B. KUPISCH, *Ripetizione dell'indebito e azione generale di arricchimento. Riflessioni in tema di armonizzazione delle legislazioni*, in *Europ. d. priv.*, 2003, p. 857 ss.; sull'inquadramento del sistema italiano delle restituzioni nel contesto dei diversi modelli europei cfr. di recente A. ALBANESE, *Il rapporto tra restituzioni e arricchimento ingiustificato dall'esperienza italiana a quella europea*, in *Contratto e impr./Europ.*, 2006, p. 922 ss.

⁽⁹⁾ Cfr. artt. 1376 ss. cod. fr. (*répétition de l'indu*), inseriti nel capitolo intitolato ai quasi-contratti (cfr. anche artt. 1145 ss. codice civile italiano del 1865). Nonostante il mutamento della collocazione sistematica dell'indebito, la sua parziale riformulazione (sul punto cfr., per tutti, U. BRECCIA, *Il pagamento dell'indebito*, in *La gestione di affari. Il pagamento dell'indebito. L'arricchimento senza causa*, in *Tratt. Rescigno*, 9, Torino 1984, p. 757 ss.) e la codificazione dell'istituto dell'ingiustificato arricchimento, il codice civile del 1942 resta vicino alla matrice francese. Sul processo di unificazione e di semplificazione delle svariate *condictiones* classiche che ha dato origine alla disciplina del pagamento dell'indebito nei codici moderni e sulle caratteristiche di fondo del sistema italiano e di quello francese cfr., per tutti, W. FLUME, *Studien zur Lehre der ungerechtfertigten Bereicherung*, Tübingen 2003, spec. p. 52 ss.

⁽¹⁰⁾ L'istituto non coincide perfettamente con la risoluzione per inadempimento così come si configura nella nostra tradizione, in quanto, fra l'altro, non richiede l'intermediazione giudiziale, ma la sola dichiarazione di volontà della parte legittimata a sciogliere il vincolo contrattuale: da qui la proposta di tradurre il termine *Rücktritt* con l'espressione « risoluzione per via di recesso » (sul punto cfr. A. DI MAIO, *Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello Schuldrecht: al di là dell'inadempimento colpevole*, in *Europ. d. priv.*, 2004, p. 13 ss.).

con i consumatori ⁽¹¹⁾. Si delinea così un doppio regime delle restituzioni contrattuali, diversificato a seconda della fonte che ha dato luogo all'inefficacia del vincolo: se il contratto è affetto da invalidità si applica il *Bereicherungsrecht*; se il contratto viene invece risolto operano regole *ad hoc* ⁽¹²⁾.

Nonostante l'esistenza di una disciplina appositamente pensata per il caso del venir meno di un vincolo contrattuale, il sistema tedesco delle restituzioni ha dato luogo, tuttavia, a complicati problemi interpretativi ⁽¹³⁾. Da una parte, infatti, la regola generale che, in materia di arricchimento senza causa, subordina la responsabilità dell'*accipiens* all'arricchimento residuo (§ 818, comma 3°, BGB) ⁽¹⁴⁾ si è rivelata inadatta a far fronte al problema dell'esecuzione bilaterale di un contratto nullo o annullato: tanto da richiedere in via interpretativa correttivi ed adattamenti ⁽¹⁵⁾. Dall'altra parte, la stessa duplici-

⁽¹¹⁾ Rispettivamente §§ 346 e 357 BGB.

⁽¹²⁾ La giustificazione dogmatica di questo doppio regime, com'è noto, risiede nel fatto che, mentre il *Rücktritt* trasforma il contratto in un « *Rückgewährschuldverhältnis* » — e dunque non ne elimina *ex tunc* gli effetti — (cfr. D. KAISER, *sub* § 346, in *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - §§ 328-359*, Berlin 2004, p. 464), gli altri rimedi, attenendo ad un vizio dell'atto, conducono alla stessa situazione che si sarebbe avuta se il contratto non fosse mai venuto ad esistenza e, pertanto, comportano l'inesistenza del fondamento giuridico dell'attribuzione patrimoniale effettuata: da qui l'applicazione, nel primo caso, di uno statuto restitutorio *sui generis* e, nel secondo, della disciplina dell'ingiustificato arricchimento (R. ZIMMERMANN, *Restitution after Termination for Breach of Contract: German Law after the Reform 2002*, in *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks*, a cura di A. Burrows e Lord Rodger of Earlsferry, Oxford 2006, p. 326 s.).

⁽¹³⁾ Per una sintesi si veda, nella letteratura italiana, A. DI MAJO, *Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello Schuldrecht: al di là dell'inadempimento colpevole*, cit., spec. p. 18 ss.

⁽¹⁴⁾ « *Die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz des Wertes ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist* ».

⁽¹⁵⁾ La regola generale che limita la responsabilità dell'*accipiens* all'arricchimento residuo, se applicata senza correttivi ad un contratto di vendita o di permuta, significherebbe far gravare in ogni caso sull'acquirente il rischio del perimento del bene. La difficoltà posta dal dettato normativo e l'esigenza di circoscrivere la sua operatività hanno impegnato la dottrina e la giurisprudenza tedesca in un acceso dibattito che dura fino ad oggi: ne è scaturita una produzione letteraria di ingenti proporzioni, che supera persino l'importanza pratica della questione. Poiché una citazione completa ed esauriente di questa letteratura esorbita dalle finalità del presente contributo, è opportuno limitarsi ad alcuni riferimenti essenziali: per un'analisi storica e comparatistica della questione e per l'originalità della soluzione escogitata è fondamentale la lettura di W. FLUME, *Studien zur Lehre der ungerechtfertigten Bereicherung*, cit., p. 1 ss.; per l'importanza storica della ricostruzione proposta si segnala altresì il saggio di H.G. LESER, *Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma. Ein Beitrag zur Lehre vom Wegfall der Bereicherung*, Freiburg 1956, p. 2 ss.; per una sintesi della discussione ed una ricostruzione ordinata dell'evoluzione della giurisprudenza v. D. KÖNIG, *Ungerechtfertigte Bereicherung. Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht*, Heidelberg 1985, spec. p. 83 ss. e J. KOHLER, *Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge*, Köln-Berlin-Bonn-München 1989. Anche le monografie più recenti tornano ad affrontare il tema: ripercorrendo analiticamente le fasi principali del dibattito ed aggiornandolo alla luce del diritto europeo (P. HELLWEGE, *Die Rücka-*

tà della disciplina degli obblighi restitutori e, soprattutto, l'inadeguatezza delle regole specificamente dettate a proposito degli effetti della risoluzione ⁽¹⁶⁾ hanno dato filo da torcere agli interpreti fin dal momento dell'entrata in vigore del BGB ⁽¹⁷⁾. Vero che, in quel sistema, le maggiori aporie e difficoltà applicative sono state ora eliminate o attenuate dalla riforma del diritto delle obbligazioni del 2002, che ha riformulato la disciplina degli effetti della risoluzione e modificato i criteri di ripartizione del rischio dell'impossibilità di restituire la prestazione effettuata ⁽¹⁸⁾. Ciò nondimeno, l'articolazione degli obblighi restitutori in due diverse sedi è stata da questa riforma ribadita e ulteriormente perfezionata ⁽¹⁹⁾.

Il confronto con il sistema tedesco e con i tanti problemi interpretativi da

bwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem, Tübingen 2004; C. COEN, *Vertragsscheitern und Rückabwicklung*, Berlin 2003; D.F. BERG, *Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge im spanischen und deutschen Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Einheitsrechts*, Peter Lang, 2001; R. HORNUNG, *Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge nach französischem, deutschem und nach Einheitsrecht*, Baden-Baden 1998).

⁽¹⁶⁾ Si vedano i vecchi §§ 350 e 351 BGB: la prima disposizione affermava che il perimento fortuito del bene ricevuto da chi era legittimato a sciogliere il contratto non escludeva il *Rücktritt*: se ne deduceva che il rischio dovesse gravare sul venditore, tenuto alla restituzione del prezzo; la seconda precisava che il diritto di sciogliere il contratto era invece precluso quando fosse stato lo stesso legittimato a causare il sostanziale deterioramento, la distruzione o comunque l'impossibilità della restituzione del bene ricevuto. Questa disciplina era considerata « *one of the most unsatisfactory parts of the German Law of Obligations* », tanto da dar luogo « *to an almost impenetrable jungle of disputes* »: cfr. R. ZIMMERMANN, *Restitution after Termination for Breach of Contract: German Law after the Reform 2002*, cit., p. 323.

⁽¹⁷⁾ L'opinione prevalente era in larga misura critica verso la formulazione dell'originario § 350 BGB (per una sintesi cfr., nella letteratura più recente, R. HORNUNG, *Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge nach französischem, deutschem und nach Einheitsrecht*, cit., p. 353 ss.; D. KAISER, *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB. Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht*, Tübingen 2000), salvo rare voci contrarie (J. KOHLER, *Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austaschverträge*, cit., p. 339 ss.).

⁽¹⁸⁾ La riforma ha introdotto novità sostanziali nella disciplina del *Rücktritt*: ci si limiterà a citare quelle più significative, scelte fra le maggiormente attinenti alla questione accennata nel testo. In particolare essa ha, per un verso, eliminato la disposizione che escludeva la risoluzione in caso di perimento del bene imputabile a responsabilità dell'acquirente (il vecchio § 351 BGB); ed ha, per un altro verso, esplicitamente previsto la regola che, in caso di impossibilità di restituire in natura o nella sua esatta consistenza la prestazione effettuata, impone all'*accipiens* di pagare il valore (*Wertersatz*) (cfr. il nuovo § 346, comma 2°, BGB, nn. 1-3). Su questi ed altri aspetti di differenziazione fra la disciplina originaria e quella più recente cfr. F. FAUST, in P. HUBER-F. FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung. Einführung in das neue Recht*, München 2002, p. 238 ss.; R. ZIMMERMANN, *Restitution after Termination for Breach of Contract*, cit., p. 327 ss. Fra le indagini monografiche più recenti che hanno focalizzato l'attenzione sull'analisi del passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina del *Rücktritt* basti segnalare E. KASTRISSIOS, *Schadenszurechnung bei Rückabwicklungsstörungen in gegenseitigen Austauschverträgen*, Bielefeld 2004, p. 1 ss.

⁽¹⁹⁾ Cfr. R. ZIMMERMANN, *Restitution after Termination for Breach*, cit., p. 338 ss.

esso derivati potrebbe indurre a valutare positivamente l'impostazione unitaria del codice italiano ⁽²⁰⁾.

Tuttavia la linearità del sistema italiano fin qui prospettata è solo apparente. Poiché, infatti, le regole sulla ripetizione dell'indebitto dettate dal codice civile sono modellate sull'ipotesi di una « isolata » prestazione non dovuta ⁽²¹⁾, si pongono immediatamente due ordini di questioni. Occorre innanzitutto chiedersi se l'esecuzione di un contratto — in particolare: con prestazioni corrispettive — che sia fin dall'origine inefficace o che lo sia divenuto successivamente presenti problemi specifici, destinati a non coincidere perfettamente con quelli derivanti dall'isolato pagamento di un indebitto e risolti dagli artt. 2033 ss. c.c.; e, una volta data risposta positiva a questa prima questione, se queste disposizioni si prestino comunque ad offrire soluzioni adeguate.

2. — La risposta al primo dei due interrogativi — se, cioè, l'esecuzione di un contratto a prestazioni corrispettive, nato o divenuto inefficace, debba essere trattato come l'isolato pagamento di un indebitto — va innanzitutto articolata a seconda che le prestazioni eseguite possano o meno essere restituite nello stesso stato in cui sono state effettuate.

Se le obbligazioni corrispettive siano state adempiute da ambo i lati e sono integralmente ed esattamente ripetibili, la *restitutio in integrum* è garantita. In questo caso si potrà porre un'esigenza strutturalmente estranea al caso del pagamento unilaterale dell'indebitto: quella, cioè, di poter rifiutare di restituire la prestazione ricevuta se l'altra parte a sua volta non restituisce la controprestazione. Sorge quindi l'interrogativo se, in sede restitutoria, sia prospettabile un meccanismo analogo a quello previsto dall'art. 1460 c.c. a proposito dell'esecuzione del contratto con prestazioni corrispettive ⁽²²⁾: ma que-

⁽²⁰⁾ Una parte della dottrina tedesca sostiene infatti con forza la necessità di impostare in termini unitari il problema delle restituzioni contrattuali: cfr. R. ZIMMERMANN, *Restitutio in integrum. Die Rückabwicklung fehlgeschlagener Verträge nach den Principles of European Contract Law, den UNIDROIT Principles und dem Avant - Project eines Code Européen des Contrats*, in *Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer*, a cura di H. Honsell-R. Zäch-F. Hasenböhler-F. Harrer-R. Rhinow, Basel-Genf-München 2004, p. 735 ss.; P. HELLWEGE, *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem*, cit.

⁽²¹⁾ Gli inconvenienti che derivano dall'indifferenza della disciplina legale per la corrispettività delle prestazioni eseguite sono esemplarmente sintetizzati da P. RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebitto*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino 1968, XV, p. 1234 s.

⁽²²⁾ Sul tema si pone da tempo l'attenzione della dottrina anche italiana: si veda per esempio G. SROLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova 1961 (rist.), p. 71, il quale, a proposito delle restituzioni che scaturiscono da un contratto nullo, richiama la regola dell'interdipendenza prevista per la fase dell'esecuzione (art. 2126 c.c. 1865); cfr. inoltre U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebitto*, cit., p. 236; fra i più recenti interventi sulla questione si veda da ultimo, cfr. D. MAFFEIS, *Responsabilità medica e restituzione del compenso: precisazioni in tema di restituzioni contrattuali*, in *Resp. civ.*, 2004, p. 1121 ss., il quale nega che nel nostro sistema viga la regola della sinallagmaticità delle prestazioni restitutorie e ne afferma l'indipendenza l'una dall'altra.

sto problema può essere solo accennato in questa sede. Nelle pagine che seguono si concentrerà infatti l'attenzione sull'ipotesi in cui una delle due prestazioni non può essere restituita in natura: del tutto, in parte, o nella sua integrale ed originaria consistenza. Si farà riferimento, in particolare, a due situazioni: all'esecuzione di una prestazione strutturalmente irripetibile (un'obbligazione di fare o di lasciar godere); all'impossibilità di restituire un bene determinato per il sopravvenire di circostanze che rendano totalmente o parzialmente irreversibile lo stato di fatto preesistente alla consegna: circostanze materiali — il perimento, l'uso, la consumazione, il deterioramento, la trasformazione — o eventi di tipo giuridico: come l'espropriazione, la sopravvenuta incommerciabilità o il mutamento della destinazione giuridica della stessa cosa ⁽²³⁾.

Se le prestazioni non dovute sono state eseguite in attuazione di uno scambio, gli eventi appena citati turbano la possibilità di ristabilire la situazione di fatto preesistente all'esecuzione del contratto ed interferiscono sull'equilibrio fra le due sfere patrimoniali: a differenza del semplice pagamento dell'indebitato, nel caso in esame il problema non si esaurisce nel determinare se l'*accipiens* sia o meno debitore di una prestazione restitutoria (sostitutiva di quella divenuta impossibile), ma coinvolge anche la sorte della controprestazione restitutoria rimasta possibile.

Le soluzioni astrattamente prospettabili sono molteplici e di segno opposto l'una rispetto all'altra: conviene enunciarle sinteticamente, senza tentare di approfondire, in questa sede, il problema della loro compatibilità con il sistema italiano o la eventuale loro operatività al di là del settore nel quale esse sono eventualmente state previste.

4. — A) Una prima, radicale soluzione imporrebbe di negare al possessore del bene deteriorato, trasformato o perito la stessa possibilità di avvalersi del rimedio contrattuale, con la conseguenza di far gravare la perdita su di lui. Si colloca in questa prospettiva la regola del codice civile italiano che esclude la risoluzione della compravendita per vizi quando la cosa consegnata perisce anche per un evento fortuito ⁽²⁴⁾: salvo concederla invece quando il

⁽²³⁾ Si tralascerà di trattare il caso dell'alienazione, che non sempre comporta l'impossibilità di recuperare la *res*, e che fa sorgere complesse questioni ricostruttive sulle quali non è possibile soffermarsi in questa sede: si rinvia, sul tema, a A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano 1998, p. 86 ss.

⁽²⁴⁾ Si veda l'art. 1492, comma 3°, c.c. I vizi a cui fa riferimento questa disposizione sono quelli che costituiscono oggetto della garanzia posta a carico del venditore, ai sensi dell'art. 1490 c.c. Per qualche cenno all'*iter* che condusse alla definitiva approvazione della regola in questione e sulla giustificazione richiamata nella relazione del Guardasigilli cfr. G. LUZZATTO, *La compravendita*, ed. postuma a cura di G. Persico, Torino 1961, p. 252 s. La norma fa riferimento al solo perimento del bene, ma è diffusa l'opinione che ne estende l'operatività a tutti i casi di impossibilità di restituzione della cosa (smarrimento, espropriazione, sopravvenuta incommerciabilità): cfr. G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Com-*

perimento sia una conseguenza dei vizi stessi ⁽²⁵⁾. In termini ancora più netti e generali l'idea che l'impossibilità della *restitutio in integrum* escluda la stessa esperibilità del rimedio si rinviene nel codice del consumo italiano, là dove, con riferimento alla vendita, pone la sostanziale integrità dei beni consegnati quale condizione essenziale per l'esercizio del diritto di recesso attribuito al consumatore-acquirente: anche se — si precisa — basta a tal fine la restituzione in un normale stato di conservazione (dopo una custodia ed eventualmente un uso diligente) ⁽²⁶⁾.

L'esclusione del rimedio è poi prevista dalla Convenzione di Vienna sulla vendita dei beni mobili, che subordina la risoluzione per inadempimento al

mentario del codice civile, Torino 1991, 3ª ed., p. 105. Sulla *ratio* e sul significato sistematico dell'art. 1492, comma 3º, c.c. cfr., nella letteratura più recente, L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, in questa *Rivista*, 2001, I, p. 243 ss., spec. p. 256 ss.; R. OMODEI SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata. Risolubilità del contratto e obbligazioni restitutorie*, Padova 2004. Il problema della preclusione dell'impugnativa contrattuale in caso di impossibilità di restituzione del bene è invece affrontato in termini generali da G. MARESCA, *Impossibilità della restitutio in integrum e risolubilità, rescindibilità, annullabilità del contratto*, in questa *Rivista*, 1977, I, p. 92 ss. In senso critico si veda, in particolare, E. COCORULLO, *Impossibilità di restituzione in forma specifica e annullamento del contratto*, in *Rass. d. civ.*, 1983, p. 630 ss.

⁽²⁵⁾ In questo caso l'acquirente che chiede la risoluzione del contratto ha infatti diritto alla restituzione del prezzo e al rimborso delle spese e dei pagamenti legittimamente fatti per la vendita, ma non è obbligato a restituire la cosa (art. 1493, commi 1º e 2º, c.c.).

⁽²⁶⁾ Cfr. art. 67, comma 2º, c.cons. La regola si applica a tutte le ipotesi di recesso dai contratti di compravendita di beni previste nel codice del consumo (ma non dai contratti che prevedono prestazioni di servizi: cfr. art. 48). Essa, nel presupporre la sostanziale integrità del bene consegnato, non distingue fra perimento, deterioramento, trasformazione, consumazione; non differenzia la disciplina a seconda che tali eventi dipendano da un'utilizzazione negligente o dal caso fortuito (salvo — come si è detto — il caso del « normale uso »); né prende in considerazione l'ipotesi in cui il perimento sia una conseguenza di vizi cui la cosa stessa è affetta. Peraltro, parte dei casi in cui può venire in gioco la consumazione, il deterioramento o la distruzione del bene consegnato ricade sotto la sfera di applicazione dell'art. 55 lett. a) e c) c.cons. (ove si esclude il diritto di recesso nei contratti di fornitura di generi alimentari, di bevande o di altri beni per uso domestico di consumo corrente forniti al domicilio del consumatore, al suo luogo di residenza o al suo luogo di lavoro, da distributori che effettuano giri frequenti e regolari; e nei contratti di fornitura di beni confezionati su misura o chiaramente personalizzati o che, per loro natura, non possono essere rispediti o rischiano di deteriorarsi o alterarsi rapidamente). L'art. 67, comma 2º, limita la tutela del consumatore ai casi in cui il bene possa essere restituito in « normale stato di conservazione »: si contrappone dunque alla norma del BGB (§ 357 BGB: « *Rechtsfolgen des Widerrufs und der Rückgabe* ») che, nel disciplinare gli effetti del recesso del consumatore, rinvia alle disposizioni dettate a proposito della « risoluzione » (cioè del *Rücktritt*: §§ 346 ss. BGB), salvo alcune deroghe (cfr. D. KAISER, *sub* § 357, in *Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., p. 765 ss.). Ma — si noti — ciò significa ammettere il recesso anche quando il bene non può essere restituito, purché il consumatore paghi una somma corrispondente al valore economico del bene o al suo deterioramento (pur conseguente ad un'utilizzazione conforme: in questo caso si deroga dunque, in senso peggiorativo per il consumatore, alla regola generale prevista dal § 346 BGB, attraverso un'estensione dell'obbligo di compensazione: cfr. § 357, comma 3º). Per una sintesi della letteratura sul § 357 BGB cfr. A. THOLE, *Das europäische verbraucher-schützende Widerrufsrecht in §§ 355, 357 BGB*, Baden-Baden 2004, p. 96 ss.

requisito della sostanziale integrità dei beni consegnati (art. 82) ⁽²⁷⁾: nonostante la formulazione generale della norma, la preclusione si applica però ai soli casi in cui il deterioramento o la distruzione del bene siano dovuti ad un atto o ad una condotta dell'acquirente o non dipendano dal normale uso cui costui l'ha assoggettato prima di venire a conoscere il difetto di conformità che lo avrebbe legittimato a chiedere lo scioglimento del contratto ⁽²⁸⁾.

Anche il BGB, prima della riforma del 2002, negava il generale rimedio della risoluzione alla parte che avesse causato un significativo deterioramento, il perimento o comunque l'impossibilità di restituzione del bene consegnato ⁽²⁹⁾: ma la regola non è stata confermata dalla riforma dello *Schuldrecht* ⁽³⁰⁾.

4. — B) Se si ammette che l'impossibilità di ripristinare la stessa situa-

⁽²⁷⁾ Si veda, con riguardo allo scioglimento del contratto per inadempimento, l'art. 82 CISG (« *The buyer loses the right to declare the contract avoided or to require the seller to deliver substitute goods if it is impossible for him to make restitution of the goods substantially in the condition in which he received them* »). Sulla soluzione accolta dalla CISG si vedano le considerazioni critiche di R. ZIMMERMANN, *Restitutio in integrum. Die Rückabwicklung fehlgeschlagener Verträge nach den Principles of European Contract Law, den UNIDROIT Principles und dem Avant - Project eines Code Européen des Contrats*, cit., pp. 735 ss., 748 s.; e di P. SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht*, Tübingen 2007, p. 228.

⁽²⁸⁾ La risoluzione è infatti ammessa: « (a) *if the impossibility of making restitution of the goods or of making restitution of the goods substantially in the condition in which the buyer received them is not due to his act or omission; (b) if the goods or part of the goods have perished or deteriorated as a result of the examination provided for in article 38; or (c) if the goods or part of the goods have been sold in the normal course of business or have been consumed or transformed by the buyer in the course normal use before he discovered or ought to have discovered the lack of conformity* ». Si noti che la preclusione del diritto alla risoluzione si applica solo all'acquirente: il venditore, cioè, può chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento del compratore anche quando costui è impossibilitato a restituire la merce; la preclusione opera inoltre solo se il perimento o il deterioramento dei beni è avvenuto prima dell'esercizio del diritto alla risoluzione (P. SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht*, cit., p. 231).

⁽²⁹⁾ § 351 BGB: « *Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Berechtigte eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes verschuldet hat. Der Untergang eines erheblichen Teiles steht einer wesentlichen Verschlechterung des Gegenstandes, das von dem Berechtigten nach § 278 zu vertretende Verschulden eines anderen steht dem eigenen Verschulden des Berechtigten gleich* ». La norma — come si è visto in precedenza (*retro*, note 16 e 17) — costituiva, insieme con il § 350, un sistema reputato insoddisfacente dalla dottrina: la quale, nondimeno, aveva escogitato teorie intese ad estendere il raggio di applicazione della disposizione — il § 351 BGB — che imputava il rischio del perimento all'acquirente, allo scopo di restringere l'operatività della regola — il § 350 — che, facendo gravare tale rischio sul venditore, era reputata inadeguata (per un'esposizione sintetica, cfr. R. ZIMMERMANN, *Restitution after Termination for Breach*, cit., p. 329). Entrambe queste disposizioni sono state abrogate dalla riforma dello *Schuldrecht* (*retro*, nota 18) e superate dalla formulazione del nuovo § 346 BGB.

⁽³⁰⁾ Cfr. *retro*, nota 29.

zione giuridica o di fatto preesistente all'esecuzione del contratto non è di ostacolo all'utilizzabilità del rimedio contrattuale, si aprono tre diverse prospettive.

Una prima opzione potrebbe essere quella di considerare le prestazioni restitutorie come indipendenti l'una dall'altra: cosicché la sorte dell'una non potrebbe incidere su quella dell'altra. Della controprestazione rimasta possibile, pertanto, potrebbe essere chiesta la restituzione; l'impossibilità dell'altra resterebbe invece a carico del creditore (il *solvens*-alienante, che perderebbe il diritto alla ripetizione del bene ma dovrebbe restituire il prezzo o non potrebbe esigerlo; o chi ha eseguito una prestazione di fare, che non potrebbe trattenere il corrispettivo o non avrebbe azione per il pagamento, né potrebbe in altro modo ottenere un compenso per l'opera prestata). Il meccanismo suole essere designato con l'espressione latina « *mortuus redhibetur* »: la quale richiama la regola romanistica che, in caso di azione redibitoria, faceva gravare sul venditore il pericolo della morte dello schiavo o dell'animale alienato ⁽³¹⁾.

L'imputazione al *solvens* del rischio del perimento può essere giustificato, invero, da circostanze determinate: per esempio dal fatto che la distruzione o il deterioramento del bene siano una conseguenza dei vizi da cui esso era affetto ⁽³²⁾, o siano comunque imputabili alla controparte ⁽³³⁾, o si siano verificati quando ancora il bene si trovava presso l'alienante ⁽³⁴⁾.

La disciplina italiana della ripetizione dell'indebito fa gravare sul *solvens* il rischio del perimento o del deterioramento della cosa consegnata se l'*accipiens* l'ha ricevuta in buona fede: l'obbligo di costui è infatti limitato alla locupletazione ancora sussistente al tempo della domanda (art. 2037 comma 3° c.c. ^[35]).

La sistemazione teorica del modello appena esposto trova espressione

⁽³¹⁾ E. VON CAEMMERER, „*Mortuus redhibetur*“. *Bemerkungen zu den Urteilen BGHZ 53, 144 und 57, 137*, in *Gesammelte Schriften*, Tübingen 1983, p. 168 ss.

⁽³²⁾ Cfr. art. 1493, commi 1° e 2°, c.c. Il § 346, comma 3°, n. 2 BGB fa gravare sull'alienante la distruzione o il deterioramento del bene da restituire — attraverso la liberazione dell'acquirente dall'obbligo di versare l'equivalente monetario del bene deteriorato o perito — nel caso in cui lo scioglimento del contratto derivi da vizi che si siano manifestati solo al momento della lavorazione o della trasformazione del bene; la regola, secondo l'opinione unanime, si applicherebbe analogicamente anche al normale uso del bene: cfr. D. KAISER, *sub* § 346, cit., p. 596; D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, München 2007, p. 330; entrambi riportano il caso esemplare del pasto consumato al ristorante, del quale il cliente — dopo avere sciolto il contratto per vizio di una pietanza (una lumaca rinvenuta nell'insalata) — non dovrà, ai sensi della regola citata, restituire l'equivalente monetario al ristoratore.

⁽³³⁾ Cfr. § 346, comma 3°, n. 2 BGB, là dove esclude che il debitore della prestazione restitutoria divenuta impossibile sia tenuto a versare l'equivalente monetario — obbligo su di lui altrimenti incombente ai sensi del comma 1° — quando il creditore (ovvero l'alienante) è responsabile del deterioramento o della distruzione del bene.

⁽³⁴⁾ Cfr. § 346, comma 2°, BGB.

⁽³⁵⁾ Su questa disposizione cfr. più diffusamente *infra*, § 6.

nella *Zwei-konditionen-theorie* tedesca: il cui presupposto dogmatico consiste nell'autonomia delle restituzioni conseguenti all'esecuzione di un contratto sinallagmatico nullo; la conseguenza pratica nel porre il rischio della distruzione o della perdita di valore del bene a carico dell'alienante ⁽³⁶⁾. Costituiva una concreta specificazione di questo generale modello teorico la norma del codice tedesco (il § 350) che — prima della riforma del 2002 — consentiva la risoluzione nonostante il perimento del bene: purché dipendente da caso fortuito (§ 350) ⁽³⁷⁾. Ma la disposizione — assai criticata — non è stata riproposta nel nuovo testo dello *Schuldrecht* ⁽³⁸⁾.

Ad una simile logica continua invece ad ispirarsi la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili, là dove concede la risoluzione all'acquirente quando il perimento o il deterioramento del bene non dipendono da un atto o da un'omissione di costui ⁽³⁹⁾.

4. — C) L'impostazione alternativa rispetto a quella appena descritta si richiama all'esigenza di affrontare il problema dal punto di vista del riequilibrio fra le sfere economiche delle due parti anche nella fase postcontrattuale. Porsi in una simile ottica — è bene sottolinearlo — non necessariamente significa adottare o riproporre una concezione volontaristica delle obbligazioni restitutorie o rievocarne l'antico inquadramento nel quasi-contratto ⁽⁴⁰⁾. Vuol dire, più semplicemente, porsi un'esigenza di giustizia commutativa ed affrontare in termini complessi e relazionali il problema restitutorio. Ed infatti, com'è noto, l'esigenza di rispettare « l'equivalenza dei sacrifici per le sfere patrimoniali implicate nello spostamento dei beni » nel diritto privato non necessariamente si realizza attraverso lo strumento del contratto ⁽⁴¹⁾.

In questa prospettiva si potrebbe innanzitutto ipotizzare di rispettare l'equilibrio economico sancito nel contratto e di lasciare intatti gli spostamenti patrimoniali che costituiscono attuazione di uno scambio inefficace. Di conseguenza, chi ha usufruito di una prestazione di fare o di lasciar godere non

⁽³⁶⁾ Per l'esposizione dei tratti fondamentali di questa ricostruzione teorica e degli aspetti più criticati dalle dottrine successive cfr., a titolo puramente esemplificativo (e per limitarsi alla letteratura più recente) R. HORNUNG, *Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge nach französischem, deutschem und nach Einheitsrecht*, cit., 1998, p. 133; P. HELLWEGE, *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem*, cit., p. 92 ss.

⁽³⁷⁾ Da questa norma si evinceva la regola dell'imputazione del rischio del fortuito al venditore: regola — come si è visto — reputata generalmente irragionevole (*retro*, note 16 e 17), salvo il caso in cui il perimento fosse una conseguenza dei vizi che inficiavano il bene (cfr. R. ZIMMERMANN, *Restitution after Termination for Breach*, cit., p. 329).

⁽³⁸⁾ Cfr. *retro*, nota 18.

⁽³⁹⁾ Cfr. art. 82, comma 2°, lett. b) CISG.

⁽⁴⁰⁾ Come faceva il codice civile del 1865, dove l'indebito, disciplinato negli artt. 1145 ss., era inserito nella sezione dei quasi contratti.

⁽⁴¹⁾ Questo il principio sotteso, secondo P. RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebito*, cit., p. 1224, alla formula del quasi-contratto accolta dal codice italiano del 1865.

potrebbe rifiutarne il pagamento o chiederne la ripetizione; chi ha ricevuto un bene poi deteriorato o distrutto non potrebbe ottenere indietro il corrispettivo che avesse versato.

L'inalterabilità delle prestazioni già effettuate è sancita dallo stesso codice civile — lo si è accennato all'inizio — in caso di difetto sopravvenuto di causa nei contratti ad esecuzione continuata o periodica: è prevista infatti l'irretroattività degli effetti della risoluzione (art. 1458 c.c.), del recesso (art. 1373 comma 2° c.c.), della condizione (art. 1360 c.c.)⁽⁴²⁾. Per il recesso dai contratti riguardanti la prestazione di servizi l'intangibilità della prestazione eseguita è prevista anche dal codice del consumo (art. 48)⁽⁴³⁾. Per la prestazione del lavoratore subordinato una norma settoriale (l'art. 2126 c.c.) prevede l'inoperatività della nullità e dell'annullamento del contratto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione⁽⁴⁴⁾.

Fra le codificazioni europee dispone l'irretroattività — ma solo se il contratto è stato eseguito da ambo i lati — l'art. 9:305 PECL, a proposito della risoluzione del contratto.

Non costituisce espressione dell'impostazione riferita, invece, la norma che sancisce l'irripetibilità della prestazione effettuata per uno scopo che, anche da parte del *solvens*, costituisca offesa al buon costume (l'art. 2035 c.c.): volta a precludere l'esercizio immorale della ripetizione, ma incapace di giustificare l'azione di adempimento (tanto della prestazione turpe, quanto del corrispettivo pattuito: pur se la prima è già stata eseguita).⁽⁴⁵⁾ È estranea infatti alla regola citata l'idea della salvaguardia dell'equilibrio economico fra i contraenti nella fase postcontrattuale.

4. — D) All'interno della più generale impostazione che mira a salvaguardare l'equivalenza dei sacrifici e dei vantaggi anche nella fase postcontrattuale si può prospettare una soluzione alternativa rispetto a quella appena

⁽⁴²⁾ Si veda da ultimo, sul punto, la monografia di S. PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, Milano 2006, p. 23 s., che reinterpreta la tradizionale formula della irretroattività degli effetti della risoluzione — in riferimento ai contratti di durata — nel senso di « una forma di retroattività limitata... non eccedente il segmento di rapporto esattamente adempiuto ».

⁽⁴³⁾ « Per i contratti riguardanti la prestazione di servizi, il diritto di recesso non può essere esercitato nei confronti delle prestazioni che siano state già eseguite ».

⁽⁴⁴⁾ La regola soffre un'eccezione — la nullità derivante dall'illiceità dell'oggetto o della causa — che consente certamente di escludere l'ammissibilità di un'azione di adempimento contrattuale: anche se — in ossequio al principio sancito dall'art. 2035 c.c. — questa stessa eccezione non potrebbe impedire al lavoratore di eccipere la *soluti retentio* del corrispettivo che abbia già percepito: sul punto v. D. CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio. Limiti giuridici del mercato, disposizione del corpo, biotecnologie*, Napoli 1995, p. 142.

⁽⁴⁵⁾ Cfr., per tutti, D. CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio*, cit., p. 140 ss.; S. DELLE MONACHE, *Della irripetibilità delle prestazioni « ob turpem causam »*, in questa *Rivista*, 2002, I, p. 697 ss.

riferita: si potrebbe ammettere, cioè, la ripetizione della prestazione rimasta possibile, ma imporre alla parte che ha ricevuto quella irripetibile l'obbligo di pagarne l'equivalente monetario. Il riequilibrio delle sfere patrimoniali, pertanto, resterebbe affidato ad un criterio extracontrattuale, ancorato al valore oggettivo del bene o della prestazione.

Se applicata ai contratti da cui è derivata la consegna di una cosa determinata, questa soluzione fa gravare il rischio della perdita su chi l'ha ricevuta. L'*accipiens*, infatti, sarebbe tenuto a pagarne l'equivalente monetario quando la prestazione divenuta impossibile sia stata l'unica ad essere stata eseguita; e, se il contratto sia stato attuato bilateralmente, costui potrebbe vedersi precluso il diritto di chiedere la restituzione del prezzo versato: nel caso in cui il venditore gli opponga a sua volta il diritto di ottenere l'equivalente monetario del bene perito e le due prestazioni siano di valore corrispondente. Lo stesso risultato varrebbe per chi, in esecuzione di un contratto inefficace, abbia beneficiato di una prestazione di fare o di lasciar godere.

La più compiuta teorizzazione di questo modello trova espressione — in Germania — nella nota teoria del Saldo, elaborata, sviluppata e praticata in quel sistema grazie ad un dialogo costante fra la dottrina e la giurisprudenza: formatasi intorno al caso esemplare del perimento della cosa specifica — un'autovettura — consegnata in esecuzione di un contratto di compravendita poi caducato ⁽⁴⁶⁾, la sua principale conseguenza consiste nel calcolo dell'eventuale obbligazione restitutoria che residua in capo all'*accipiens* in base al saldo della prestazione ricevuta e della controprestazione effettuata ⁽⁴⁷⁾. Tratto degna di nota della teoria appena esposta è il criterio di calcolo della prestazione la cui restituzione è divenuta impossibile: criterio ancorato al valore oggettivo. Cosicché, chi ha ricevuto questa prestazione ed ha versato un corrispettivo superiore al prezzo di mercato potrà ottenere dalla controparte la restituzione della differenza fra il valore convenzionale e quello oggettivo; sarà invece l'*accipiens* a dover pagare all'altro contraente la differenza fra il valore oggettivo e quello convenzionale se quest'ultimo è inferiore al primo. La ricostruzione appena esposta, pur dominante nella giurisprudenza, non è stata tuttavia integralmente accolta dalla recente riforma del diritto delle obbligazioni: che, nel disciplinare le conseguenze del *Rücktritt*, richiama il corrispettivo pattuito — e non il valore oggettivo — come criterio di calcolo della prestazione la cui restituzione è divenuta impossibile (§ 346, comma 2°, BGB) ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. E. VON CAEMMERER, „*Mortuus redhibetur*“. *Bemerkungen zu den Urteilen BGHZ 53, 144 und 57, 137*, cit., p. 168 ss.; W. FLUME, *Studien zur Lehre der ungerechtfertigten Bereicherung*, cit., p. 117.

⁽⁴⁷⁾ Per un'applicazione cfr., fra le decisioni più recenti, BGH, 20 marzo 2001, *BGHZ*, 147, 2001, 152.

⁽⁴⁸⁾ Il nuovo § 346, comma 2°, BGB, dopo avere sancito il principio della sostituzione

La teoria del Saldo ha avuto una certa eco anche nella dottrina italiana più attenta alle evoluzioni del sistema tedesco: la quale peraltro non si nasconde le difficoltà dell'applicazione di un simile modello nel sistema italiano ⁽⁴⁹⁾. Da una parte, infatti, esiste una disposizione — l'art. 2037 c.c.: lo si vedrà meglio in seguito — che sancisce l'obbligo di pagare l'equivalente della prestazione ricevuta indebitamente e poi perita: ma ne circoscrive l'operatività al caso in cui l'*accipiens* sia in mala fede. Per un altro verso, la disciplina sussidiaria dell'ingiustificato arricchimento non garantisce necessariamente all'impoverito un indennizzo equivalente al valore monetario della prestazione eseguita, ma — almeno secondo l'opinione tradizionale — una somma contenuta nel limite massimo della locupletazione conseguita dalla controparte ⁽⁵⁰⁾.

D") Una variante del modello da ultimo esposto si ha quando, in luogo della prestazione originaria di cui è impossibile la restituzione, il debitore debba pagare una somma corrispondente al suo valore convenzionale: cosicché, se costui ha già versato il corrispettivo, le due pretese restitutorie potranno perfettamente compensarsi. Un esempio di questo modello si riscontra nell'attuale disciplina tedesca della risoluzione ⁽⁵¹⁾.

Infine, le codificazioni sovranazionali del diritto dei contratti — i PECL, il « codice Gandolfi », i principi UNIDROIT — prevedono il pagamento di una somma di denaro in luogo della prestazione originaria: ma non precisano se tale somma debba essere calcolata in base al valore oggettivo o soggettivo ⁽⁵²⁾.

della prestazione restitutoria divenuta impossibile con l'equivalente pecuniario, per il calcolo di tale somma rinvia al criterio del valore convenzionale: « *Ist im Vertrag eine Gegenleistung bestimmt, ist sie bei der Berechnung des Wertersatzes zugrunde zu legen; ist Wertersatz für den Gebrauchsvorteil eines Darlehens zu leisten, kann nachgewiesen werden, dass der Wert des Gebrauchsvorteils niedriger war* ». Per una riflessione critica su questa regola cfr. R. ZIMMERMANN, *Restitution after Termination for Breach*, cit., p. 335; per la tesi favorevole all'applicabilità, in tutti i casi, dell'equivalente monetario oggettivo della prestazione cfr. P. HELLWEGE, *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge*, cit., p. 568.

⁽⁴⁹⁾ P. RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebito*, cit., p. 1234 ss.

⁽⁵⁰⁾ Come precisa A. TRABUCCI, *Arricchimento*, in *Enc. dir.*, III, Milano 1958, p. 74. Per una puntualizzazione della differenza, sotto il profilo citato, fra la disciplina dell'indebito e quella dell'ingiustificato arricchimento cfr. inoltre Cass. 19 agosto 1992, n. 9675, in *F. it.*, 1993, I, p. 428, con nota di R. PARDOLESI, *Recondite (dis)armonie: appunti (e dubbi)*, in chiave comparativa, sulla nuova disciplina dei contratti di agenzia. Quanto al problema della sussistenza dell'arricchimento al tempo della domanda cfr. P. SCHLESINGER, *Arricchimento (azione di)*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino 1958, p. 1008; U. BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, in *La gestione di affari. Il pagamento dell'indebito. L'arricchimento senza causa*, cit., p. 836; P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (I rimedi restitutori)*, in *Tratt. Sacco*, Torino 1996, p. 61 ss.

⁽⁵¹⁾ Cfr. § 346, comma 2°, 2° capoverso BGB.

⁽⁵²⁾ L'art. 9:309 PECL (« *On termination of the contract a party which has rendered a performance which cannot be returned and for which it has not received payment or other counter-performance may recover a reasonable amount for the value of the performance to the other party* ») e l'art. 4:115 PECL (« *On avoidance either party may claim restitution of whatever it has supplied under the contract, provided it makes concurrent restitution of*

5. — Non si intende, in queste pagine, fornire un'indicazione preferenziale per l'una o l'altra delle diverse soluzioni prospettate. Ciò nondimeno, può essere formulata una prima conclusione (comune — come si vedrà — ad un larga parte delle riflessioni della dottrina italiana): l'esecuzione di un contratto sinallagmatico inefficace pone problemi non completamente coincidenti con quelli derivanti dal singolo pagamento di un indebitato.

L'esposizione dei diversi approcci al problema delle restituzioni consente inoltre di esprimere la constatazione che, nel diritto interno ed internazionale, si trova una varietà di soluzioni dalla quale non si può prescindere quando ci si accinge ad affrontare il tema in un'ottica sistematica e non settoriale.

L'espressione icastica del « sinallagma rovesciato » (« *contrat synallagmatique renversé* » o « *contrat à l'enverse* » [53]), spogliata di ogni suggestione volontaristica o riferimento ad una fonte negoziale delle obbligazioni restitutorie, può dunque essere utilizzata per richiamare e per sintetizzare la congerie di questioni che ruotano attorno al tema qui analizzato.

6. — Chiarite le ragioni che suggeriscono di isolare gli effetti delle caducazioni contrattuali all'interno del problema dell'indebitato, è necessario affrontare la seconda questione accennata all'inizio: se, cioè, la disciplina contenuta negli artt. 2033 ss. c.c. sia o meno adeguata ad offrire strumenti di soluzione funzionali ai problemi legati alla caducazione dei contratti.

Tale disciplina — analogamente a quella francese (54) — contempla bensì le ipotesi del perimento fortuito, del deterioramento (art. 2037, commi 2° e

whatever it has received. If restitution cannot be made in kind for any reason, a reasonable sum must be paid for what has been received ») parlano di somma « ragionevole ». I Principi UNIDROIT, all'art. 3.17, comma 2°, (« *On avoidance either party may claim restitution of whatever is supplied under the contract the part of it avoided, provided that it concurrently makes restitution of whatever it has received under the contract or the part of it avoided or, if it cannot make restitution in kind, it makes an allowance of what it has received* ») ed all'art. 7.3.6 comma 1° (« *On termination of contract either party may claim restitution of whatever it has supplied, provided that such party concurrently makes restitution of whatever it has received. If restitution in kind is not possible or appropriate allowance should be made in money whenever reasonable* »), fanno ancor più genericamente riferimento ad una « allowance »: l'ampiezza di significato di questo termine farebbe pensare alla legittimità anche di un criterio ancorato al valore soggettivo: cfr. R. ZIMMERMANN, *Position Paper on the Unwinding of Failed Contracts. UNIDROIT Working Papers on International Commercial Contracts*, 2 dattiloscritto. Infine, l'art. 160 del codice europeo dei contratti redatto dall'accademia dei giusprivatisti europei (« codice Gandolfi ») prevede che, se la restituzione in forma specifica è materialmente o giuridicamente impossibile o eccessivamente onerosa per chi deve procedervi — tenuto conto dell'interesse della controparte — oppure se non sia conveniente per quest'ultima (dato lo stato di conservazione della cosa da restituire), la restituzione deve essere effettuata mediante il versamento alla controparte di una somma di denaro ragionevolmente equivalente: la quale, in mancanza di accordo fra le parti, è determinata nel suo ammontare dal giudice quale debito di valore, salva la possibilità di procedere ad un equo calcolo compensativo delle restituzioni reciprocamente dovute alle parti.

(53) M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, Paris 1991, p. 64.

(54) Cfr. artt. 1379 e 1380 c. fr.

3°) e dell'alienazione della cosa (determinata) ricevuta indebitamente (art. 2038); si preoccupa inoltre di disciplinare la decorrenza degli interessi spettanti al *solvens* che abbia indebitamente versato una somma di denaro (art. 2033 c.c.).

Tuttavia le norme citate sono, per un verso, incomplete, in quanto trascurano di considerare le prestazioni di fare o di lasciar godere; per un altro verso, articolano il contenuto dell'obbligazione restitutoria a seconda della buona o della mala fede di chi ha ricevuto l'indebitato.

In particolare, in caso di mala fede, il *solvens* ha diritto ai frutti e agli interessi dal giorno del pagamento; alla corresponsione del valore oggettivo del bene, se questo è perito; all'equivalente o, a sua scelta, alla restituzione accompagnata da un'indennità per la diminuzione di valore, se il bene è deteriorato; alla restituzione in natura, alla corresponsione del valore, o, a sua scelta, al corrispettivo dell'alienazione, se il bene è stato alienato. In caso di buona fede dell'*accipiens*, invece, l'obbligazione nei confronti del *solvens* è limitata alla corresponsione dei frutti e degli interessi dal giorno della domanda; all'arricchimento, se il bene è perito o deteriorato; alla restituzione del corrispettivo conseguito, se il bene è stato alienato (artt. 2033, 2037 e 2038 c.c.).

Alla luce delle regole sull'indebitato, pertanto, il rischio del sopravvenire di un evento materiale (il perimento o il deterioramento del bene) grava sull'*accipiens* ovvero sul *solvens* a seconda della buona o mala fede di chi ha ricevuto l'indebitato. Se applicata all'esecuzione di un contratto inefficace tale disciplina implica che, in caso di perimento di un bene determinato, chi l'ha ricevuto in mala fede non sarebbe legittimato ad esigere la restituzione del prezzo versato se non limitatamente alla differenza rispetto al valore oggettivo del bene ⁽⁵⁵⁾: il rischio dell'evento distruttivo della prestazione, pertanto, graverebbe sull'*accipiens*. Chi quel bene ha ricevuto in buona fede, invece, sarebbe liberato dall'obbligazione restitutoria là dove non residui un suo arricchimento ⁽⁵⁶⁾; ma potrebbe esigere la ripetizione del corrispettivo versato, o rifiutarsi di versarlo: il rischio del perimento graverebbe in questo caso su chi ha indebitamente consegnato il bene ⁽⁵⁷⁾.

Molti sono gli aspetti che rendono problematica l'applicabilità della disciplina citata ai contratti con prestazioni corrispettive: almeno due meritano un cenno in questa sede.

Per un verso, gli stati soggettivi prospettabili al momento della nascita o durante la vita del contratto — per esempio: l'ignoranza o la consapevolezza di una causa di invalidità; la fedeltà o l'infedeltà ad un impegno negoziale —

⁽⁵⁵⁾ Secondo il modello visto *retro*, § 4. D).

⁽⁵⁶⁾ Si noti che l'arricchimento potrebbe consistere nell'indennità di assicurazione, se il bene perito era assicurato; o nel risarcimento del danno, se è stato distrutto dal fatto illecito di un terzo.

⁽⁵⁷⁾ Secondo il modello esposto *retro*, § 4. B).

solo parzialmente sono riconducibili ai concetti della buona e della mala fede. Gli sforzi di una parte della dottrina e della stessa giurisprudenza, invero, si sono appuntati sul tentativo di adattare questi stati alle diverse situazioni prospettabili al momento della nascita o durante la vita di un contratto⁽⁵⁸⁾: ma — come si vedrà meglio in seguito — non hanno riscosso consensi unanimi.

Per un altro verso, desta perplessità la differenziazione della disciplina in ragione dello stato soggettivo della parte che ha ricevuto in consegna una cosa determinata.

7. — Il problema appena accennato è da tempo presente nelle riflessioni della dottrina italiana. Il tema, invero, non è stato oggetto di un'elaborazione teorica paragonabile a quella della dottrina tedesca, ma è stato prevalentemente trattato a margine di più generali indagini dedicate all'indebitito, all'ingiustificato arricchimento, oppure alle impugnative contrattuali⁽⁵⁹⁾. La dottrina che si è occupata del problema si colloca prevalentemente sul solco dell'impostazione doppiamente unitaria sopra descritta: si esprime cioè a favore dell'applicabilità della disciplina dell'indebitito anche al settore delle restituzioni conseguenti all'inefficacia o alla caducazione di un contratto sinallagmatico⁽⁶⁰⁾. Tale posizione poggia su considerazioni di carattere storico e testuale, ma in ogni caso non si nasconde le difficoltà di un'applicazione delle regole contenute negli artt. 2033 ss. c.c. alle fattispecie qui analizzate; non rifugge, dunque, dall'affrontare in termini problematici la questione dell'autonomia degli obblighi restitutori conseguenti alle caducazioni contrattuali dalla ripetizione dell'inde-

⁽⁵⁸⁾ Cfr., per esempio, M. LIBERTINI, *Interessi*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano 1972, p. 115: « il giudizio sulla buona o mala fede dell'*accipiens* deve per analogia trasformarsi nel giudizio sull'imputabilità all'*accipiens* del fatto che dà luogo alla risoluzione o all'annullamento del contratto (con la conseguenza per esempio che la norma sull'*accipiens* in mala fede si applicherà agli obblighi di restituzione a carico dell'inadempiente, nella risoluzione per inadempimento, ma non anche ai diritti di restituzione che possono eventualmente spettargli) ».

⁽⁵⁹⁾ Cfr. P. RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebitito*, cit., p. 1234 ss.; U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebitito*, cit., p. 207 ss. Fra i pochi saggi dedicati specificamente al tema cfr. A. BRUNI, *Contributo allo studio dei rapporti tra azione di caducazione contrattuale e ripetizione dell'indebitito*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1987, p. 173 ss.; G. MARESCA, *Impossibilità della restituito in integrum e risolubilità, rescindibilità, annullabilità del contratto*, cit., p. 78 ss.

⁽⁶⁰⁾ In riferimento tanto alle invalidità quanto alle ipotesi di scioglimento del contratto cfr. P. RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebitito*, cit., p. 1238; U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebitito*, cit., p. 243 ss.; *Id.*, *La gestione di affari. Il pagamento dell'indebitito. L'arricchimento senza causa*, cit., p. 774 ss.; *Id.*, *Indebito (ripetizione dell')*, in *Enc. giur.*, XVI, 1989, p. 4; con particolare riferimento alla nullità cfr. A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, t. II, a cura di E. Gabrielli, Torino 1999, p. 1369; E. MOSCATI, *Pagamento dell'indebitito*, in *Comm. Scialoja-Branca, sub artt. 2028-2042*, Bologna-Roma 1981, p. 137 ss.; da ultimo R. OMODEI SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, Padova 2004, p. 73 ss.

bito ⁽⁶¹⁾. Perciò una parte di chi, pure, si colloca sul solco di questo orientamento propende per articolare e differenziare l'applicazione degli artt. 2033 ss. in ragione della loro compatibilità con le singole fattispecie da cui deriva l'inefficacia (originaria o sopravvenuta) del contratto ⁽⁶²⁾. Altra parte della dottrina nega invece la generale operatività della disciplina dell'indebito e sostiene lo scorporo dell'intera materia delle restituzioni derivanti dall'inefficacia del contratto dalla disciplina dell'indebito ⁽⁶³⁾, o la sottrazione ad essa quantomeno di un tipo di contratto (la vendita di cosa determinata) ⁽⁶⁴⁾, o di un tipo di impugnativa (la risoluzione) ⁽⁶⁵⁾. È infine diffusa la convinzione che la disciplina dell'indebito — ispirata ad una concezione « *sach-orientiert* » — sia circoscritta alle sole obbligazioni di dare e non si estenda a quelle di fare (cui si applicherebbe l'ingiustificato arricchimento) ⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶¹⁾ Si veda, per esempio, P. RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebito*, cit., p. 1234 ss.

⁽⁶²⁾ Cfr. U. BRECCIA, *Indebito*, cit., p. 4; in questa prospettiva cfr. per esempio, di recente, A. D'ADDA, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, in questa *Rivista*, 2000, II, p. 529 ss., il quale, in nota (adesiva) a Trib. Milano, 6 ottobre 1998, propone di disapplicare al difetto sopravvenuto di causa la regola, dettata in materia di ripetizione dell'indebito, che articola l'obbligo restitutorio a seconda della buona o mala fede dell'*accipiens*. Con riferimento alla risoluzione per inadempimento, C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Europ. d. priv.*, 1999, p. 809 ss., sostiene l'applicabilità della disciplina dell'indebito per la parte che prescinde dalla distinzione buona fede - mala fede dell'*accipiens*.

⁽⁶³⁾ G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 71; P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1965, p. 11 ss.; A. DI MAIO, *La tutela civile dei diritti*, Milano 2003, p. 351.

⁽⁶⁴⁾ C. ARGIROFFI, *Ripetizione di cosa determinata e acquisto « a domino » della proprietà*, Milano 1980, p. 147 ss.; Id., *Sul concorso delle azioni di rivendicazione e di ripetizione*, in questa *Rivista*, 1976, II, p. 608 ss.

⁽⁶⁵⁾ V. per esempio F. BENATTI, *Il pagamento di cose altrui*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1976, p. 467 ss.; A. LUMINOSO, *Risoluzione per inadempimento*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Libro IV - *Delle Obbligazioni*, sub artt. 1453-1454, Bologna-Roma 1990, pp. 167 ss., 204 ss., 234 ss. e 405 ss.; ritiene persuasiva la tesi che esclude la riconducibilità alla ripetizione dell'indebito delle azioni restitutorie derivanti dalla risoluzione per inadempimento e per eccessiva onerosità sopravvenuta A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., p. 144 ss.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. P. RESCIGNO, voce *Ripetizione dell'indebito*, cit., p. 1226; F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano 1998, p. 56 ss. Ma l'opinione non è unanime: si argomenta infatti in senso contrario che, « in assenza di elementi che consentano senza possibilità di dubbio di affermare la tesi restrittiva, la tesi estensiva appare in definitiva più conforme ad un criterio interpretativo che intenda da una parte mantenersi aderente ad una chiara giustificazione funzionale e teleologica, dell'istituto, e dall'altra opportunamente prescelga, fra due possibili ricostruzioni del dettato normativo... quella che può forse consentire di tutelare nella maniera più adeguata e sollecita gli interessi delle parti » (U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., p. 39 ss., spec. p. 43). Si aggiunge, poi, che « l'azione restitutoria di cui agli artt. 2033-2040 c.c. è... lo strumento che meglio si presta a regolare su basi unitarie ogni ipotesi di consegna priva di titolo » (U. BRECCIA, *Indebito*, cit., p. 3). Aderisce a questa impostazione, da ultimo, A. ALBANESE, *L'indebito oggettivo nell'evoluzio-*

L'approccio della giurisprudenza alla questione sollevata in queste pagine si presenta invece, almeno in apparenza, pacifico e monocorde. Le massime della Suprema corte ribadiscono costantemente che « qualora venga accertata la mancanza di una *causa adquirendi* — tanto nel caso di nullità, annullamento, risoluzione o rescissione di un contratto, quanto in quello di qualsiasi altra causa che faccia venir meno il vincolo originariamente esistente — l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto stesso è quella di ripetizione dell'indebitto oggettivo »⁽⁶⁷⁾. La stessa affermazione viene talvolta ripetuta anche a proposito delle prestazioni indebite che consistono in un *facere* ⁽⁶⁸⁾.

ne giurisprudenziale, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1373 s., il quale, in particolare, si orienta a favore dell'applicabilità dell'art. 2033 c.c. — e non dell'art. 2037 c.c. — alle prestazioni indebite di fare. Per l'applicabilità della disciplina dell'indebitto anche alle prestazioni di fare cfr. E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebitto*, cit., p. 155 ss.

⁽⁶⁷⁾ Cfr., a titolo esemplificativo, Cass. 13 febbraio 2006, n. 3073, in *Contratti*, 2006, p. 861, con nota di U. CARNEVALI, *Risoluzione del contratto per inadempimento, restituzione del prezzo e rivalutazione monetaria*; Cass. 12 dicembre 2003, n. 19052, in *Contratti*, 2004, p. 822; Cass. 1 agosto 2001, n. 10498, in *Mass.*, 2001; Cass. 4 febbraio 2000, n. 1252, in *Mass.*, 2000; Cass. 13 aprile 1995, n. 4268, in *Mass.*, 1995; Cass. 11 Novembre 1992, n. 12121, in *Mass.*, 1992; Cass. 24 novembre 1981, n. 6245, in *Mass.*, 1981; Cass. 16 maggio 1960, n. 1182, in *F. amm.*, II, p. 193. Lo stesso principio di diritto è sotteso, per esempio, a Cass. 20 aprile 2005, n. 8248, in *Mass.*, 2005 [« ... le azioni di ripetizione di indebitto (art. 2033 c.c.), basate sulla nullità, annullabilità o risoluzione dei contratti che abbiano dato luogo alle prestazioni da restituirsi, sono da considerare non azioni reali..., ma di carattere personale... »] e a Cass. 25 febbraio 2006, n. 3994, in *Mass.*, 2006 (« l'indebitto oggettivo opera non solo quando l'originaria causa di pagamento sia venuta meno, ma anche quando manchi fin dall'origine »). Anche quando il principio di diritto enunciato dalla Suprema corte, anziché menzionare l'intera serie di cause di caducazione contrattuale, si riferisce alle singole specie di esse, l'applicazione degli artt. 2033 ss. c.c. è data per pacifica: cfr. per esempio, con riguardo alla nullità, Cass. 18 novembre 1995, n. 11973, in *Mass.*, 1995 (« il pagamento effettuato in base a un contratto nullo per contrarietà a norme imperative configura un'ipotesi di indebitto oggettivo ») e Cass. 27 dicembre 1994, n. 11177, in *Mass.*, 1994 [« La disciplina delle obbligazioni derivanti, a carico delle parti, dalla declaratoria di nullità di un negozio dalle stesse stipulato, va desunta, quanto alle reciproche restituzioni, dai principi propri della ripetizione dell'indebitto oggettivo (art. 2033 c.c.); più recentemente, Cass., 25 ottobre 2005, n. 20651, in *Mass.*, 2005 (« Nell'ipotesi di declaratoria di nullità di un contratto, la disciplina degli eventuali obblighi restitutori è mutuata da quella dell'indebitto oggettivo »), nonché Cass., 28 ottobre 2005, n. 21096, in *Mass.*, 2005 (« Sussiste indebitto oggettivo tutte le volte in cui manchi la causa della prestazione e l'accipiens non abbia titolo per riceverla: tanto accade nei casi di nullità del contratto, ove l'azione *de qua* diventa esperibile per la restituzione delle prestazioni rese in base ad esso, ma anche nei casi di nullità di specifiche clausole contrattuali »; in termini analoghi Cass., 8 novembre 2005, n. 21647, in *Mass.*, 2005).

⁽⁶⁸⁾ Per l'applicabilità dell'art. 2033 c.c. a qualsiasi pagamento non dovuto, abbia esso ad oggetto un dare o un fare, si vedano infatti Cass. 2 aprile 1982, n. 2029, in *D. e giur.*, 1982, p. 802, con nota di S. SELVAGGI, *Un presunto caso di errore sulla quantità e la dubbia interpretazione giurisprudenziale dell'art. 1430 c.c.*; Cass. 24 novembre 1981, n. 6245, in *Mass.*, 1981 (decisione di cui è conoscibile solo la massima e dalla quale non è possibile evincere a quale fattispecie si riferisca). Essa afferma che, « qualora venga accertata la mancanza di una *causa adquirendi*... l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in

Se ne dovrebbe evincere che, da un lato, la giurisprudenza sia prevalentemente orientata nel senso della conferma dell'impostazione unitaria descritta nelle pagine precedenti; che, dall'altro, non si sia imposta all'attenzione della prassi applicativa alcuna delle questioni sollevate nelle pagine precedenti. Se ci si attenesse all'asserzione contenuta nella massima sopra riportata si dovrebbe quindi concludere che tali questioni hanno solo carattere teorico e sono prive di rilevanza applicativa. L'impostazione doppiamente unitaria ne uscirebbe confermata e rafforzata.

L'assenza di un'organica e consolidata elaborazione del problema delle restituzioni contrattuali nella giurisprudenza italiana (almeno di legittimità) contrasta, oltre che con l'attenzione ad esso dedicata dalla dottrina, con una serie di circostanze idonee a costituire indici della sua importanza sia teorica sia pratica. Si pensi, da un lato, alla vivacità del dibattito anche giurisprudenziale in altri sistemi giuridici continentali — esemplare il caso della Germania — ed alla crescente sensibilità per questo tema sviluppatasi di recente nei Paesi di *common law* ⁽⁶⁹⁾; si consideri poi, dall'altro lato, la presenza di disposizioni *ad hoc* riguardanti le conseguenze restitutorie della caducazione dei contratti in documenti normativi destinati a regolare transazioni commerciali internazionali — i Principi UNIDROIT ⁽⁷⁰⁾ e la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci ⁽⁷¹⁾ — e nei progetti di codificazione europea ⁽⁷²⁾.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte — la specificità delle questioni derivanti dall'esecuzione di un contratto sinallagmatico caducato, l'inadeguatezza della disciplina dell'indebito, la varietà delle soluzioni espresse nella disciplina dei singoli contratti — la posizione che la giurisprudenza fa propria nelle massime prima citate appare meritevole di una più attenta puntualizzazione.

Scopo delle pagine che seguono è quindi di far emergere gli effettivi problemi applicativi che la giurisprudenza ha fronteggiato, le soluzioni prospettate, la loro compatibilità con il quadro disciplinare degli artt. 2033 ss. c.c. e, eventualmente, i profili o le aree dissonanti rispetto al principio enunciato dalle massime acriticamente ripetute.

esecuzione del contratto stesso è quella di ripetizione dell'indebito oggettivo, ancorché la prestazione si sia concretizzata in un *facere*, se questo è ragguagliato dalle parti ad una determinata somma di denaro »; la Cassazione nega, d'altro canto, che in tale ipotesi sia esperibile l'azione di arricchimento senza causa, la quale « ha carattere sussidiario e non può essere utilizzata allorché dall'ordinamento sia apprestata altra specifica azione ».

⁽⁶⁹⁾ Basti qui citare J. GORDLEY, *Foundation of Private Law*, Oxford 2006, p. 419 ss.; e la raccolta di saggi curata da D. JOHNSTON-R. ZIMMERMANN, *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspectives*, Cambridge 2002.

⁽⁷⁰⁾ Artt. 3.17, 7.3.5, 7.3.6.

⁽⁷¹⁾ Cfr. artt. 81 e 82 CISG.

⁽⁷²⁾ Cfr. artt. 4:115, 9:305, 9:305, 9:307, 9:308, 9:309 PECL; artt. 115, 160 « codice Gandolfi ».

II. — 8. — Il cuore del problema del « sinallagma rovesciato » si tocca quando una delle prestazioni eseguite non possa essere restituita in natura: in tutto, in parte, o nella sua sostanziale integrità. È infatti in questa ipotesi — come si è visto nelle pagine precedenti — che si profila l'autonomia del problema restitutorio ove la fonte sia un contratto sinallagmatico eseguito.

Il primo gruppo di casi si riferisce ad eventi sopravvenuti rispetto alla consegna, che fanno divenire impossibile l'esatta ed integrale restituzione di un bene in sé e per sé ripetibile.

Il dato che emerge da un sia pur sommario sguardo ai repertori della giurisprudenza è la relativa abbondanza delle decisioni che riguardano l'impossibilità di restituire nella sua originaria consistenza una cosa determinata, consegnata in esecuzione di un contratto sinallagmatico nato o divenuto inefficace: e, al contempo, la scarsità di pronunce che applicano la norma — l'art. 2037 c.c. — dettata in materia di ripetizione dell'indebitato.

La maggior parte delle sentenze che affrontano il problema dell'impossibilità di restituire il bene nello stesso stato in cui è stato consegnato riguardano la compravendita di un bene viziato e ricadono sotto la sfera di operatività dell'art. 1492, comma 3°, c.c.: il quale, come si è accennato all'inizio, esclude la risoluzione quando il bene affetto da vizi è perito per caso fortuito o colpa del compratore, oppure è stato da costui trasformato o alienato. Preme sottolineare che questa disposizione ha, per un verso, un ambito di applicazione più vasto di quanto il suo testo lascerebbe credere. Ed infatti la giurisprudenza la estende anche ai casi della vendita di cosa priva delle qualità promesse ovvero di quelle essenziali per l'uso a cui è destinata ⁽⁷³⁾, nonché della vendita dell'*aliud pro alio* ⁽⁷⁴⁾; si riscontrano poi applicazioni della regola citata oltre il tipo della compravendita ⁽⁷⁵⁾ (nella somministrazione continuativa di merci da consumare ⁽⁷⁶⁾), nel contratto atipico di cessione dei diritti di utilizzazione sportiva di un atleta ^[77]). Per un altro verso, tuttavia, è invalsa nel

⁽⁷³⁾ Cfr. Cass. 23 gennaio 1988, n. 521, in *Nuovo dir.*, 1988, p. 45.

⁽⁷⁴⁾ Cass. 24 maggio 2002, n. 7619, in *Notariato*, 2003, p. 150, con nota di B. MALAVASI, *Garanzie per vizi e « trasformazione » dell'appartamento venduto*: la Suprema corte conferma la decisione di merito che aveva riconosciuto l'astratta applicabilità dell'art. 1492, comma 3°, c.c. anche alla vendita con consegna di *aliud pro alio*; Cass. 23 gennaio 1988, n. 521, in *F. it.*, 1989, n. 1206; Cass. 17 gennaio 1981, n. 420, in *Mass.*, 1981.

⁽⁷⁵⁾ « Il principio per cui la risoluzione del contratto è preclusa dall'impossibilità di restituire l'oggetto nel suo stato originario opera ai sensi dell'art. 1492, comma 3°, che è espressione di una regola generale e, quindi, non ha valore limitatamente al contratto di compravendita »: Cass. 18 febbraio 1983, n. 1254, in *Mass.*, 1983.

⁽⁷⁶⁾ Alla quale, secondo la Cassazione, si applicano gli artt. 1492, 1494 e 1495 c.c. in caso di vizi o difetti delle cose da consumare, in quanto, essendo tali cose considerabili separatamente, la normativa da applicare, in virtù del rinvio contenuto nell'art. 1570 c.c., sarebbe quella della compravendita: cfr. Cass. 11 ottobre 2000, n. 13533, in *Mass.*, 2000.

⁽⁷⁷⁾ Cass. 4 aprile 1998, n. 3500, in *F. it.*, 1998, I, p. 2559, con nota di A. BARONE, *Il ginocchio del cestista ed i vizi redibitori: esiste ancora il mercato degli schiavi?*: in applicazione dell'art. 1492, comma 3°, c.c., la Suprema corte preclude alla società sportiva l'azione

diritto applicato un'interpretazione riduttiva del significato della regola che esclude l'esperibilità del rimedio risolutorio quando la cosa non può essere materialmente restituita nella sua sostanziale integrità a causa della sua trasformazione o alienazione. A negare la risoluzione per vizi non basterebbe, infatti, l'oggettiva impossibilità della *restitutio in integrum*: si richiede altresì che essa sia il risultato di un'attività nella quale si manifesti la volontà dell'acquirente di accettare il bene nonostante i vizi. Cosicché l'uso della cosa viziata — si estrinsechi in un'attività giuridica ⁽⁷⁸⁾ o di fatto ⁽⁷⁹⁾ —, la sua trasformazione (giuridica ^[80] o materiale ^[81]), l'alienazione ⁽⁸²⁾, la sua unione con altre cose tale impedire la separazione ⁽⁸³⁾ non portano di per sé alla negazione della risoluzione per vizi: a questo risultato si arriva solo in quanto il compratore manifesti con questi comportamenti l'intento di « accettare » la cosa nonostante i vizi e di conservarne nel tempo la disponibilità ⁽⁸⁴⁾. Secondo questo orientamento, pertanto, il fondamento dell'esclusione della risoluzione non andrebbe ricercato nell'obiettiva impossibilità di ripristinare la situazione antecedente al contratto, ma in una condotta incompatibile con la volontà di avvalersi del rimedio ⁽⁸⁵⁾. Nonostante l'impossibilità della *restitutio*

di risoluzione di un contratto di « acquisto » di uno sportivo risultato in non perfette condizioni fisiche, in quanto la società stessa aveva utilizzato il giocatore in due stagioni del campionato ed aveva dunque manifestato una volontà incompatibile con quella di provocare l'immediato scioglimento del vincolo contrattuale.

⁽⁷⁸⁾ Nella specie, la concessione di un privilegio speciale sulla cosa: cfr. Cass. 8 giugno 1993, n. 1212, in *F. it.*, 1993, I, p. 2547.

⁽⁷⁹⁾ Cass. 29 novembre 2004, n. 22416, in *Mass.*, 2004; Cass. 22 novembre 2000, n. 15104, in *Mass.*, 2000; Trib. Cagliari, 3 aprile 1995, in *R. giur. sarda*, 1996, p. 454, con nota di E. FADDA, *Confermata l'inapplicabilità delle tariffe a forcella agli appalti di trasporto*.

⁽⁸⁰⁾ Per esempio da immobile abusivo a bene legittimamente circolabile grazie alla concessione in sanatoria: cfr. Cass. 24 maggio 2002, n. 7619, cit.

⁽⁸¹⁾ Per esempio la trasformazione del tessuto mediante operazione di stampaggio: cfr. Cass. 11 maggio 1984, n. 2891, in *Arch. civ.*, 1985, p. 1442, con nota di M. BRONZINI, *Acquiescenza non presunta del compratore di cosa affetta da vizi*.

⁽⁸²⁾ Cass. 8 giugno 1994, n. 5552, in *Arch. civ.*, 1995, p. 4; Cass. 29 luglio 1983, n. 5221, in *Mass.*, 1983.

⁽⁸³⁾ Cass. 15 gennaio 2001, n. 489, in *F. it.*, 2001, I, c. 1906.

⁽⁸⁴⁾ La regola è dalla stessa giurisprudenza temperata dalla necessità che sia l'acquirente a dimostrare che tali attività non debbano essere interpretate come impeditive della domanda di risoluzione: cfr. Cass. 8 giugno 1994, n. 5552, cit. Si ritiene per esempio prova adeguata quella dell'utilizzo della cosa al fine di evitare il danno o il maggior danno: Cass. 15 gennaio 1980, n. 347, in *G. it.*, 1981, I, 1, p. 824.

⁽⁸⁵⁾ Esemplare è il caso deciso da Cass. 29 novembre 2004, n. 1434, cit., riguardante invero non l'impossibilità della restituzione dipendente da un evento sopravvenuto, ma dalle caratteristiche strutturali del bene consegnato, congegnato e fabbricato per soddisfare esigenze specifiche dell'acquirente e non suscettibile di essere reimmesso nel mercato (una cucina su misura): anche in questo caso la Suprema corte ha ritenuto necessario accertare se vi era stato un uso da considerarsi incompatibile con la volontà di risoluzione.

in integrum la giurisprudenza ammette inoltre la risoluzione in tutti i casi in cui questa si fonda su cause diverse dai vizi della cosa ⁽⁸⁶⁾.

Una volta risolto in senso positivo il problema dell'ammissibilità, in concreto, dell'azione di risoluzione, sorge l'ulteriore questione di precisarne gli effetti restitutori: in particolare — posto che l'acquirente ha diritto alla ripetizione del prezzo pagato ⁽⁸⁷⁾ — ci si chiede se un'obbligazione (e quale) incombe su di lui, che è impossibilitato a restituire in natura la cosa « indebitamente » ricevuta.

Se la risposta dovesse essere coerente con le massime fedeli all'impostazione doppiamente unitaria della ripetizione dell'indebito, dovrebbe porsi in questa sede il problema dell'applicabilità dell'art. 2037 c.c. Ed invece le decisioni che affrontano la questione o non richiamano le norme sulla ripetizione dell'indebito o — se lo fanno — si limitano ad una citazione vaga e non dettagliata nei contenuti ⁽⁸⁸⁾. Nel merito, si fa riferimento alla necessità che, in luogo della restituzione materiale del bene, debba essere disposto il pagamento dell'equivalente ⁽⁸⁹⁾. Si noti che questa soluzione — pur carica di quella problematicità cui si faceva cenno nelle pagine iniziali — viene in queste decisioni affermata con una certa ovvietà, senza essere adeguatamente argomentata. Preme inoltre sottolineare che, ogniqualvolta la si propone, si finisce per scegliere, più o meno consapevolmente, quel modello restitutorio descritto in precedenza e contrassegnato con *D*): almeno se si intende per equivalente monetario una somma pari al valore oggettivo del bene (e non al corrispettivo pattuito nel contratto) ⁽⁹⁰⁾.

Fa invece esplicito riferimento ad una restituzione in denaro commisurata al prezzo concordato nel contratto una recente decisione della Suprema corte, resa a proposito di un caso di risoluzione parziale della compravendita ⁽⁹¹⁾: soluzione che — come si è sottolineato nelle pagine precedenti — si colloca dentro il modello restitutorio descritto con la lettera *D*).

Il problema delle conseguenze restitutorie nell'ipotesi in cui sia impossibile la *restitutio in integrum* si pone anche quando il contratto è nullo o è annullato. Mentre l'art. 1492 comma 3° c.c., qui, non può applicarsi, la pur rara giurisprudenza tende a richiamare la disciplina dell'indebito, at-

⁽⁸⁶⁾ Cfr. per esempio Cass. 5 agosto 1988, n. 4849, in *Mass.*, 1988.

⁽⁸⁷⁾ L'obbligo del venditore di restituire all'acquirente il prezzo pagato — anche se la cosa è diminuita di valore o è deteriorata — nonché di rimborsargli le spese ed i pagamenti legittimamente fatti per il contratto si deduce dall'art. 1479 c.c.: il quale si riferisce invero alla risoluzione della vendita di cosa altrui quando il compratore, al tempo della conclusione del contratto, ignorava che la cosa non era di proprietà del venditore.

⁽⁸⁸⁾ Cfr., in via esemplare, Cass. 15 gennaio 2001, n. 489, cit.

⁽⁸⁹⁾ Fra le rare decisioni che affrontano esplicitamente il problema, cfr. Cass. 5 agosto 1988, n. 4849, cit.

⁽⁹⁰⁾ Profilo che non è esplicitato nella decisione citata nella nota precedente.

⁽⁹¹⁾ Cass. 28 aprile 1992, n. 5065, in *Mass.*, 1992.

traverso un adattamento alle concrete fattispecie dei concetti di buona o mala fede.

Fra le meno antiche delle poche decisioni in materia se ne segnala una della Cassazione risalente al 1982 e riguardante l'indebita consegna di una cosa determinata in esecuzione di un contratto nullo ⁽⁹²⁾. La corte richiama e si sforza di adattare al caso di specie la regola posta dall'art. 2037 c.c.: con la conseguenza di escludere la buona fede dell'*accipiens* in base all'argomento che la causa di nullità è a lui imputabile (« la buona fede » afferma la Suprema corte — « non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave »). Pertanto, il contraente che ha ricevuto il bene di cui è impossibile la restituzione viene condannato a pagarne il valore alla controparte. L'equilibrio del « sinallagma rovesciato » viene dunque fatto salvo attraverso un'interpretazione ampia della mala fede: il rischio del perimento fortuito del bene viene fatto gravare sull'acquirente, che non è liberato dall'impossibilità sopravvenuta della prestazione. Le prestazioni restitutorie sarebbero invece rimaste claudicanti se, nel rispetto della regola dettata in caso di buona fede dell'*accipiens*, l'obbligo dell'acquirente fosse stato circoscritto al suo arricchimento (2037, comma 3°, c.c.): costui si sarebbe infatti potuto liberare attraverso la riconsegna del bene totalmente o parzialmente distrutto o deteriorato, mentre la controparte avrebbe comunque dovuto restituire il corrispettivo ricevuto.

Anche in un caso più recente — dove il bene, consegnato in esecuzione di un contratto annullato, viene alienato ad un terzo — la Cassazione interpreta il concetto di mala fede come colpevole ignoranza della causa di invalidità del contratto: applica dunque la regola (l'art. 2038 c.c.) che modula le conseguenze restitutorie in ragione della buona o mala fede dell'*accipiens* ⁽⁹³⁾.

Allo stesso risultato — la condanna dell'*accipiens* al pagamento di una somma corrispondente al prezzo di mercato del bene — si arriva talvolta attraverso l'applicazione dell'istituto dell'ingiustificato arricchimento ⁽⁹⁴⁾: così è accaduto in un caso di consegna di materiale per il ripristino di strade e sentieri boschivi — in parte perito, in parte consumato dall'*accipiens* — in adempimento di un contratto nullo per difetto di forma scritta ⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹²⁾ Cass. 15 dicembre 1982, n. 6918, in *Mass.*, 1982.

⁽⁹³⁾ Nella specie: l'errore (bilaterale) in ordine ai criteri per l'indennità di esproprio non esclude la mala fede in quanto l'ignoranza dipenda da colpa grave: cfr. Cass. 17 aprile 1993, n. 4553, in *F. it.*, 1994, I, p. 1752.

⁽⁹⁴⁾ In questo secondo caso, tuttavia, il debito è di valore, cosicché va liquidato alla stregua dei valori monetari in atto al tempo della pronuncia, tenuto conto — anche d'ufficio — della svalutazione monetaria intervenuta fino a questo momento (cfr. Cass. 2 settembre 1998, n. 8722, in *Contratti*, 1999, p. 29, con nota di C. Mucio, *Appalto pubblico e azione di indebito arricchimento*).

⁽⁹⁵⁾ Si trattava di un contratto concluso con la P.A.: cfr. Cass. 2 settembre 1998, n. 8722, cit.: l'applicabilità della disciplina dell'indebito non è neppure presa in considerazione in questa pronuncia; né si affronta la questione della sussidiarietà dell'ingiustificato arricchimento.

Dall'analisi della giurisprudenza sopra riportata sembra in conclusione potersi dedurre che, pur al di là del richiamo alle regole sull'indebito, il modello prevalentemente applicato è quello che fa gravare sull'acquirente della cosa determinata il rischio dell'impossibilità di restituire la cosa stessa, attraverso l'imposizione dell'obbligo di pagarne l'equivalente pecuniario.

9. — Meritano un'analisi separata i casi riguardanti l'impossibilità della restituzione dipendente dalla natura della prestazione: come quando viene eseguita un'obbligazione di fare o di lasciare godere ad altri un proprio bene.

La giurisprudenza, nonostante i riferimenti apparentemente acritici alla disciplina dell'indebito, non applica in questo settore gli art. 2033 ss., ma pone in essere una varietà di soluzioni corrispondente all'intera serie di possibilità teoriche descritte in precedenza.

a) Conviene citare per primi quegli orientamenti interpretativi nei quali la soluzione del problema delle restituzioni è collocato dentro il modello contrassegnato nelle pagine precedenti con la lettera C): che prevede l'intangibilità delle prestazioni effettuate in esecuzione di un contratto pur nato o divenuto inefficace.

All'interno di questo filone si collocano in primo luogo le decisioni che applicano una norma settoriale — l'art. 2126 c.c. ⁽⁹⁶⁾ — a prestazioni che abbiano il carattere della subordinazione ⁽⁹⁷⁾: per esempio, al contratto di lavoro giornalistico nullo per mancata iscrizione all'albo del giornalista ⁽⁹⁸⁾. Nei primi anni Ottanta la Cassazione, discostandosi da un precedente contrario ⁽⁹⁹⁾, aveva inaugurato un orientamento favorevole ad applicare l'art. 2126 c.c. anche al contratto di agenzia nullo per mancata iscrizione del professioni-

⁽⁹⁶⁾ Un caso esemplare nel quale l'art. 2126 c.c. è applicato nell'ambito suo proprio è quello del rapporto di lavoro subordinato avente ad oggetto l'insegnamento presso scuole private legalmente riconosciute, là dove l'insegnante sia privo del titolo legale di abilitazione all'insegnamento: cfr., per esempio, Cass. 28 giugno 1986, n. 4341, in *G. it.*, 1987, I, 1, p. 854.

⁽⁹⁷⁾ La possibilità di far leva sull'art. 2126 c.c. al fine di edificare una regola generale secondo la quale l'esecuzione di una prestazione di fare precluderebbe all'*accipiens* il diritto di ripetere la controprestazione da lui effettuata non può non tenere conto della collocazione settoriale della disposizione, situata nel diritto del lavoro: rinvia la giustificazione della regola analoga, vigente nel sistema francese, in ragioni tutte interne al rapporto di lavoro, per esempio, M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, cit., p. 67: « *le droit des restitutions et plus généralement celui des obligations (le régime des nullités) doit se modifier, sembe-t-il, devant le particularisme du droit social* ».

⁽⁹⁸⁾ Se, appunto, in regime di subordinazione: Cass., 6 aprile 1990, n. 2890, in *Mass.*, 1990 afferma che, in caso di mancata iscrizione all'albo, il contratto di lavoro è nullo per difetto di un requisito soggettivo nella persona del lavoratore, imposto dalla imperativa di cui all'art. 45 l. n. 69 del 1963: ma non illiceità dell'oggetto o della causa; secondo la Cassazione, dall'applicazione dell'art. 2126 c.c. discende che, per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, trova applicazione la disciplina contrattuale individuale e collettiva (quest'ultima, sia nella parte economica che in quella normativa); non sarebbe invece applicabile l'art. 2231 c.c., dettato esclusivamente per il contratto d'opera professionale.

⁽⁹⁹⁾ Cass. 22 settembre 1978, n. 426, in *F. it.*, 1979, I, p. 393.

sta nell'apposito albo ⁽¹⁰⁰⁾. Ma questa posizione, come si vedrà tra poco, è stata in seguito abbandonata dalla Suprema corte.

La regola dell'inefficacia della nullità per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione viene poi applicata alla locazione: la giurisprudenza — sia in base al principio del divieto di arricchimento ingiustificato ⁽¹⁰¹⁾, sia alla luce del carattere irretroattivo della risoluzione nei rapporti di durata (art. 1458 c.c.) ⁽¹⁰²⁾ — nega infatti al conduttore, in caso di nullità del contratto, il diritto di chiedere la ripetizione dei canoni versati durante il periodo di godimento del bene locato. La stessa soluzione è stata di recente affermata — in un giudizio di merito — anche a proposito della nullità del contratto (atipico) avente ad oggetto la posa e la concessione in uso di un cartello pubblicitario ⁽¹⁰³⁾.

All'irretroattività degli effetti della risoluzione nei contratti con prestazioni continuate o periodiche (art. 1458, comma 2° c.c.) si richiama poi la giurisprudenza per disciplinare le conseguenze dello scioglimento del contratto di *leasing* con funzione finanziaria: ove si attribuisce al concedente il diritto di trattenere i canoni scaduti fino alla data dello scioglimento del contratto ⁽¹⁰⁴⁾.

Per un'applicazione originale della regola dell'irretroattività si segnala infine una recente decisione di merito, relativa ad un contratto di prestazione medica risolto per inadempimento del professionista ⁽¹⁰⁵⁾: decisione che, facendo leva sull'idea della corrispettività delle prestazioni restitutorie, è giunta a negare l'obbligo del medico di restituire il compenso percepito per la prestazione pur inesattamente eseguita ⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ « L'attività lavorativa » — afferma la Suprema corte — « seppure illegale, non può definirsi come illecita in senso proprio »: cfr. Cass. 13 agosto 1981, n. 4928, in *F. it.*, 1981, I, p. 2693, con nota redazionale di R. PARDOLESI; Cass. 15 gennaio 1982, n. 255, in *F. it.*, 1982, I, p. 693, con nota redazionale di R. PARDOLESI; nella giurisprudenza di merito, Pret. Monza, 13 novembre 1985, in *Lavoro*, 1986, p. 515.

⁽¹⁰¹⁾ Al principio dell'ingiustificato arricchimento si richiamano Cass. 6 maggio 1966, n. 1166, in *F. it.*, 1966, I, p. 1249 (ove si nega il diritto alla restituzione di quanto percepito a titolo di corrispettivo del godimento nel caso di una locazione di un alloggio di cooperativa edilizia con contributo statale conclusa dall'assegnatario senza le prescritte autorizzazioni e, quindi, nulla per violazione di una norma imperativa); Cass. 3 maggio 1991, n. 4849, in *Arch. civ.*, 1991, p. 504.

⁽¹⁰²⁾ Pret. Roma, 30 novembre 1988, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1733, con nota di N. Izzo, *Canone di locazione: dichiarazione di illegittimità costituzionale e ripetizione dell'indebito*.

⁽¹⁰³⁾ Trib. Bergamo, 19 aprile 2006, in *F. it.*, 2006, I, p. 2222.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr., fra le più recenti Trib. Monza, 7 dicembre 2004, in *Fallimento*, 2005, p. 1174, con nota di A. BADINI CONFALONIERI, *Leasing ed effetti della risoluzione: il dibattito continua, ma la soluzione è raggiunta?*.

⁽¹⁰⁵⁾ Trib. Roma, 1 luglio 2004, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1502, con nota di A. DI MAJO, *La teoria del saldo e l'irripetibilità delle prestazioni*.

⁽¹⁰⁶⁾ La giurisprudenza di legittimità — sia detto incidentalmente — è giunta da tempo

b) Un diverso filone giurisprudenziale si riconduce al modello indicato in precedenza *sub B*): il quale, a differenza di quello appena descritto, sancisce e ritiene non rimuovibile lo scompenso fra le sfere patrimoniali delle parti derivante dall'esecuzione di una prestazione di fare.

Questo modello — lo si è premesso — trova la sua più esplicita espressione legislativa nell'art. 2231 c.c., che nega il diritto al compenso a chi pone in essere una prestazione professionale di tipo intellettuale senza essere iscritto all'apposito albo (in esecuzione, quindi, di un contratto nullo per violazione di una norma imperativa). Oltre all'esclusione della possibilità di agire per ottenere il corrispettivo pattuito contrattualmente ed all'obbligo di restituire quello percepito in cambio della prestazione intellettuale⁽¹⁰⁷⁾, la giurisprudenza nega al professionista di fatto anche la possibilità di pretendere un indennizzo alla luce del principio dell'arricchimento ingiustificato⁽¹⁰⁸⁾. E ciò in quanto il divieto di agire per il compenso avrebbe una formulazione talmente ampia, da estendersi anche all'azione generale di arricchimento⁽¹⁰⁹⁾. La pre-

a distinguere l'obbligazione restitutoria da quella risarcitoria: cfr., a titolo puramente esemplificativo, Cass. 26 febbraio 1993, n. 2456, in *G. it.*, 1994, I, 1, p. 680; da ultimo, cfr. Cass., 28 marzo 2006, n. 7083, in *Mass.*, 2006 (« la domanda di restituzione della prestazione effettuata, conseguente alla risoluzione del contratto per inadempimento, configura una domanda nuova rispetto a quella di risarcimento del danno... tanto con riferimento alla *causa petendi*, integrando essa una richiesta di ripetizione di indebito..., quanto con riguardo al *petitum* »).

⁽¹⁰⁷⁾ Come corollario della qualificazione del contratto come assolutamente nullo: si vedano, chiaramente, Cass. 16 ottobre 1995, n. 10769, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 66 (a proposito di prestazioni riservate agli esercenti la professione sanitaria iscritti negli albi professionali dei medici chirurghi e odontoiatri da parte di un odontotecnico non iscritto ad alcuno di questi albi); Cass. 2 dicembre 1993, n. 11947, in *Mass.*, 1993 (concernente la definizione dell'attività riservata ai ragionieri); Cass. 5 novembre 1992, n. 11994, in *Mass.*, 1992 (relativa alla progettazione di un impianto di illuminazione pubblica sul territorio comunale — attività riservata alla competenza degli ingegneri e degli architetti — da parte di un geometra).

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr., per esempio, Cass. 5 luglio 1997, n. 6057, in *Fisco*, 1997, p. 12077: « Le attività di tenuta dei libri contabili, registrazione di fatture, predisposizione della modulistica per la dichiarazione dei redditi, chiusura della contabilità e assistenza nell'atto di cessione dell'azienda, formano oggetto della professione di ragioniere e perito commerciale (e di dottore commercialista) e per il loro esercizio è necessaria l'iscrizione all'albo, secondo la previsione di cui all'art. 1, lett. a) e b), del decreto ministeriale concernente l'ordinamento delle dette professioni (d.p.r. 27 ottobre 1953 n. 1067 e n. 1068); ne consegue che, ai sensi dell'art. 2231 c.c., il professionista che abbia esercitato le suddette attività senza essere iscritto all'albo non può chiedere alcun compenso, neppure in base all'azione generale di arricchimento senza causa »; Cass., 22 giugno 1982, n. 3794, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2575, con nota di M. COSTANZA, *In margine all'art. 2231, comma 1° del codice civile*: ove si afferma che il professionista che abbia esercitato un'attività professionale riservata dalla legge ad una categoria diversa da quella dell'albo nel quale egli sia iscritto (nella specie: il geometra che abbia esercitato attività riservata agli ingegneri e architetti) non può chiedere alcun compenso, neppure in base all'azione generale di arricchimento senza causa.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. in via esemplare, Cass. 2 ottobre 1999, n. 10937, in *Notariato*, 2000, p. 229,

stazione indebita, per effetto dell'operare congiunto del dettato normativo e dell'interpretazione giurisprudenziale, resta dunque sotto ogni profilo priva di un qualsiasi compenso.

Allo stesso regime la giurisprudenza sottopone la prestazione del mediatore non iscritto all'albo (il quale, pure, non può essere propriamente definito un professionista intellettuale) ⁽¹¹⁰⁾.

Al di fuori del settore della prestazione di opera professionale una soluzione del tutto analoga a quella appena esposta si ritrova in una recente pronuncia, di merito, avente ad oggetto la nullità di un contratto di trasporto: ove si accoglie la domanda del mandante alla ripetizione del corrispettivo versato per il trasporto di merci, ma si respinge la riconvenzionale del vettore volta ad ottenere il pagamento della prestazione effettuata (ed in particolare l'applicazione di « tariffe a forcilla ») ⁽¹¹¹⁾. Nel motivare la decisione il Tribunale sottolinea che, se la riconvenzionale fosse stata accolta, sarebbe stata ammessa la « sanatoria » di un contratto nullo per mancanza della forma prescritta dalla legge *ad substantiam*; per un motivo sostanzialmente analogo si respinge anche l'operatività sussidiaria dell'ingiustificato arricchimento, visto come rimedio contraddittorio rispetto alla scelta dell'ordinamento di rifiutare tutela ad un determinato interesse attraverso lo strumento della nullità ⁽¹¹²⁾.

c) Degni di attenzione, infine, sono i casi nei quali la giurisprudenza applica alla nullità del contratto di prestazione professionale un regime restitutorio misto. In particolare, si nega da un lato il diritto al compenso pattuito

con nota di A. JACOPI, *Le società di ingegneria tra legislazione speciale e riforma delle professioni intellettuali*: la Suprema corte richiama l'art. 2231, comma 1°, c.c. e, in particolare, ne valorizza la formulazione generale ed astratta, ritenuta indicativa dell'intento di escludere l'operatività di qualsiasi rimedio alternativo.

⁽¹¹⁰⁾ La Suprema corte fonda la decisione sull'argomento della contrarietà a norma imperativa del contratto di mediazione stipulato con soggetti non iscritti negli appositi ruoli (Cass. 15 dicembre 2000, n. 15849, in *F. pad.*, 2001, I, p. 65; Cass. 3 novembre 2000, n. 14381, in *Mass.*, 2000); l'applicabilità dell'ingiustificato arricchimento, d'altra parte, secondo la Suprema corte non potrebbe fondarsi neppure sul suo carattere sussidiario, il quale verrebbe meno in presenza di una norma — l'art. 2231 c.c. — che non ammette alcun rimedio. Aggiunge la Cassazione che tale conclusione « è anche conforme alla *ratio* della norma, diretta a vietare l'esercizio abusivo della professione a chi, per non avere conseguito l'iscrizione, non dà sufficienti garanzie di poter svolgere professioni di particolare delicatezza con le necessarie competenze tecniche ». Per l'inapplicabilità dell'arricchimento ingiustificato si vedano anche, oltre alla già citata Cass. 2 ottobre 1999, n. 10937, cit., Cass. 13 gennaio 1984, n. 286, in *Resp. civ. prev.*, 1984, p. 670; Cass. 22 giugno 1982, n. 3794, in *Mass.*, 1982. Fra le decisioni di merito cfr. App. Milano, 22 dicembre 2004, in *Contratti*, 2005, p. 1145, con nota di E. MAZZOLETTI, *Mediazione e sussistenza del diritto alla provvigione*; Trib. Roma, 29 aprile 1998, in *Arch. civ.*, 1998, p. 1253.

⁽¹¹¹⁾ Trib. Torino, 1 giugno 2000, n. 5271, in *R. giur. circ. e traspr.*, 2000, p. 783, con nota di G. SARZINA, *Tariffe di trasporto e ordine pubblico: utopia e realtà*.

⁽¹¹²⁾ Il tribunale aggiunge che in ogni caso mancherebbe la prova sia dell'arricchimento sia del depauperamento.

nel contratto: cosicché, sotto questo profilo, il regime è analogo a quello sancito nell'art. 2231 c.c. Dall'altro lato, però, si afferma la legittimazione del professionista ad agire per l'arricchimento ingiustificato: e dunque a pretendere dalla controparte un indennizzo calcolato in base alle tariffe professionali. Questa soluzione si avvicina al modello descritto nelle pagine precedenti (*sub D*), volto a salvaguardare l'equilibrio delle prestazioni restitutorie attraverso l'imposizione di un'obbligazione extracontrattuale al debitore: con la precisazione che, nei casi citati, l'ancoraggio all'equivalente monetario della prestazione irripetibile è un parametro non vincolante per la valutazione giudiziale ⁽¹¹³⁾.

Un esempio significativo di questo orientamento è rappresentato dal contratto di agenzia nullo per la mancata iscrizione del professionista nell'apposito albo ⁽¹¹⁴⁾: anche se la fattispecie ha perso oggi rilevanza pratica a seguito del contrasto della normativa italiana con quella di fonte comunitaria ⁽¹¹⁵⁾. Mentre dunque all'agente di fatto non è stato riconosciuto il corrispettivo pattuito, gli è stato concesso il diritto ad un'indennità ai sensi dell'art. 2041 c.c. ⁽¹¹⁶⁾: si è invece negata l'applicazione della disciplina dell'indebito, della quale — in contraddizione con le massime riportate nelle pagine iniziali — si sostiene l'incompatibilità con le prestazioni indebite di fare ⁽¹¹⁷⁾.

⁽¹¹³⁾ Cass., 27 giugno 1994, n. 6182, in *F. it.*, 1994, I, p. 3587; Cass. 14 marzo 1983, n. 1890, in *Mass.*, 1983. A proposito della non vincolatività delle tariffe professionali nella quantificazione dell'indennizzo per ingiustificato arricchimento cfr. A. TRABUCCHI, *Arricchimento*, cit., p. 74.

⁽¹¹⁴⁾ Istituito dall'art. 9 della l. 12 marzo 1968, n. 316, in seguito sostituito dall'art. 9 della l. 3 marzo 1985, n. 204.

⁽¹¹⁵⁾ In seguito alla decisione del 30 aprile 1998 della Corte di Giustizia dell'Unione (Bellone c. Yokohama S.p.A.), la Suprema corte ha affermato che le leggi degli stati membri non possono stabilire la nullità dei contratti di agenzia stipulati con soggetti non iscritti in apposito ruolo e che, pertanto, la normativa interna incompatibile con il diritto comunitario (nella specie: con la direttiva 86/653/Cee, pur inattuata) deve essere disapplicata da parte dei giudici nazionali: cfr. Cass. 12 novembre 1999, n. 12580, in *Mass.*, 1999, e Cass. 19 maggio 2003, n. 784, in *Mass.*, 2003. Si veda, per una prima applicazione del nuovo indirizzo, Cass. 17 aprile 2002, n. 5505, in *F. it.*, 2002, I, p. 2709, con nota di M. CAPUTI, *Agenti, mediatori e difetto di iscrizione nei ruoli professionali: unicuique suum?*, ove si afferma la validità del contratto di agenzia stipulato in qualità di agente da una società non iscritta all'apposito ruolo, in quanto « la direttiva 86/653/Cee osta ad una normativa nazionale che subordini la validità di un contratto di agenzia all'iscrizione dell'agente di commercio in un apposito albo ».

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. Cass. 18 luglio 2002, n. 10427, in *Mass.*, 2002, ove si sottolinea che l'azione di ingiustificato arricchimento potrebbe essere esclusa solo in caso di illiceità del contratto per violazione dell'ordine pubblico o del buon costume.

⁽¹¹⁷⁾ Con particolare riferimento all'agente di fatto richiamano l'argomento dell'inapplicabilità della disciplina dell'indebito alle prestazioni di fare: Cass. 4 novembre 1994, n. 9063, cit. (ove si nega all'agente di fatto la possibilità di invocare l'art. 2126 c.c., ma si afferma l'applicabilità dei « principi in materia di prestazioni non dovute di fare, riconoscendosi all'agente la possibilità nei confronti del preponente *ex art.* 2041 c.c. con l'azione di arricchimento senza causa, ovvero di invocare la conversione del contratto di agenzia nullo

Se si allarga lo sguardo ad ulteriori figure di nullità del contratto di prestazione professionale — diverse dalla mancata iscrizione all'albo — o degli altri contratti che impongono prestazioni di fare (come l'appalto), si rileva la loro tendenziale sottoposizione allo stesso regime applicato al contratto con l'agente di fatto: si esclude infatti il diritto al corrispettivo pattuito contrattualmente e la ripetibilità di quello già versato (salvo che, ovviamente, non si ricada nel caso della prestazione contraria al buon costume ^[118]) e si ritiene tendenzialmente ammissibile l'azione di ingiustificato arricchimento ⁽¹¹⁹⁾: an-

in un contratto atipico di procacciamento di affari o di mediazione e di conseguire il compenso per l'opera svolta in relazione a tali contratti »); Cass. 19 agosto 1992, n. 9675, cit.; Cass. 10 giugno 1992, n. 7112, in *Mass.*, 1992; Cass. 13 novembre 1991, n. 12093, in *Mass.*, 1991. Nella giurisprudenza di merito, Trib. Torino, 3 ottobre 1997, in *Giur. piemontese*, 1997, p. 460 (Il contratto di agenzia concluso con un agente non iscritto all'albo è nullo, per violazione di norma imperativa; conseguentemente al relativo rapporto si applicano i principi generali in materia di prestazioni non dovute di fare, non potendo, rispetto ad esso, trovare applicazione gli art. 2231 e 2126 c.c.). In questo quadro appare del tutto originale la posizione di Pret. Ancona, 24 ottobre 1989, in *Nuovo dir.*, 1990, p. 785, con nota di G. LOTITO, *Contratto di agenzia stipulato da soggetto non iscritto nell'apposito ruolo — Nullità per violazione di norma imperativa — Prestazioni eseguite — Indebito oggettivo — Configurabilità*: essa richiama infatti la disciplina dell'indebito — ritenuta applicabile anche alle prestazioni non dovute di fare — al fine di regolare le prestazioni eseguite dall'agente di fatto: cosicché, secondo la decisione citata, tali prestazioni possono essere ripetute per equivalente e, in caso di mala fede della ditta mandante, devono essere raggugliate all'ammontare delle provvigioni e dell'indennità di scioglimento del rapporto (con esclusione dell'indennità sostitutiva del preavviso e dell'indennità suppletiva di clientela). Altrettanto originale ed isolata appare la pronuncia di Trib. Trento-Tione, 3 aprile 1991, in *F. it.*, 1992, I, p. 1917: la quale, nell'escludere all'agente di fatto l'applicabilità della disciplina dell'ingiustificato arricchimento, respinge la richiesta di ripetizione delle prestazioni erogate a costui in quanto le configura come adempimento di un'obbligazione naturale.

⁽¹¹⁸⁾ Lo precisano, per esempio, Cass. 2 settembre 1998, n. 8722, cit.; Cass. 10 marzo 1995, n. 2801, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1804; per un'applicazione della clausola del buon costume cfr. Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *F. it.*, 1990, I, p. 298, con nota di richiami di G. PONZANELLI.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. Cass. 15 giugno 2005, n. 12850, in *Mass.*, 2005; Cass. 11 febbraio 2002, n. 1884, in *Mass.*, 2002 (in entrambi i casi si riconosce un indennizzo al professionista che ha eseguito un progetto di un'opera pubblica in assenza di un valido conferimento dell'incarico: indennizzo limitato all'arricchimento effettivamente conseguito dalla P.A. — seppure consistente nell'aver evitato un esborso o una diversa diminuzione patrimoniale — e liquidato in base alla somma degli onorari professionali relativi all'elaborazione del progetto); Cass., 27 febbraio 2002, n. 2884, in *Contratti*, 2002, p. 982, con nota di E. VAGLIO, *Costruzione di immobile abusivo: nullità dell'appalto e azione di ingiustificato arricchimento* (dove la Cassazione, a proposito di un contratto di appalto nullo per l'illiceità dell'oggetto, ha riconosciuto all'appaltatore un indennizzo per l'ingiustificato arricchimento che la controparte aveva tratto dall'esecuzione dell'opera). Devono sussistere ed essere provati, ovviamente, i presupposti dell'azione di ingiustificato arricchimento richiesti dall'art. 2041 c.c. (in particolare un effettivo vantaggio economico da parte del beneficiario: cfr., a proposito di una prestazione professionale di fatto, Cass. 24 novembre 2003, n. 17860, in *Mass.*, 2003): si noti che tale azione — là dove sia esercitata nei confronti della P.A. — richiede anche il riconoscimento, da parte dell'ente beneficiario, dell'utilità dell'opera o della prestazione (fra le molte, Cass. 16 maggio 2006, n. 11368, in *Mass.*, 2006; Cass. 25 febbraio

che se in non tutti i casi la giurisprudenza arriva a pronunciarsi sull'applicabilità di questo istituto ⁽¹²⁰⁾.

Dei tre orientamenti descritti a proposito delle prestazioni di fare o di lasciar godere, in conclusione, il primo garantisce l'equilibrio fra le prestazioni restitutorie attraverso l'esigibilità del corrispettivo pattuito e l'irripetibilità di quello versato; il secondo, al contrario, esclude una qualsiasi forma di compenso per la prestazione eseguita ma non più ripetibile; il terzo, infine, ammette che il riequilibrio fra le sfere dei due contraenti sia rimesso all'operatività di un'obbligazione extracontrattuale — l'indennizzo per ingiustificato arricchimento — che tuttavia non impone necessariamente all'*accipiens* una somma commisurata al valore oggettivo della prestazione.

10. — Preme a questo punto trarre qualche indicazione — anche se di carattere puramente descrittivo — dai dati fino a qui raccolti.

Una prima considerazione emerge con una certa evidenza: l'affermazione non problematica ripetuta nelle massime della Suprema corte — secondo la quale gli effetti restitutori di qualsiasi invalidità o impugnativa contrattuale sono pacificamente riconducibili alla disciplina della ripetizione dell'indebitto — è contraddetta dalle regole effettivamente applicate nella prassi giudiziaria.

L'analisi degli orientamenti della giurisprudenza mostra infatti l'esistenza e la convivenza di una pluralità di regole restitutorie, che, in contrasto con il tenore delle massime prima citate, vengono variamente articolate in ragione della natura della prestazione, delle modalità di esecuzione del contratto, del tipo di invalidità o di impugnativa contrattuale: tanto da offrire una rappresentazione concreta dell'intera serie dei modelli restitutori astrattamente prospettabili. Le fonti normative da cui si ricavano tali soluzioni si rinven-
gono

2004, n. 3811, in *Mass.*, 2004; Cass. 18 novembre 2003, *ivi*, n. 17440; Cass. 12 dicembre 2003, n. 19059, *ivi*, 2003; Cass. 19 giugno 2000, n. 8285, *ivi*, 2000; Trib. Rieti, 13 maggio 1991, in *F. it.*, 1991, I, c. 2888).

⁽¹²⁰⁾ Nei casi in cui la giurisprudenza non si pronuncia a proposito dell'ammissibilità dell'ingiustificato arricchimento risulta difficile l'inquadramento nell'ambito dei modelli in precedenza esposti: è quanto può dirsi, per esempio, a proposito del contratto con un ente pubblico nullo per l'inefficacia della delibera di conferimento dell'incarico (Cass., sez. un., 10 giugno 2005, n. 12195, in *Corr. giur.*, 2006, p. 249, con nota di D. DI CARLO, *Nullità della delibera di un ente pubblico di conferimento di incarico professionale e compenso al professionista*: secondo la Cassazione il contratto è nullo per violazione degli artt. 284, 288, r.d. 3 marzo 1934, n. 383, i quali prescrivono che la delibera con la quale i competenti organi comunali o provinciali affidano ad un professionista privato l'incarico per la progettazione di un'opera pubblica, è valida e vincolante nei confronti dell'ente soltanto se essa contenga la previsione dell'ammontare del compenso dovuto al professionista e dei mezzi per far fronte alla relativa erogazione di spesa: dall'invalidità della delibera deriva la nullità del contratto di prestazione d'opera professionale ad essa collegato e l'insussistenza del diritto del professionista di chiedere o trattenere il compenso pattuito); o con riguardo ad un contratto di appalto nullo in quanto diretto alla costruzione di un'opera edilizia senza la prescritta licenza o concessione (Cass. 28 gennaio 1987, n. 783, in *Mass.*, 1987).

talvolta nella disciplina degli altri atti o fatti — nell'indebito o nell'ingiustificato arricchimento —, talvolta nella parte generale del contratto, talvolta in disposizioni dettate a proposito di singoli contratti.

Dall'analisi del diritto applicato si può dedurre una tendenziale prevalenza del modello che realizza una compensazione delle sfere patrimoniali attraverso l'imposizione di un'obbligazione extracontrattuale: dedotta prevalentemente dalla disciplina dell'indebito se diviene impossibile una prestazione di consegnare una cosa determinata; dall'istituto dell'ingiustificato arricchimento se è stata eseguita una prestazione di fare.

Non sempre è invece adeguatamente motivata l'applicazione delle regole alternative a questo schema: sia quando si richiama il modello restitutorio aderente alla *lex contractus* (come nel caso della nullità della locazione), sia quando si decide di lasciare inalterato lo squilibrio economico derivante dall'esecuzione del contratto (come nell'esempio del mediatore di fatto o del contratto di trasporto nullo).

Un ulteriore dato può poi essere sottolineato: fra le numerose decisioni riguardanti l'impossibilità di restituire una delle prestazioni eseguite in attuazione di un contratto nato o divenuto inefficace, quelle che concretamente richiamano la disciplina dell'indebito (gli artt. 2037 e 2038 c.c.) costituiscono un numero alquanto esiguo: in particolare si concentrano nelle fattispecie di invalidità e riguardano la restituzione di una cosa determinata.

Dai dati fin qui raccolti può dunque ricavarsi la conclusione che la disciplina dell'indebito è tendenzialmente disapplicata in due ipotesi generali: una riguardante la natura della prestazione eseguita, l'altra il tipo di impugnativa contrattuale.

Da una parte, infatti, il riferimento anche solo nominale agli artt. 2033 ss. c.c. tende a mancare nei settori contrattuali il cui oggetto sia costituito da prestazioni di fare o di lasciar godere, a carattere istantaneo o durevole: dove le soluzioni applicate alle obbligazioni restitutorie variano considerevolmente le une dalle altre, tanto da rispettare in alcuni casi l'equilibrio contrattuale, e da contraddirlo totalmente in certi altri ⁽¹²¹⁾.

Dall'altra parte, una tendenziale disapplicazione della disciplina dell'indebito si può verificare a proposito di almeno un tipo di impugnativa contrattuale: la risoluzione per inadempimento ⁽¹²²⁾.

⁽¹²¹⁾ Cfr. *retro*, § 8.

⁽¹²²⁾ Oltre ai numerosi casi citati nelle pagine precedenti, tale disapplicazione si può rilevare anche sotto il profilo della decorrenza degli interessi, che solo per cenni può essere riferito in questa sede: infatti la giurisprudenza prevalente si orienta nel senso dell'inoperatività della regola che articola l'obbligo restitutorio a seconda della buona o mala fede dell'*accipiens*. In particolare, dal carattere retroattivo della risoluzione un cospicuo numero di pronunce fa derivare l'obbligo di pagare i frutti dei beni ricevuti in esecuzione del contratto in ogni caso dalla consegna (o dal pagamento): indipendentemente dal fatto che l'*accipiens* sia la parte inadempiente: si vedano nella giurisprudenza di legittimità, solo a titolo esemplificativo, Cass. 15 marzo 2004, n. 5237, in *Mass.*, 2004; Cass. 18 gennaio 1991, n. 447,

Quanto, invece, alle aree in cui gli artt. 2033 ss. c.c. sono più costantemente richiamati o sostanzialmente applicati, l'ipotesi principale appare quella della nullità del contratto. Gli esiti cui concretamente questo riferimento conduce sono di due tipi, e sono entrambi realizzati attraverso l'identificazione della mala fede di una delle parti con profili di una sua responsabilità precontrattuale. Infatti, per quanto riguarda l'aspetto — affrontato in queste pagine — della distribuzione fra le parti del rischio del perimento del bene, l'adattamento alla fattispecie concreta del concetto di mala fede ha portato ad imporre all'*accipiens* il pagamento dell'equivalente monetario della prestazione (una cosa certa e determinata) divenuta impossibile⁽¹²³⁾. Nei casi in cui, invece, è venuto in gioco il problema della decorrenza degli interessi sulle somme di denaro da restituire l'argomento fondato sulla dolosa omissione di circostanze rilevanti ai fini della validità del contratto è stato richiamato per condannare chi ha ricevuto tale somma a pagare gli interessi legali a decorrere dalla data del versamento⁽¹²⁴⁾.

L'analisi delle soluzioni praticate dalla giurisprudenza mostra dunque come sia solo apparentemente pacifico il principio della riconducibilità di tutti gli effetti restitutori derivanti da un contratto inefficace (ma in tutto o in parte eseguito) al regime dell'indebito.

Vengano o meno richiamati gli artt. 2037 e 2038 c.c., le soluzioni della giurisprudenza appaiono ispirate a scelte intuitivamente equitative: non sempre accompagnate da una chiara percezione delle questioni teoriche, da una visione globale (e non settoriale) del sistema delle restituzioni e dalla consapevolezza delle loro conseguenze economiche effettive.

in *Mass.*, 1991. Fra la giurisprudenza di merito cfr. Trib. Milano, 6 ottobre 1998, cit.; App. Cagliari, 10 maggio 1990 e 30 marzo 1990, in *R. giur. sarda*, 1991, pp. 676 e 677, con note di A. LUMINOSO, *Vendita di edificio e mancata consegna al compratore del certificato di abitabilità e Mora, interessi e maggior danno nell'inadempimento delle obbligazioni restitutorie (pecuniarie) da risoluzione del contratto*. Per un'applicazione della regola citata alla revoca senza giusta causa del mandato — equiparata ad un caso di inadempimento — cfr. Cass. 9 giugno 1994, n. 5622, in *G. it.*, 1995, I, 1, p. 430.

⁽¹²³⁾ Cfr. *retro*, § 7.

⁽¹²⁴⁾ Applicazioni significative di questo modo di ragionare si rinvencono in quel filone di pronunce della giurisprudenza di merito che ha dichiarato nulli i contratti di investimento finanziario stipulati dai clienti senza essere stati adeguatamente informati, da parte degli istituti bancari, in ordine ai rischi dell'operazione economica: in queste decisioni si fa leva sulla mala fede della banca — intesa qui come consapevole violazione di un dovere precontrattuale imposto dalla legge — allo scopo di far decorrere gli interessi dalla data del versamento della somma sino al saldo: cfr., in via esemplare, Trib. Venezia, 22 novembre 2004, n. 2654, in *Contratti*, 2005, p. 5, con nota di D. MAFFEIS, *Il dovere di consulenza al cliente nei servizi di investimento e l'estensione del modello al credito ai consumatori*; Trib. Mantova, 18 marzo 2004, in *G. it.*, 2004, I, p. 2125, con nota di P. FIORIO, *Doveri di comportamento degli intermediari finanziari, suitability rule, conflitto di interessi e nullità virtuale dei contratti di investimento in bond argentini*.