

Capitolo Primo

I MODELLI

di PAOLO GALLO

SOMMARIO: 1. Il problema delle restituzioni contrattuali. – 2. La peculiarità delle restituzioni contrattuali. – 3. Le restituzioni contrattuali nel codice. – 4. La distinzione tra buona e mala fede. – 5. I modelli delle restituzioni contrattuali. – 6. Le restituzioni contrattuali in Italia. – 7. I vizi originari. – 8. I vizi sopravvenuti. – 9. Le opzioni in materia di restituzioni contrattuali.

1. Il problema delle restituzioni contrattuali

Se il contratto è nullo, non importa ovviamente per quale ragione, è sufficiente non dar esecuzione al contratto; i problemi maggiori sorgono quando il contratto ha ricevuto esecuzione, ancorché parziale; nei casi di questo genere l'alternativa di fondo che si pone è la seguente:

a) dar ingresso ai rimedi restitutori, con conseguente *restitutio in integrum*; ciascuna parte sarà in altre parole tenuta a restituire quanto conseguito in esecuzione del contratto, unitamente ai frutti ed agli interessi, in modo tale da ricondurre le parti nel modo più esatto possibile nella stessa posizione in cui si trovavano prima dell'esecuzione del contratto; ove poi la restituzione in natura non sia più possibile, per distruzione, consumazione o alienazione del bene, la restituzione avrà luogo per equivalente; un discorso comparabile può essere in linea di principio ripetuto in materia di prestazioni di fare o comunque non suscettibili di restituzione; si tratta a ben vedere del modello tradizionale della *condictio*, tipico della tradizione romanistica;

b) in alternativa sarebbe possibile consolidare lo scambio, con conseguente obbligo di devolvere il corrispettivo pattuito o comunque un giusto corrispettivo; a questi fini potrebbe parlarsi di irretroattività della declaratoria di nullità (*ex nunc*), di rapporti di fatto, di sanatoria del contratto nullo tramite l'esecuzione e così via; si tratta a ben vedere del modello dei *quasi contracts* inglesi, in virtù dei quali l'esecuzione di un rapporto contrattuale nullo, avente ad oggetto sia prestazioni di dare (*quantum valebat*), sia di fare (*quantum meruit*) comporta consolidazione del rapporto per il passato, con conseguente obbligo di devolvere il corrispettivo indicato nel contratto.

Il problema si pone all'incirca nei medesimi termini nei casi di scioglimento del contratto per un vizio sopravvenuto del sinallagma contrattuale; si pensi in particolare alla risoluzione del contratto per inadempimento; anche nei casi di questo genere si pone la seguente alternativa:

a) sciogliere il contratto con effetto retroattivo, con conseguente *restitutio in integrum*, comprensiva dei frutti e degli interessi maturati *medio tempore*;

b) ritenere che lo scioglimento del contratto operi solo *ex nunc*, con conseguente consolidazione delle prestazioni effettuate fino a quel momento, salva la liberazione da ogni obbligazione per il futuro.

Come vedremo nel corso dell'esposizione, entrambi questi modelli, ed eventuali varianti intermedie, sono stati attuati nei vari sistemi giuridici contemporanei, nonché nei principali testi di *soft law*. Ognuno di essi ha i suoi pregi ed i suoi difetti; cercheremo pertanto di capire se ve ne sia uno preferibile rispetto agli altri o se viceversa sia opportuno diversificare per esempio tra vizi originari del sinallagma (scioglimento *ex tunc*) e vizi sopravvenuti (scioglimento *ex nunc*).

2. La peculiarità delle restituzioni contrattuali

Ancora più a monte occorre peraltro domandarsi se le restituzioni contrattuali siano un'applicazione particolare dell'indebito o se viceversa pongano problemi tali da rendere necessaria una loro trattazione diversificata¹; in questo secondo caso occorrerà ovviamente porsi l'ulteriore quesito se sia opportuno o meno diversificare il regime delle restituzioni contrattuali a seconda che si tratti di vizi originari o sopravvenuti del sinallagma.

Come è ben noto, in base all'impostazione tradizionale, attualmente ancora più diffusa specie in giurisprudenza, le restituzioni contrattuali costituirebbero un caso particolare di indebito, con conseguente applicazione integrale del principio della retroattività dello scioglimento del rapporto contrattuale, non importa se per vizi originari o sopravvenuti, e conseguente ingresso dei rimedi restitutori ordinari²; più artico-

¹ PASSAGNOLI, *Invalidità del contratto e restituzioni*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 647, nonché in BELLAVISTA, PLAIA, *Le invalidità nel diritto privato*, Milano 2011, 203-218; VACCA (a cura di), *Caducazione degli effetti del contratto*, Torino 2006; DE NOVA (a cura di), *Le restituzioni contrattuali*, Padova 2012; GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino 2012; AA.VV., *Le azioni di restituzione da contratto*, Milano 2012; DELLACASA, *La restituzione delle prestazioni di fare nella patologia del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, 523; A. D'ANGELO, (a cura di), *Le obbligazioni restitutorie*, Torino 2015; G. ORLANDO, *Mutuo dissenso*, Napoli 2016, 276; P. GALLO, *Le restituzioni contrattuali tra retroattività ed irretroattività*, in *Liber amicorum per Giuseppe Vettori*, Firenze 2022, 1353-1393.

TRUONG KE AN THAI, *Restitution d'une chose autre qu'un somme d'argent dans le nouveau code civil vietnamien de 2015*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2017, 675-689.

² Cass., 11 novembre 1992, n. 12121, in *De Jure*; Cass., 29 ottobre 1993, n. 10752 in *De Jure*; Cass., 27 dicembre 1994, n. 11177 in *De Jure*; Cass., 13 aprile 1995, n. 4268 in *De Jure*; Cass., 4

lata è la situazione in dottrina, dove mentre alcuni autori si sono espressi a favore dall'applicazione dell'indebito, ancorché con alcuni adattamenti³, un numero crescente di autori è giunto a riconoscere la peculiarità delle restituzioni contrattuali nell'ambito dell'indebito⁴.

dicembre 1997, n. 12301, in *Giur. it.*, 1998, 2052; Cass., 4 febbraio 2000, n. 1252 in *De Jure*; Cass., 1° agosto 2001, n. 10498 in *De Jure*; Cass., 22 maggio 2002, n. 7507 in *De Jure*; Cass., 20 aprile 2005, n. 8248 in *De Jure*; Cass., 8 novembre 2005, n. 21647 in *De Jure*: "La ripetibilità, tuttavia, è condizionata dal contenuto della prestazione e dalla possibilità concreta di ripetizione, secondo le regole degli artt. 2033 ss c.c., operando altrimenti, ove ne sussistano i presupposti, in mancanza di altra azione, l'azione generale di arricchimento prevista dall'art. 2041 c.c."; Cass., 12 dicembre 2005, n. 27334 in *De Jure*; Cass., 2 agosto 2006, n. 17558 in *De Jure*; Cass., 22 agosto 2007, n. 17844 in *De Jure*; Trib. Trieste, 26 maggio 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 1225, con nota di BALLERINI, *Riduzione del canone per vizi della cosa locata ...*; Cass., 15 aprile 2010, n. 9052 in *De Jure*; Cass., 7 febbraio 2011, n. 2956 in *De Jure*; App. Roma, 16 febbraio 2012, n. 873 in *De Jure*; Trib. Roma, 18 novembre 2013, n. 23086 in *De Jure*; Cass., 6 giugno 2017, n. 14013 in *De Jure*.

³ RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino 1968, 1225, 1238; BRECCIA, *Pagamento dell'indebito*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da Rescigno, Torino 1982, 777; MOSCATI, *Il pagamento dell'indebito*, Milano 1973, 135; ID., *Questioni vecchie e nuove in tema di ingiustificato arricchimento e pagamento dell'indebito*, in *Riv. dir. civ.*, Atti, 2006, 459; ID., *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 435, 476, il quale ribadisce la valenza generale del rimedio della ripetizione dell'indebito, 479; ID., *Restituzioni contrattuali e disciplina dell'indebito in una prospettiva di riforma del diritto delle obbligazioni*, in *Le tutele e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli 2012, 568; BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano 1994, 293; SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, 3ª ed., Torino 2004, II, 671; ROPPO, *Il contratto*, Milano 2001, 949; DELLE MONACHE, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria*, Padova 1997, 119; OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, Padova 2004, 68,73; ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, Padova 2004, 284, 419 ss., 423, 449; BARGELLI, *Sinallagma rovesciato e ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 87, 101; ID., *Il sinallagma rovesciato*, Milano 2010, 137, 145, 271, 472; nel senso della parziale autonomia delle restituzioni contrattuali rispetto all'indebito: ID., *Rimedi contrattuali e restituzioni*, in *Studi G. Gabrielli*, nonché in AA.VV., *Le azioni di restituzione da contratto*, Milano 2012, 17, la quale distingue nell'ambito della disciplina dell'indebito le norme applicabili solo all'indebito non contrattuale (artt. 2033, seconda parte, 2037, 2° e 3° comma, 2038) e quelle applicabili ad ogni tipo di indebito (artt. 2033 prima parte, 2035, 2037, 1° comma, 2039), 34 ss.; ID., *Invalidità, impugnative contrattuali, restituzioni*, in *Stud. jur.*, 2012, 411-421.

⁴ NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano 1936, 204; LEONE, *Delle restituzioni ex negotio e delle restituzioni ex indebito*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1953, IV, 215; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova 1961, 70; BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa della attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, I, 11; BRUNI, *Contributo allo studio dei rapporti tra azione di caducazione contrattuale e ripetizione dell'indebito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 173; BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Studi Auletta*, II, Milano 1988, 243; P. GALLO, *L'arricchimento senza causa*, Padova 1990, 225-362; ID., *I rimedi restitutori in diritto comparato*, in *Tratt. dir. comp.*, dir. da Sacco, Torino 1997, 13 ss.; ID., *Arricchimento senza causa e quasi contratti (I rimedi restitutori)*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da Sacco, 2ª ed., Torino 2008, 239-273; ID., *Trattato del contratto*, Torino 2010, III, 2200-2238; ID., *Introduzio-*

Non è infatti difficile rendersi conto come, nonostante alcuni richiami espressi alla disciplina dell'indebito (artt. 1422, 1463 c.c.), la disciplina delle restituzioni contrattuali non è facilmente coordinabile con il regime ordinario dell'indebito, sia sotto il profilo della rilevanza della buona e della mala fede dell'*accipiens*, sia sotto il profilo della diversità dei termini di prescrizione, dato che l'azione di nullità è imprescrittibile (art. 1422 c.c.); sia ancora sotto il profilo del differente grado di opponibilità ai terzi⁵. Mentre infatti la *condictio* è un'azione personale, l'azione di nullità implica caducazione anche dei diritti degli eventuali terzi aventi causa⁶.

3. Le restituzioni contrattuali nel codice

Sebbene il legislatore non abbia disciplinato in modo compiuto le restituzioni contrattuali, non mancano le norme del codice dedicate ad esse. Per quel che riguarda la disciplina del contratto in generale, basti ricordare quanto disposto dagli artt. 1360, 1422, 1443, 1458, 1463 c.c. Numerose sono inoltre le norme di parte speciale dedicate alle restituzioni: donazione (art. 807 c.c.); vendita in generale (artt. 1492-1493 c.c.); vendita di cose mobili (art. 1519 c.c.); vendita con riserva di proprietà (art. 1526 c.c.); riporto (art. 1551, 2° comma, c.c.); contratto estimatorio (art. 1557 c.c.); locazione (art. 1590 c.c.); affitto di fondi rustici (art. 1645 c.c.); appalto (artt. 1671, 1672 c.c.);

ne al diritto comparato, II, *Istituti giuridici*, 3ª ed., Torino 2018, 341 ss.; ID., *Trattato di diritto civile*, VII, *L'arricchimento senza causa, la responsabilità civile*, Torino 2018, 337-380; DI MAJO, *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, 291; ID., *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2001, 531; ID., *Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello schuldrecht: al di là dell'inadempimento colpevole*, in *Europa dir. priv.*, 2004, 13; ID., *La responsabilità contrattuale*, Torino 2007, 199; ID., *La risoluzione*, in CASTRONOVO e MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano 2007, 543, 548; CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nella prospettiva del diritto italiano*, in *Europa dir. priv.*, 1999, 793; DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano 1998, 56; DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, in *Trattato del contratto*, dir. da Roppo, Milano 2006, V, 385; ID., *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 522; NICOLUSSI, *Le restituzioni*, in CASTRONOVO e MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano 2007, 181, 211; ID., *Le restituzioni de iure condendo*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*, in *Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli 2012, 611, 616 ss.; FACCI, *Il danno da informazione inesatta*, Bologna 2009, 87 ss.; GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino 2012, 23 ss.; F. MAIOLO, *Ripetizione dell'indebito e nozione di pagamento, tra prestazioni di dare e prestazioni di fare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 387, 401 ss.; BOZZI, *La disciplina delle obbligazioni restitutorie nelle proposte di direttiva sui contratti di vendita online e sulla fornitura di contenuti digitali*, in ADDANTE (a cura di), *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, Milano 2016, 101-131; SIRENA, *Arricchimento ingiustificato e restituzioni: una prospettiva di diritto europeo*, in *Studi STANZIONE*, Napoli 2018, 1715-1734.

⁵ BARCELLONA, *op. cit.*

⁶ ARGIROFFI, *Caducazione del contratto ad effetti reali*, Napoli 1984.

agenzia (art. 1751 c.c.); deposito (art. 1774 c.c.), comodato (art. 1809 c.c.); lavoro subordinato (art. 2126)⁷.

Quello che peraltro è mancato, per lo meno fino ad ora, è il tentativo di ricostruzione unitaria delle restituzioni contrattuali, alla luce delle peculiarità delle singole applicazioni legislative nonché giurisprudenziali; si tratta in altre parole di un complesso di norme piuttosto frammentato, che non è sfociato in una disciplina organica dell'intera materia. Come avremo modo di constatare nel prosieguo dell'esposizione, le restituzioni contrattuali presentano peculiarità tali da rendere necessaria una loro trattazione a sé stante.

4. La distinzione tra buona e mala fede

Una prima difficoltà concerne l'adattamento del regime della buona e della mala fede alle restituzioni contrattuali. Come è possibile infatti far riferimento alla buona ed alla mala fede dei contraenti ai fini della graduazione dell'obbligo di restituzione dei frutti (art. 2033 cc.), nonché ancora ai fini della responsabilità in caso di distruzione o alienazione del bene (artt. 2037 e 2038 c.c.)? Vero è che è possibile aggirare l'obiezione considerando in buona fede il contraente che non conosceva o non doveva conoscere il vizio del contratto, e viceversa in mala fede il contraente che ne era a conoscenza⁸. La giurisprudenza con riferimento a fattispecie di contratto nullo ha ritenuto la mala fede dell'*accipiens* nel caso di illiceità per contrasto con norme imperative⁹. Parimenti in materia di risoluzione per inadempimento è possibile considerare in buona fede la parte fedele, ed in mala fede la parte inadempiente¹⁰. In questa prospettiva, mentre l'obbligo restitutorio della parte fedele può essere considerato di valuta, quello della parte infedele può essere considerato di valore¹¹.

⁷ DE NOVA, *op. cit.*, 3.

⁸ Cass., 2 agosto 1952, n. 2491, in *De Jure*; Cass., 15 dicembre 1982, n. 6918 in *De Jure*; Cass., 18 giugno 1987, n. 5371, in *Giust. civ.*, 1988, I, 197: "La buona fede consiste nella persuasione di agire in conformità alle regole del diritto, nella convinzione della legalità del proprio comportamento, del quale l'agente ignori l'antigiuridicità: pertanto essa non è riferibile a chi abbia posto in essere un contratto nullo per frode alla legge, con la consapevolezza dell'esistenza dei fatti causativi della nullità, né la malafede dell'*accipiens* può essere esclusa dalla constatazione della mala fede del *solvens*"; Cass., 25 ottobre 2005, n. 20651, in *De Jure*: "Nell'ipotesi di declaratoria di nullità di un contratto, la disciplina degli eventuali obblighi restitutori è mutuata da quella dell'indebito oggettivo, di talché l'*accipiens*, qualora sia in mala fede nel momento in cui percepisce la somma da restituire, è tenuto al pagamento degli interessi dal giorno del ricevimento".

⁹ Cass., 15 dicembre 1972, n. 3612, in *Foro it.*, 1973, I, 2549; Cass., 8 aprile 2009, n. 8564, in *Giust. civ.*, 2009, 1867.

¹⁰ Cass., 14 maggio 1963, n. 1190, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, 812; SACCO, *op. cit.*, 2^a ed., 637.

¹¹ Cass., 30 giugno 1982, n. 3940, in *De Jure*; Cass., 26 febbraio 1986, n. 1203, in *De Jure*; Cass., 23 agosto 1985, n. 4510, in *De Jure*; Cass., 12 giugno 1987, n. 5143, in *De Jure*; Cass., 6

Pur con alcuni sforzi, è pertanto possibile adattare la disciplina della buona e della mala fede anche alle caducazioni contrattuali; la giurisprudenza è del resto costante nell'affermare che dopo la caducazione si apre la porta ai rimedi restitutori ordinari¹². In dottrina ci si domanda però se il risultato che si ottiene sia soddisfacente¹³. Tanto più che caricando le regole restitutorie di valenze risarcitorie o sanzionatorie¹⁴ si rischia di attribuire al contraente fedele addirittura qualche cosa in più di quello che avrebbe ottenuto se il contratto fosse stato eseguito¹⁵.

Opportunamente la più recente giurisprudenza ha così finito per considerare di valuta anche l'obbligazione restitutoria della parte infedele; salvo ovviamente il risarcimento del danno. Soluzione indubbiamente preferibile, proprio perché evita di attribuire valenze risarcitorie ai rimedi restitutori. Parimenti da respingere è la regola in base alla quale solo la parte infedele è tenuta a restituire i frutti, nonché la regola in virtù della quale solo la parte inadempiente deve considerarsi in mora a far data dal tempo in cui ha ricevuto la prestazione¹⁶.

Anche in giurisprudenza non è peraltro difficile trovare decisioni che in misura maggiore o minore si discostano rispetto alle linee ordinarie dell'indebito. Per esempio in materia di risoluzione per inadempimento vi sono decisioni che fanno leva sul carattere retroattivo della pronuncia per sancire il principio in base ai quali le restituzioni devono avvenire fin dal momento della consegna (*ex tunc*); senza ovviamente

aprile 1990, n. 2911, in *Archiv. civ.*, 1990, 907; Cass., 2 agosto 1990, n. 7705, in *De Jure*; Cass., 27 agosto 1990, n. 8834, in *De Jure*.

¹² Tra le tante: Cass., 10 febbraio 1953, n. 327, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1953, IV, 212; Cass., 14 ottobre 1966, n. 2459, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, 207; Cass., 15 dicembre 1972, n. 3612, in *Foro it.*, 1972, I, 2459; Cass., 12 marzo 1973, n. 685, in *Foro it.*, 1973, I, 2784; Cass., 9 luglio 1980, n. 4374, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2426; Cass., 10 agosto 1984, n. 4759, in *De Jure*; Cass., 8 febbraio 1984, n. 966, in *De Jure*; Cass., 17 aprile 1993, n. 4553, in *Corr. giur.*, 1993, 1099.

Nel senso che l'azione di nullità è ben distinta rispetto a quella per la ripetizione dell'indebito: Cass., 11 gennaio 1978, n. 102, in *De Jure*.

¹³ BRUNI, *op. cit.*, 186.

¹⁴ Cass., 29 novembre 1994, n. 10217 in *De Jure*. Superata è la tesi di AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano 1942, secondo il quale la risoluzione intesa come sanzione conduceva alla duplice conseguenza dell'irretroattività della risoluzione e della salvezza dei diritti dei terzi.

¹⁵ LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1990, 422; D'ADDA, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 529.

¹⁶ Secondo CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nella prospettiva del diritto italiano*, in *Europa dir. civ.*, 1999, 793, 811 ss., ai fini delle restituzioni occorrerebbe equiparare alla distinzione buona-mala fede, la non conoscenza-conoscenza dell'obbligo di restituzione; in senso critico DI MAJO, *op. cit.*, in *Europa dir. priv.*, 2001, 531, 537, 546, il quale sarebbe favorevole a distinguere a seconda che si tratti di scioglimento per causa originaria (*condictio indebiti*) o sopravvenuta (*condictio ob causam finitam*), con conseguente retroattività solo nel primo caso; in senso critico MOSCATI, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, Atti, 459, 483, 484, secondo il quale il problema non è tanto quello di distinguere tra vizio originario o sopravvenuto, ma al limite tra indebito e restituzioni contrattuali; anche se finisce per ribadire la sua preferenza per il modello unitario dell'indebito, *ivi*, 483, 488, 492.

distinguere a seconda dello stato di buona o di mala fede, o tra parte fedele ed infedele¹⁷. Anche in materia di nullità vi è un filone giurisprudenziale secondo il quale in tema di possesso acquistato a titolo derivativo, ovvero in esecuzione di un contratto nullo, non si applica l'art. 1148 c.c., il quale riconosce al possessore di buona fede il diritto ai frutti. La declaratoria di nullità esplica dunque il suo normale effetto retroattivo, con la conseguenza che il possessore, non importa se di buona o di mala fede, è tenuto a restituire i frutti¹⁸.

La soluzione non è peraltro pacifica; secondo un altro filone dottrinale e giurisprudenziale lo scioglimento del contratto, non importa se per cause originarie o sopravvenute, non dovrebbe operare retroattivamente, con conseguente salvezza del periodo di costanza del rapporto ed obbligo di devolvere gli interessi *ex nunc*.

Per esempio secondo una parte della dottrina ai fini delle restituzioni occorrerebbe distinguere tra fase di costanza del rapporto, antecedente alla caducazione del contratto, e fase successiva¹⁹; in questa prospettiva poiché in materia contrattuale, con la sola eccezione della nullità, la prestazione è sempre dovuta, ai fini delle restituzioni occorrerebbe considerare entrambe le parti di buona fede²⁰. In relazione al periodo di costanza del rapporto, poiché ciascuna parte esercita legittimamente i suoi poteri, dovrebbe dunque escludersi un obbligo restitutorio esteso ai frutti²¹.

Impostazione che del resto non manca di trovare eco anche in giurisprudenza, dove in alcune occasioni si insiste sul carattere costitutivo della decisione²², con conseguente decorrenza dell'obbligo restitutorio relativo agli interessi a partire dalla data della pronuncia stessa (*ex nunc*)²³, o della domanda²⁴; parimenti in caso di mutuo dissenso, partendo dal presupposto che lo scioglimento del contratto non opera retroattivamente, l'obbligo di restituzione degli interessi è stato compensato con il go-

¹⁷ Cass., 14 marzo 1968, n. 827 in *De Jure*; Cass., 15 marzo 1972, n. 756, in *Foro pad.*, 1972, I, 249: "Il venditore è tenuto a restituire le somme ricevute con gli interessi legali, dovuti quale frutto civile del denaro, indipendentemente dalla mora, a far data dal giorno in cui le somme gli furono consegnate dall'altra parte"; Cass., 21 ottobre 1992, n. 11511 in *De Jure*; Cass., 10 giugno 1968, n. 1774 in *De Jure*; Cass., 17 maggio 1969, n. 1684 in *De Jure*; Cass., 6 ottobre 1970, n. 1803, in *Foro it.*, 1970, I, 2746; Cass., 10 maggio 1980, n. 3073 in *De Jure*; Cass., 12 maggio 1982, n. 2962 in *De Jure*; Cass., 23 agosto 1985, n. 4510 in *De Jure*.

¹⁸ Cass., 1° febbraio 1957, n. 381, in *Foro it.*, 1958, I, 428. In senso contrario, a favore cioè dell'applicazione della regola in virtù della quale il possessore di buona fede fa propri i frutti: Cass., 21 maggio 1955, n. 1486 in *De Jure*; SACCO, *Il possesso*, Milano 1988.

¹⁹ BELFIORE, *op. cit.*

²⁰ BRUNI, *op. cit.*, 181.

²¹ BELFIORE, *op. cit.*, 247; DI MAJO, *op. cit.*, 322.

²² Cass., 29 novembre 1973, n. 3291, in *Mass. giur. it.*, 1973.

²³ Cass., 23 marzo 1965, n. 476, in *Mass. giur. it.*, 1973; Cass., 4 luglio 1969, n. 2456, in *Foro it.*, 1970, I, 560; Cass., 13 gennaio 1972, n. 106, in *Mass. giur. it.*, 1973; Cass., 29 novembre 1973, n. 3291, in *Mass. giur. it.*, 1973; Cass., 18 febbraio 1980, n. 1192, in *De Jure*; Cass., 23 marzo 1965, n. 476, in *Mass. giur. it.*, 1973.

²⁴ Cass., 4 giugno 1985, n. 3315, in *De Jure*.

dimento della cosa²⁵. Il che ovviamente può influire anche in ordine al momento in cui viene liquidato il valore della prestazione²⁶.

Ed è proprio sotto questo profilo che si delinea l'alternativa di fondo in materia di restituzioni contrattuali; sciogliere il contratto retroattivamente, con conseguente restituzione integrale delle prestazioni effettuate, comprensive di frutti ed interessi maturati *medio tempore* (*ex tunc*), o viceversa ritenere che lo scioglimento del contratto non operi retroattivamente, con conseguente salvezza delle prestazioni già effettuate e liberazione dalle obbligazioni future (*ex nunc*); salvo ancora distinguere a seconda che si tratti di vizi originari (*ex tunc*) o sopravvenuti (*ex nunc*), contratti ad esecuzione istantanea (*ex tunc*) o di durata (*ex nunc*), prestazioni di dare (*ex tunc*) o di fare (*ex nunc*), prestazioni suscettibili di restituzione (*ex tunc*) o prestazioni insuscettibili di restituzione (*ex nunc*) e così via. Come avremo modo di vedere nel prosieguo dell'esposizione sebbene in alcuni ordinamenti sembri prevalere una logica rispetto all'altra, in realtà le soluzioni concrete sono molto variegare e spaziano dalla retroattività all'irretroattività dello scioglimento contrattuale.

5. I modelli delle restituzioni contrattuali

Da sempre il modello francese appare come quello più ispirato all'idea dell'unità della *condictio*; le restituzioni contrattuali non costituirebbero dunque una figura particolare di indebito, con conseguente applicazione del regime ordinario dell'indebito; per la verità una prima incongruenza derivava dal fatto che mentre ai fini della ripetizione dell'indebito la giurisprudenza francese, pur nel silenzio del *code Napoléon*, richiedeva la prova dell'errore del *solvens*, una tale prova non era richiesta ai fini dell'azione di nullità²⁷, con conseguente attrazione del regime restitutorio nell'ambito della nullità²⁸; si voleva infatti escludere che l'esecuzione consapevole di un contratto nullo potesse produrre un effetto sanante; in alcune occasioni la giurisprudenza era altresì giunta ad affermare che i frutti e gli interessi erano soggetti a restituzione a far data dallo scioglimento del contratto, senza distinguere tra buona e mala fede²⁹.

In Francia ha dato luogo a discussioni anche il regime restitutorio al quale sono sottoposti i contratti di durata, come per esempio quelli di lavoro, società e locazione.

²⁵ Cass., 29 aprile 1993, n. 5065, in *De Jure*.

²⁶ Cass., 4 luglio 1969, n. 2456, in *Mass. giur. it.*, 1973; Cass., 13 gennaio 1972, n. 106, in *Mass. giur. it.*, 1973.

²⁷ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris 1992; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, Paris 1991, 379.

²⁸ Civ. 24 settembre 2002, n. 00-21278, *Defrénois*, 2003, 185, con nota di AUBERT, *Les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat: quel régime juridique?*

²⁹ GUELFUCCI-THIBIERGE, *op. cit.*, 379; POISSON-DROCOURT, *Les restitutions entre les parties consécutives à l'annulation d'un contrat*, in *Req. D. Sirey*, 1983, Ch. 85.

La dottrina e la giurisprudenza concordano comunque nell'asserire che poiché nei casi di questo genere sarebbe addirittura impensabile una restituzione in natura delle prestazioni effettuate, o del godimento del bene concesso in locazione, il regime restitutorio assume caratteri di specialità³⁰. In base all'opinione tradizionale occorrerebbe comunque far applicazione dei principi generali; e poiché la declaratoria di nullità ha immancabilmente efficacia retroattiva, l'unico modo per regolare il rapporto tra le parti è far riferimento ai rimedi restitutori ordinari³¹.

Secondo una seconda soluzione, un tempo minoritaria³², ma che in seguito ha guadagnato crescente terreno, sarebbe viceversa preferibile escludere che la declaratoria di nullità abbia efficacia retroattiva; in questa prospettiva per regolare il rapporto di lavoro, locazione, o per lo scioglimento della società, sarebbe sufficiente far riferimento alla disciplina del contratto in questione³³. Specie in materia di lavoro si tratta indubbiamente di una soluzione molto più protettiva per il lavoratore, il quale avrebbe in ogni caso diritto a percepire la sua retribuzione, a prescindere da accertamenti circa l'effettivo arricchimento.

Il quadro si è peraltro nuovamente modificato in seguito alla riforma del 2016, la quale da un lato ha aderito ad una concezione rigorosamente oggettiva dell'indebito, con conseguente irrilevanza dell'errore ai fini della ripetizione (art. 1302), salvo il settore dell'indebito soggettivo (art. 1302-2), dall'altro lato ha disciplinato in termini unitari le restituzioni, aderendo in pieno all'idea della retroattività della *condictio*, senza distinguere tra vizi originari e sopravvenuti del sinallagma (art. 1178)³⁴.

Si tratta dunque dell'applicazione piena del modello unitario della *condictio*, senza tendenziali distinzioni tra indebito ordinario e contrattuale (artt. 1352 ss), tra vizi originari e sopravvenuti, tra prestazioni di dare e di fare (art. 1352-8), tra prestazioni suscettibili di restituzione e prestazioni non suscettibili di restituzione, tra contratti di durata e contratti ad esecuzione istantanea e così via³⁵; concezione che risente ancora molto del modello della clausola risolutiva, il quale a sua volta coincideva con quello della condizione risolutiva, connotata da retroattività, oltretutto reale e quindi opponibilità *erga omnes*. Modello che peraltro in seguito è per lo più stato limitato alla sola condizione, con conseguente tendenziale diversificazione rispetto al regime della risoluzione per inadempimento.

È peraltro ancora presto per sapere come il sistema verrà interpretato; basti per

³⁰ Cass., civ., 22 maggio 1970, in *Bull. civ.*, III, 269, n. 371.

³¹ GHESTIN, *Le contrat*, 2^a ed., Paris 1988, 1066; lavoro: Cass., soc., 8 aprile 1957, D. 1958, 221, con nota critica di MALAURIE; MARTY e RAYNAUD, *Les obligations*, 2^a ed., Paris 1988, 240.

³² FLOUR e AUBERT, *Les obligations*, 5^a ed., Paris 1991, 303.

³³ Cass., civ., 7 febbraio 1990, in *Bull. civ.*, III, n. 40; WEILL e TERRÉ, *Les obligations*, 4^a ed., Paris 1986, n. 331, 333; STARK, *Obligations*, 3^a ed., Paris 1989, § 883, 371.

³⁴ Più ampiamente: P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti giuridici*, 3^a ed., Torino 2018, 393.

³⁵ In senso critico: GUERRINI, *Rimedi contrattuali e restituzioni nel novellato code civil: una deludente restaurazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 646-669.

esempio ricordare che anche il *code Napoléon* nella sua configurazione originaria non prevedeva l'errore ai fini della ripetizione dell'indebito; questo non ha peraltro impedito alla giurisprudenza successiva di reintrodurre la *condition d'erreur*; se questa soluzione dovesse essere confermata anche dalla giurisprudenza successiva alla riforma del 2016, ne conseguirebbe una nuova divaricazione tra restituzioni ordinarie e restituzioni contrattuali; la giurisprudenza potrebbe inoltre orientarsi nel senso dell'irretroattività della pronuncia di nullità per lo meno in materia di lavoro, società e locazione, con conseguente salvezza del periodo di costanza del rapporto.

Il modello tedesco si connota per la tendenziale fusione tra arricchimento ed indebito; il BGB disciplina unitariamente l'intero settore dei rimedi restitutori (§§ 812 ss. BGB); nonostante questa premessa, da sempre il modello tedesco delle restituzioni contrattuali non è unitario; piuttosto si distingue a seconda che si tratti di vizio originario o sopravvenuto del sinallagma contrattuale; nel primo caso, poiché è come se il contratto non fosse mai stato concluso, ai fini delle restituzioni si fa riferimento alla disciplina generale del *Bereicherung* (§§ 812 ss. BGB); nel secondo caso lo scioglimento del contratto ha luogo in via stragiudiziale in virtù del *Rücktritt*, il quale scioglie il contratto a far data dal tempo in cui viene esercitato (§ 346 BGB); ai fini delle restituzioni non si fa peraltro riferimento al *Bereicherung*, ma piuttosto si ritiene che sorgano obbligazioni contrattuali rovesciate legate da vincolo sinallagmatico³⁶; ne consegue l'esperibilità dell'eccezione di inadempimento e soprattutto l'applicazione della teoria del saldo (§ 348 BGB); le obbligazioni restitutorie sono in altre parole reciprocamente condizionate, con la conseguenza che ciascuna parte restituisce nella misura in cui anche l'altra parte ha la possibilità di restituire.

Il sistema tedesco delle restituzioni contrattuali, anche dopo la riforma del *Rücktritt* avvenuta nel 2002, non è dunque unitario³⁷; mentre infatti nei casi di risoluzione sorgono obbligazioni restitutorie rovesciate, nei casi di nullità, annullamento e così via, poiché è come se il contratto non fosse mai stato concluso, le restituzioni avvengono sulla base dei principi generali dell'arricchimento senza causa; modello binario che, sebbene sia stato accolto anche dal DCFR³⁸, non ha mancato di suscitare critiche da parte della stessa dottrina tedesca³⁹.

Piuttosto articolata appare la situazione anche nei Paesi di *common law*, dove occorre distinguere per lo meno tre differenti situazioni.

³⁶ CASTRONOVO, *op. cit.*, in *Europa dir. priv.*, 1999, 793, 841, nota 84.

³⁷ In lingua italiana: BARGELLI, *Sinallagma rovesciato e ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 87 ss., 89, *ivi*, riferimenti alla letteratura tedesca, nonché in *Studi*, Comporti, Milano 2008, I, 129; ID., *Il sinallagma rovesciato*, Milano 2010.

³⁸ In senso critico: SIRENA, *The Rules about Restitution in the Proposal on a Common European Sales Law*, *ERPL*, 2011, 977-1000, in partic. 982.

³⁹ ZIMMERMANN, *Restitution after Termination for Breach of Contract: German Law after the Reform of 2002*, in BURROWS, RODGER (a cura di), *Mapping the Law, Essays in Honour of Peter Birks*, Oxford 2006, 323, 341; ID., *The Unwinding of Failed Contracts in the Unidroit Principles 2010*, in *Rev. dr. unif.*, 2011, 563-587; in lingua italiana: BARGELLI, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 87 ss.

a) Se viene data esecuzione ad un contratto nullo, trovano applicazione i *quasi contracts*, con conseguente obbligo di devolvere il corrispettivo pattuito, sia in materia di prestazioni di dare (*quantum valebat*), che di fare (*quantum meruit*); diversamente che nella tradizione romanistica il regime non varia dunque a seconda che si tratti di prestazioni di dare o di fare, in ogni caso l'esecuzione del contratto esplica un effetto sanante, con conseguente obbligo di devolvere il corrispettivo pattuito con riferimento alle prestazioni svolte fino a quel momento; a questo proposito è possibile parlare di sanatoria del contratto in virtù dell'esecuzione, di rapporti di fatto o ancora di irretroattività della nullità (*ex nunc*)⁴⁰.

b) In Inghilterra non esiste una nozione di contratto annullabile comparabile a quella continentale, ma piuttosto si nota un pullulare di rimedi⁴¹; semplificando al massimo è comunque possibile asserire che la parte lesa ha la facoltà di porre fine al contratto mediante una dichiarazione unilaterale rivolta alla controparte (*rescission*); la *rescission* ha efficacia retroattiva e comporta un annullamento *ab initio* del contratto che viene considerato come *avoided ab initio*; ovviamente i problemi maggiori sorgono dopo che il contratto ha ricevuto esecuzione; nei casi di questo genere è possibile giungere a *rescission* del contratto solo se sia ancora possibile giungere a *restitutio in integrum* e la *rescission* non pregiudichi i diritti dei terzi. In ogni caso l'annullamento, ove considerato possibile, opera dunque retroattivamente con conseguente *restitutio in integrum*⁴².

c) Ancora diverso è il discorso che occorre effettuare con riferimento alla risoluzione del contratto; nei Paesi di *common law*, tradizionalmente si distingue tra *rescission*, con efficacia *ex tunc*, e *termination*, con efficacia *ex nunc*⁴³. In questa prospettiva lo scioglimento del contratto per inadempimento non pregiudica le prestazioni che sono già state effettuate, salvo l'obbligo di devolvere il corrispondente pecuniario, ma si limita a liberare le parti dalle obbligazioni che non sono ancora state adempiute.

La distinzione tra vizi originari e sopravvenuti è ben visibile anche nei PECL.

a) In caso di vizi originari il contratto può essere annullato; con l'annullamento ciascuna parte può domandare la restituzione di quanto ha prestato in esecuzione del contratto, purché restituisca in pari tempo quanto ha ricevuto; se la restituzione per qualche ragione non può essere fatta, sarà dovuta una somma adeguata a quanto ricevuto (art. 4:115); molto chiaramente i PECL, diversamente rispetto al modello tedesco, condizionano dunque reciprocamente le obbligazioni restitutorie anche in materia di vizi originari del sinallagma.

⁴⁰ Più ampiamente: P. GALLO, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, cit., 19 ss.

⁴¹ P. GALLO, *Nullità ed annullabilità in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XII, Torino 1995, 310-317.

⁴² P. GALLO, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, cit., 257 ss.

⁴³ ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, 3^a ed., Oxford 1981, 294 ss.; TREITEL, *Remedies for Breach of Contract*, Oxford 1988, 382 ss.

b) Ancora diverso è il discorso che occorre fare con riferimento alla risoluzione del contratto per inadempimento, dove la concezione non retroattiva della risoluzione del contratto ha ricevuto nuovo impulso anche da parte dei PECL, nei quali si è volutamente optato per un effetto tendenzialmente non retroattivo della risoluzione⁴⁴. Molto chiaramente, ai sensi dell'art. 9.305, 1° comma, la risoluzione del contratto libera le parti dall'obbligo di prestare e di ricevere la prestazione ma, fatte salve le disposizioni degli artt. da 9.306 a 9.308, non pregiudica i diritti né scagiona dalla responsabilità che siano già sorte al momento della risoluzione. L'art. 9.305, 2° comma, precisa ulteriormente che la risoluzione non ha effetto riguardo alle clausole del contratto relative alla composizione delle controversie e a ogni altra clausola che sia volta ad avere efficacia dopo la risoluzione. Questo non esclude peraltro il diritto della parte che ha domandato la risoluzione di rifiutare una prestazione già precedentemente accettata se il valore di essa risulta ridotto in misura essenziale a causa dell'inadempimento dell'altra parte (art. 9.306). Con la risoluzione le parti hanno inoltre la facoltà di ripetere le somme già pagate per prestazioni non ricevute o legittimamente rifiutate (art. 9.307). Con la risoluzione è possibile domandare la restituzione delle cose che possono essere restituite e per le quali non si abbia ricevuto corrispettivo (art. 9.308). Se si tratta di prestazioni che non possono essere restituite in natura, per le quali non si è ricevuto corrispettivo, è possibile pretendere la devoluzione di una somma congrua in relazione al valore che la prestazione ha per l'altra parte (art. 9.309).

Soluzione senza dubbio equilibrata, che tende a superare il rigido schematicismo tra retroattività e non retroattività, facendo salva nel contempo l'esigenza di non travolgere quella parte di contratto che ha già avuto regolare esecuzione, nonché quella di consentire alla parte adempiente di liberarsi per il futuro da un vincolo contrattuale non più avvertito come consono ai suoi interessi. Ferma ancora la possibilità che la risoluzione travolga anche le prestazioni già effettuate, ove non corrispondenti all'interesse di chi le ha ricevute, con conseguente ingresso delle obbligazioni restitutorie; necessariamente diversificate a seconda del tipo di prestazione già effettuata: denaro, cose determinate e prestazioni non suscettibili di restituzione in natura; in quest'ultimo caso le restituzioni avranno luogo nei limiti del beneficio conseguito.

Il modello binario non è invece stato adottato dalla CESL⁴⁵, la quale non distingue tra vizi originari e sopravvenuti del sinallagma⁴⁶, con conseguente restituzione integrale (art. 172, 1° comma, CESL), comprensiva di frutti ed interessi a far data dal tempo dell'adempimento (art. 172, 2° comma, CESL), senza distinzione tra buona e mala fede (*ex tunc*).

⁴⁴ *Principi di diritto europeo dei contratti*, I e II, edizione italiana a cura di Castronovo, Milano 2001, 481 ss.; ma si veda già in precedenza l'art. 81 della CISG.

⁴⁵ SIRENA, *The Rules about Restitution in the Proposal on a Common European Sales Law*, in *ERPL*, 2011, 977-1000.

⁴⁶ SIRENA, *Arricchimento ingiustificato e restituzioni: una prospettiva di diritto europeo*, in *Studi in onore di Pasquale Stanzone*, Napoli 2018, III, 1715-1734, in partic. 1724.

6. Le restituzioni contrattuali in Italia

Il sistema italiano è quello che indubbiamente si avvicina di più a quello francese, connotato dalla tendenziale unità della *condictio*; in questa prospettiva non avrebbe senso distinguere tra indebito ordinario e indebito contrattuale, nonché tra vizi originari e sopravvenuti del sinallagma.

In realtà il discorso appare molto più complesso ed articolato di come potrebbe apparire per lo meno a prima vista; numerose sono in particolare le eccezioni al principio di retroattività delle restituzioni, sia in caso di vizi originari, che di vizi sopravvenuti del sinallagma.

7. I vizi originari

In conformità all'insegnamento corrente, se il contratto è nullo o annullato o ancora rescisso, è come se non fosse mai stato concluso, con conseguente ingresso dei rimedi restitutori ordinari a far data dal tempo dell'adempimento; per quel che riguarda i frutti e gli interessi, secondo alcuni occorrerebbe distinguere tra buona e mala fede; preferibile è peraltro non effettuare una tale distinzione; piuttosto occorre chiarire se in conformità all'opinione più diffusa è preferibile applicare fino in fondo l'idea della retroattività dello scioglimento del contratto, con conseguente restituzione dei frutti e degli interessi a far data dal tempo dell'adempimento, o se viceversa è preferibile far riferimento alla pronuncia del giudice, con conseguente salvezza del periodo di costanza del rapporto.

Si consideri tuttavia che nonostante il sistema italiano sembri ispirato al modello della retroattività delle restituzioni al pari di quello francese, sia in presenza di vizi originari che di vizi sopravvenuti, numerose sono le eccezioni ad un tale principio, specie in materia di rapporti di durata.

a) L'eccezione più vistosa è sicuramente costituita dalla prestazione di fatto di attività lavorativa⁴⁷; ai sensi dell'art. 2126 c.c. la nullità o l'annullamento del contratto non produce effetto con riferimento al periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa. A ben vedere nel 1942, la soluzione non costituiva peraltro una novità assoluta; già in precedenza in più occasioni la giurisprudenza era giunta a far salvo il diritto del lavoratore alla retribuzione⁴⁸ e più in generale sia in Francia che in Germania si era diffusa l'opinione che

⁴⁷ DELLACASA, *La restituzione delle prestazioni di fare nella patologia del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, 523.

⁴⁸ Si ricorda in particolare una decisione della Corte d'Appello di Milano la quale aveva già formulato la regola in base alla quale la nullità "non toglie al locatore d'opera il diritto a conseguire, per il periodo di prestazione d'opera effettivamente avvenuta, gli utili riconosciutigli dal con-

la declaratoria della nullità o l'annullamento del contratto non operasse retroattivamente, con conseguente salvezza del periodo in cui il lavoratore aveva dato esecuzione al contratto e conseguente diritto a maturare la retribuzione pattuita⁴⁹; soluzione senza dubbio molto più protettiva per il lavoratore che non il riferimento ai rimedi restitutori generali, quali indebito ed arricchimento.

In questo senso non può dunque dirsi che si sia trattato di un'effettiva novità; piuttosto il legislatore si è limitato a codificare un principio a quell'epoca già ben affermato in Europa a livello giurisprudenziale, vale a dire il principio dell'irretroattività della caducazione del contratto in materia di lavoro subordinato (*ex nunc*).

Più problematico è semmai capire quale sia l'ambito di applicazione di un tale principio; la regola per comune ammissione trova applicazione anche nel settore del pubblico impiego⁵⁰. L'art. 2129 c.c. estende infatti esplicitamente questa disciplina anche al settore dei contratti stipulati da enti pubblici. A parte questo, la giurisprudenza ha però sempre ribadito la natura di norma eccezionale della regola in questione, con conseguente inapplicabilità ai rapporti diversi da quello di lavoro subordinato⁵¹. La norma in questione non si applica dunque al lavoro autonomo⁵², e così pure al contratto d'opera, al contratto di lavoro parasubordinato⁵³, ed all'associazione in partecipazione⁵⁴.

Il problema in realtà si pone ogniqualvolta sia stata data esecuzione ad un contratto avente ad oggetto una prestazione diversa da quella di dare, con conseguente impossibilità di recupero in natura. Si pensi per esempio ai problemi di ripetizione che sorgono quando sia stata data esecuzione ad un rapporto di mandato o di mediazione

tratto", in *Mon trib.*, 1909, 810. La dottrina razionalizzava il risultato facendo riferimento al concetto di arricchimento senza causa. Sull'intera questione cfr., V. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto*, Milano 1984.

⁴⁹ P. GALLO, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, cit., 287 ss.

⁵⁰ Prestazione di fatto a favore di un ente pubblico, nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato di natura privata: Cass., 17 maggio 1985, n. 3044, in *De Jure*; annullamento dell'assunzione per illegittimità del concorso: Cass., 22 novembre 1985, n. 5799, in *De Jure*; P. Nocera, 6 dicembre 1985, in *Nuovo dir.*, 1986, 452; Cass., 2 febbraio 1985, n. 696, in *De Jure*; contratti di lavoro degli enti pubblici privi di forma scritta: Cass., 16 maggio 1983, n. 3373, in *Giust. civ.*, 1984, 1,479; assunzione senza concorso: Cass., 23 aprile 1981, n. 2434, in *De Jure*; amanuense adibito a mansioni superiori: Cass., 21 maggio 1985, n. 3098, in *De Jure*; mansioni inferiori: TAR Puglia, 28 luglio 1994, n. 1191, in *Foro it.*, 1995, III, 349; DE LUCA, *Rapporto di lavoro di fatto alle dipendenze di amministrazioni pubbliche*, in *Foro it.*, 2007, V, 57.

⁵¹ Cass., 4 luglio 1983, n. 4482, in *De Jure*.

⁵² In relazione alle prestazioni professionali di un medico presso un ambulatorio dell'Inam, la Corte di Cassazione ha affermato che non si applica il 2126 c.c., ma esclusivamente il 2041 c.c., perché manca la subordinazione: Cass., 3 febbraio 1984, n. 832, in *De Jure*.

⁵³ Cass., 14 gennaio 1985, n. 58, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 688; Cass., S.U., 12 novembre 1983, n. 6730, in *De Jure*.

⁵⁴ SPAGNUOLO-VIGORITA, *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 369.

invalido⁵⁵; o ancora al caso in cui risulti nullo l'impegno di non fare concorrenza assunto in base a contratto⁵⁶.

È ovvio che in tutti questi casi, non potendosi far riferimento alla regola di cui all'art. 2126 c.c. l'unica soluzione residua consiste nel far applicazione degli istituti generali, vale a dire la ripetizione dell'indebito e l'arricchimento senza causa. In questa prospettiva dottrina e giurisprudenza concordano nell'ammettere la possibilità di agire in via residuale mediante la ripetizione dell'indebito ogniqualvolta non sia possibile ricondurre la fattispecie concreta nella previsione di cui all'art. 2126 c.c.⁵⁷. In base ad un filone dottrinale e giurisprudenziale minoritario in materia di prestazioni di fare indebite, ove non possa trovare applicazione l'art. 2126 c.c., occorrerebbe viceversa far riferimento all'azione generale di arricchimento senza causa⁵⁸.

Entrambe le soluzioni sono ovviamente accettabili; nel caso in cui sia stata data esecuzione ad un contratto invalido e non sia possibile la restituzione in natura, le alternative astrattamente configurabili sono tre: imporre la devoluzione del corrispettivo fissato nel contratto; imporre la devoluzione di un giusto corrispettivo, determinato autoritativamente dal giudice con riferimento ai valori medi di mercato⁵⁹; o viceversa limitare l'entità dell'obbligazione restitutoria con riferimento all'arricchimento effettivamente conseguito. Tenendo conto del fatto che si verte in materia di indebito, e che normalmente in materia di recupero di quanto prestato in esecuzione di un rapporto contrattuale invalido si prescinde dall'accertamento dell'effettivo arricchimento, pare preferibile una delle prime due soluzioni (arg. ex artt. 2033, 2126 c.c.)⁶⁰.

⁵⁵ BRECCIA, *op. cit.*, 439 ss.

⁵⁶ MOSCATI, *op. cit.*, 169.

⁵⁷ TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano 1962, 28; BRECCIA, *op. cit.*, 439 ss.; MOSCATI, *op. cit.*, 159 ss.; BRUNI, *Contributo allo studio dei rapporti tra azioni di caducazione contrattuale e ripetizione dello indebito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 231; Cass., 7 luglio 1959, n. 2162, in *De Jure*; Trib. Bologna, 1° dicembre 1964, in *Giur. it.*, 1965, I, 2, 926; Cass., 24 novembre 1981, n. 6245, in *De Jure*; Cass., 2 aprile 1982, n. 2020, in *Giust. civ.*, 1982, I, 2597.

⁵⁸ GANGI, *Le obbligazioni*, Milano 1951, 113; Cass., 31 gennaio 1966, n. 359, in *Giust. civ.*, 1966, I, 869; App. Potenza, 4 marzo 1964, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 1964, 762; Cass., S.U., 19 luglio 1982, n. 4198, in *Rass. avv. st.*, 1983, I, 304; Cass., 27 ottobre 1981, n. 5616, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 908.

⁵⁹ GUERRINI, *Rimedi contrattuali e restituzioni nel novellato code civil: una deludente restaurazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 646-669, distingue a seconda che si tratti di nullità o di risoluzione per inadempimento; nel primo caso esclude il ricorso al prezzo contrattuale, che potrebbe comportare sanatoria del contratto, salva applicazione dei prezzi di mercato, 664; nel secondo fa invece riferimento al prezzo contrattuale, 665.

⁶⁰ Si veda però anche: Cass., 24 novembre 2003, n. 17860, in *De Jure*: "In tema di azione di ingiustificato arricchimento proposta da un professionista intellettuale per lo svolgimento di attività in mancanza di contratto, al fine di ritenere esistenti le condizioni dell'azione non è sufficiente la dimostrazione dell'espletamento della prestazione, occorrendo anche accertare l'esistenza di un effettivo vantaggio conseguito dalla parte cui abbia fatto riscontro l'impovertimento del professionista. (Nella specie, un avvocato aveva svolto attività professionale in favore di una società di capitali incorporata in altra società di capitali, in forza di un contratto stipulato successivamente alla incorpo-

La scelta si riduce così tra restituzione del corrispettivo concordato o di un giusto corrispettivo. La prima soluzione (corrispettivo contrattuale) è più vicina all'idea di sanatoria del rapporto, e varrebbe di fatto a parificare il regime delle restituzioni in oggetto a quello previsto dall'art. 2126 c.c. La seconda soluzione (giusto corrispettivo) si avvicina viceversa di più al regime generale dell'indebito ed all'idea di *restitutio in integrum*.

Considerando ancora che la regola della sanatoria del rapporto per il tramite dell'esecuzione in Italia appare come del tutto eccezionale, pare preferibile far riferimento al giusto corrispettivo; o, secondo una variante, al minor valore tra giusto corrispettivo e corrispettivo pattuito.

a) Un discorso comparabile può essere ripetuto per le società di fatto; anche in questo ambito si ritiene infatti che lo scioglimento del contratto operi *ex nunc*, con conseguente applicazione della disciplina del contratto societario con riferimento al periodo dell'esecuzione, anche in questo caso in applicazione della teoria dei rapporti di fatto⁶¹.

b) La questione può essere problematica anche con riferimento all'esecuzione di un rapporto di locazione nullo; nei casi di questo genere è più che ovvio che il conduttore non potrebbe in ogni caso restituire il godimento effettuato *medio tempore*; la soluzione preferibile ogniqualvolta si tratti di prestazioni non suscettibili di restituzione è sicuramente quella di escludere la retroattività dello scioglimento con conseguente consolidazione del rapporto con riferimento al periodo dell'esecuzione; soluzione facilmente raggiungibile o considerando l'art. 2126 c.c. espressione di un principio generale suscettibile di estensione anche nei casi di questo genere, o viceversa escludendo la retroattività dello scioglimento; in un caso di questo genere la Corte di Cassazione ha giustamente escluso che il locatore sia tenuto a restituire i canoni percepiti⁶². In altre occasioni ha invece escluso la configurabilità di un rapporto di fatto, con conseguente esclusione del diritto di trattenere i canoni devoluti, salvo il diritto del locatore di provare il danno subito (art. 2043 c.c.), o l'arricchimento conseguito dal conduttore (art. 2041 c.c.); soluzione senza dubbio meno lineare e protettiva per il locatore di quella che fa applicazione della teoria dei rapporti di fatto⁶³.

c) Il problema si è posto anche in materia di esecuzione di fatto di un contratto di trasporto; il Tribunale di Torino ha peraltro escluso che il vettore che ha dato esecuzione ad un contratto nullo possa agire in via riconvenzionale con l'azione per la ripetizione dell'indebito⁶⁴. La soluzione può però apparire eccessivamente dura, specie se

razione; la S.C., nell'enunciare il succitato principio di diritto, ha confermato la sentenza di merito che aveva rigettato la domanda, in quanto il professionista non aveva dimostrato il vantaggio economico conseguito dall'incorporante”.

⁶¹ P. GALLO, *Trattato di diritto civile*, VII, *L'arricchimento senza causa, la responsabilità civile*, Torino 2018, 315 ss.

⁶² Cass., 6 maggio 1966, n. 1168, in *Foro it.*, 1966, I, 1, 1249; Cass., 3 maggio 1991, n. 4849, in *De Jure*.

⁶³ Cass., 11 ottobre 2016, n. 20383, in *De Jure*.

⁶⁴ Trib. Torino, 1° giugno 2000, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2109: “Dalla nullità del contratto discende

confrontata con la giurisprudenza in materia di locazione di fatto; anche in questo caso si tratta infatti di un servizio che non può più essere restituito; ne consegue pertanto che, negare la devoluzione dell'equivalente pecuniario, può a sua volta determinare un risparmio di spesa a favore di chi ha usufruito di fatto del servizio.

d) In più occasioni la giurisprudenza è stata chiamata a valutare le conseguenze sul piano restitutorio dell'esecuzione di fatto di un contratto di appalto nullo; in genere si è peraltro esclusa la sanatoria del contratto e come conseguenza ulteriore la devoluzione del corrispettivo pattuito, salva la devoluzione di un'indennità nei limiti della diminuzione patrimoniale⁶⁵. In modo conforme si è pronunciata la giurisprudenza in materia di esecuzione di fatto di appalti pubblici⁶⁶.

Come risulta evidente da questo breve *escursus*, la casistica in materia di rapporti di durata, lavoro, società, locazione e così via, appare piuttosto variegata e non del tutto lineare; è peraltro possibile notare la tendenziale diversificazione dal modello della retroattività della *condictio*, o in virtù della teoria dei rapporti di fatto, o della sanatoria del contratto nullo tramite l'esecuzione o più semplicemente in virtù dell'esclusione della retroattività della caducazione, con conseguente salvezza della parte di rapporto che ha avuto esecuzione; soluzione che si è affermata specie in materia di prestazioni di fare, ancorché non in modo del tutto generalizzato, nonché in materia di rapporti di durata, specie se si tratta di prestazioni non suscettibili di restituzione. Se si tratta di un rapporto di durata invalido che comunque è stato attuato per un certo periodo di tempo, perché travolgere anche la parte di rapporto che ha ricevuto regolare esecuzione? Si tratta del resto della stessa logica prevista in tema di risoluzione dei contratti ad esecuzione continuata o periodica dall'art. 1458 c.c.; logica che, sebbene non specificamente prevista, opera in certa misura anche in materia di vizi originari. In questa prospettiva l'esecuzione del contratto potrebbe esplicare un effetto sanante con riferimento al periodo di costanza del rapporto, con conseguente esclusione dell'efficacia retroattiva dello scioglimento (*ex nunc*).

8. I vizi sopravvenuti

Il punto di partenza è costituito dalla clausola risolutiva, che in conformità alla concezione volontaristica si riteneva sottesa ad ogni contratto a prestazioni corrispet-

per il mittente il diritto a ripetere quanto corrisposto, *ex art.* 2033 c.c. È inammissibile l'azione di ripetizione di indebito esercitata in via riconvenzionale dal vettore, trattandosi di *facere* e non di *dare*. Non sono ammessi, in ogni caso, rimedi di tipo restitutorio in favore del vettore, nemmeno sotto forma di arricchimento senza causa, in ipotesi di nullità del contratto disposta a tutela dell'ordine pubblico"; ammette invece l'azione di arricchimento: Trib. Alba, 30 novembre 1995, in *Dott. com.*, 1997, 163.

⁶⁵ Cass., 15 luglio 2016, n. 14526, in *De Jure*; Cass., 13 settembre 2016, n. 17957, in *De Jure*.

⁶⁶ Cass., 10 maggio 2017, n. 11446, in *De Jure*.

tive⁶⁷; in questa prospettiva l'inadempimento del contratto determinava lo scioglimento del contratto con effetto retroattivo opponibile anche nei confronti dei terzi, in applicazione del modello della retroattività reale tipico della condizione. In seguito un primo temperamento è consistito nel ritenere che in materia di inadempimento la retroattività operi solo tra le parti, con conseguente salvezza degli acquisti dei terzi aventi causa⁶⁸.

Questo processo è culminato nell'art. 1458 c.c. ai sensi del quale la risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite.

a) La risoluzione del contratto opera dunque retroattivamente, salva la precisazione che si tratta di retroattività soltanto obbligatoria e quindi non opponibile nei confronti dei terzi; come precisa il 2° comma dell'art. 1458 c.c., la risoluzione, anche se è stata espressamente pattuita, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione⁶⁹; i terzi sono dunque tutelati in ogni caso, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione, a prescindere dalla natura del titolo d'acquisto, oneroso o gratuito, dalla buona o dalla mala fede e così via; con evidenti divaricazioni non solo con riferimento al modello di retroattività reale tipico della condizione⁷⁰, ma anche con riferimento all'annullabilità del contratto; si consideri infatti che l'annullabilità, salvo il caso in cui dipenda da incapacità legale, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi a titolo oneroso ed in buona fede, salvi ancora una volta gli effetti della trascrizione della domanda di annullamento (art. 1445 c.c.); ancora differente è il regime della nullità, la quale è opponibile anche nei confronti dei terzi aventi causa salvi gli effetti della pubblicità sanante (art. 2652, n. 6, c.c.)⁷¹; disparità di trattamento che sono frutto di una tradizione storica che non appa-

⁶⁷ Tipico del volontarismo del XIX secolo era cercare di ricollegare ogni effetto alla volontà presunta dei contraenti: M. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova 1972, 28 ss.

⁶⁸ In particolare è stato merito di Bigiavi, *Retroattività della risoluzione per inadempimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, 695, effettuare una critica serrata nei confronti del dogma della retroattività reale, *ivi*, riferimenti, 695, nota 1, e proporre la formula della retroattività obbligatoria, in seguito accolta dal codice civile del 1942, *ivi*, 696; soluzione criticata da L. COVIELLO JR., *Risoluzione per inadempimento: retroattività, e risarcimento del danno*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, I, 1, 24, il quale ribadisce la tesi classica della retroattività reale.

Si veda anche: AMADIO, *La salvezza dei diritti dei terzi*, in *Lezioni di diritto civile*, 2ª ed., Torino 2016, 93-114.

⁶⁹ PAGLIANTINI, *La c.d. inopponibilità ai terzi della risoluzione del contratto ...*, in *Colloqui Giorgianni*, Napoli 2007, 827, 829.

⁷⁰ P. GALLO, *Trattato del contratto*, cit., II, 1218 ss.

⁷¹ Si vedano in particolare: ARGIROFFI, *Caducazione del contratto ad effetti reali*, Napoli 1984; PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano 2002, *ivi* analisi delle conseguenze della caducazione del contratto con riferimento ai vari vasi di nullità, annullabilità, risoluzione, rescissione, inesistenza, clausole vessatorie, abuso di posizione dominante e così via; P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da Sacco, 2ª ed., Milano 2008, 244.