

Geo Magri

Dallo scambio immorale allo scambio illecito

I nuovi confini dell'irripetibilità
della prestazione indebita



Giappichelli

INTRODUZIONE

Il rapporto tra diritto e morale ha sempre affascinato e invitato a riflettere. È sufficiente pensare all'Antigone¹ e al conflitto tra la legge scritta e quella morale, o all'aforisma ciceroniano (*De Officiis*, I, 10) per cui il *summum ius* coinciderebbe con la *summa iniuria*, per comprendere come il diritto positivo e la morale non sempre percorrano strade parallele e che, non necessariamente, la risposta del diritto positivo sia conforme a quella che darebbe la morale.

Se diritto e morale sono due concetti distinti e autonomi, ciò non significa che essi, talvolta, non possano essere anche comunicanti. Il nostro codice civile contiene due disposizioni che consentono alla morale di fare il suo ingresso nel diritto positivo: si tratta dell'art. 2034 c.c. disciplinante le obbligazioni naturali e dell'art. 2035 c.c. in materia di buon costume. La prima disposizione non consente di ripetere quanto si sia spontaneamente pagato in esecuzione di un obbligo che, pur essendo civilisticamente irrilevante, è comunque conforme a un dovere morale o sociale. La seconda, invece, vieta di ripetere la prestazione che sia stata corrisposta in esecuzione di una finalità immorale.

La morale è inoltre presa in considerazione dal diritto positivo in tutte quelle disposizioni che fanno riferimento al buon costume, il quale, in quanto clausola generale dell'ordinamento, deve essere riempito di significato dall'interprete, che ha tradizionalmente ritenuto di far coincidere il buon costume con la morale corrente nella società.

In questa sede non si tratterà, in generale, dei punti di intersezione tra morale e diritto privato, ma ci si soffermerà sulla regola, contenuta

¹ Il tema dell'Antigone ha affascinato e continua ad affascinare il giurista, senza alcuna pretesa di completezza si vedano G. ZAGREBELSKY, *Il diritto di Antigone e la legge di Creonte*, in I. DIONIGI (a cura di) *Nomos basileus. La legge sovrana*, Milano, 2006, p. 19 ss. e F. CIARAMELLI, *Il dilemma di Antigone*, Torino, 2017.

nell'art. 2035 c.c., che prevede l'irripetibilità di quanto sia stato prestato in esecuzione di un contratto immorale.

La regola dell'irripetibilità dell'adempimento di una prestazione contrastante con il buon costume è stata, nel corso dei secoli, sintetizzata efficacemente in diversi brocardi: *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*; *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*² e *nemo auditur turpitudinem suam allegans*³. Tali massime esprimono regole operazionali diverse: il primo adagio chiarisce come, di fronte a una causa turpe che giustifica lo scambio di una prestazione, non sia concessa la ripetizione di quanto pagato; il secondo e il terzo, invece, non solo escludono la ripetizione, ma impediscono ai contraenti di agire per ottenere l'adempimento dell'accordo. In altre parole, di fronte a un contratto *ob turpem causam*, il diritto resta indifferente.

Nel corso dei secoli e fino a epoca piuttosto recente, il principio è stato letto attraverso le lenti della morale cristiana, la quale avvicinava il concetto di immoralità a quello di peccato, per questo motivo i contratti con una causa immorale erano visti con particolare sfavore e considerati alla stregua di contratti illeciti⁴.

La regola, consegnata dalla tradizione, non solo prevede l'invalidità del contratto con causa turpe, ma impedisce di rivolgersi a un magistrato per far valere un tale contratto; per questa ragione per un lungo lasso di tempo la prestazione effettuata per una causa immorale doveva essere devoluta allo Stato⁵ e, ancora oggi, il nostro ordinamento

² La regola è enunciata in D. 3.6.5.1 (Ulp. 10 *ad ed.*) interessanti riflessioni sui suoi effetti nel diritto civile vigente in L. PELLECCHI, "In pari causa turpitudinis repetitio cessat": *sull'uso del diritto romano nel dibattito odierno*, in *Juscivile*, 2021, I, p. 43 ss.

³ Sulle origini storiche della regola cfr. P. GUIRAUDET, *Essai sur la maxime nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, Dijon, Bernigaud, 1913 e F. STURM, *Aperçu sur l'origine du brocard nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, in *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands. Études en souvenir de Georges Chevrier*, tomo II, Dijon, Faculté de Droit et de Science politique de Dijon, 1971.

⁴ A. BELLIZZI, *Contratto illecito, reato e irripetibilità ob turpem causam. Profili restitutori dei delitti di corruzione e concussione*, Torino, 1999, p. 82 ss. La causa turpe, in epoca medioevale, del resto, era avvicinata al concetto di peccato che rimaneva confinato alla confessione, nel mondo cattolico, e all'espiazione, in quello protestante, ma non poteva avere rilievo di fronte alla giustizia civile.

⁵ M. ALLARA, *Sul pagamento ob turpem causam, Estratto da Annali Camerino*, Cortona, 1930, p. 152. La regola, nel diritto moderno, è stata accolta soprattutto dai codici dei paesi ex socialisti, come per esempio quello russo del 1994.

prevede una simile soluzione quando ha luogo la confisca. La confisca, in effetti, appare la soluzione più efficace nel reprimere e sanzionare i negozi a causa turpe (cfr. *infra*, cap. II, § 6), dal momento che la *soluti retentio* (rimedio generalmente previsto dal diritto civile) ha effetto sanzionatorio soltanto nei confronti del *solvens*, al quale è preclusa la possibilità di ripetere la sua prestazione, ma non per l'*accipiens*, che può trattenere quanto ricevuto.

La *soluti retentio* varrebbe, in altre parole, a consolidare un trasferimento patrimoniale in favore dell'*accipiens*, quasi come se si trattasse di una pena privata: solo quando il divieto di ripetizione è associato alla confisca si sanzionano tanto il *solvens* che l'*accipiens* per la loro immoralità, privando entrambi del *solutum*.

I principi appena descritti trovano una loro consolidazione già nella trattatistica del Sei e Settecento. Domat, nelle sue *Leggi civili*, afferma che la nullità consegue alla violazione di una legge o del buon costume⁶ e chi riceve una prestazione in contrasto con il buon costume non è tenuto alla restituzione se la turpitudine è comune ad entrambe le parti contraenti.

Pothier, nel suo celebre trattato sulle obbligazioni, premette che «quando la causa per cui l'obbligazione fu contratta offende la giustizia, la buona fede, o i buoni costumi, l'obbligazione è nulla, com'è nullo tutto il contratto»⁷, occorre, però, distinguere l'ipotesi in cui la causa, per cui si promise la cosa, sia contraria alla giustizia o ai buoni costumi per il solo stipulante o per entrambi i contraenti. Nel primo caso non compete l'azione per l'adempimento, ma è possibile la ripetizione di quanto pagato; nel secondo, invece, non solo non si ha un'azione per chiedere il pagamento, ma scatta la *soluti retentio* in virtù del principio *ubi dantis et accipientis turpitudinis versatur, non posse repeti dicimus*, che nega un rimedio restitutorio a chi abbia dato esecuzione a un rapporto *ob turpem causam*.

Il codice italiano del 1865, uniformandosi al modello francese, non conteneva una disciplina del contratto immorale; le corti, tuttavia, continuavano ad applicare pacificamente la regola *nemo auditur*⁸, senza distinguere tra contratti a causa illecita e contratti immorali, ma rite-

⁶J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1767, p. 30 s.

⁷R.J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, vol. I, Venezia, 1833, p. 40.

⁸Cfr. Cass. 20 dicembre 1926, in *Foro it.*, 1927, I, c. 394 ss.

nendola espressione di un principio generale dell'ordinamento applicabile a tutti i contratti illeciti ed equiparando quindi, di fatto, la causa *turpis* a quella *iniusta*⁹.

Anche la dottrina condivideva le conclusioni alle quali era approdata la giurisprudenza: Giorgi affermava, ad esempio, che i fatti turpi e i fatti illeciti non devono interessare il diritto, posto che non è possibile «senza violazione della morale e dei principii meno discutibili e più universali del diritto, recedere dalla regola *nemo auditur turpitudinem suam allegans*, e accordare il diritto di ripetere l'indebito»; la *soluti retentio* doveva essere riconosciuta sia nel caso in cui la turpitudine trovasse fonte nell'illiceità della causa, quanto nel caso in cui essa derivasse da immoralità della stessa¹⁰.

Ferrara, che riteneva la regola *nemo auditur* un monumento di storia, rimarcava che il diritto non deve soccorrere chi, per la sua azione

⁹D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999, p. 93 ss., il quale richiama un esempio che ben chiarisce l'ampia portata della massima sotto la codificazione del 1865 (Corte App. Bari 3 aprile 1924, in *Foro it.*, 1924, I, c. 910): un cliente aveva versato alla propria banca una somma di denaro per l'acquisto di valuta estera in violazione del R.D. 13 maggio 1919, n. 696. La violazione della norma imperativa importava la nullità del contratto e il privato chiedeva la restituzione della somma versata in forza dell'art. 1119 c.c., che recepiva nell'ordinamento la massima *quod nullum est, nullum producit effectum*, ma la banca si opponeva alla richiesta restitutoria perché il cliente versava *in pari causa turpitudinis*. Il cliente replicava osservando che nessuna norma prevedeva la *soluti retentio* e anche applicando la regola *nemo auditur*, la sua portata doveva considerarsi limitata ai contratti immorali, non a quelli a causa illecita. La Corte ha però osservato che limitare il concetto di *turpitudine* ai soli contratti immorali non era corretto, se è vero che si deve distinguere tra causa ingiusta (ossia illecita) e causa turpe, ciò non significa che non esista una turpitudine civile che nel caso di specie poteva ravvisarsi nel comportamento di chi «per avida speculazione non si astenga da operazioni vietate perché ispiranti a recare nocumento grave all'economia nazionale».

¹⁰G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto civile moderno italiano*, vol. V, Firenze, 1882, p. 175 s. Si noti che Giorgi (p. 175) prendeva espressa posizione sui commentatori del codice francese che, silente il diritto positivo, ritenevano abrogata la massima *nemo auditur*. Secondo l'autore il silenzio del codice «non ha valore alcuno in una materia che è sfuggita interamente alla contemplazione del legislatore. I codici moderni non contengono veruna disposizione intorno all'indebito per causa turpe o illegittima, non può far dunque meraviglia, se nemmeno si occupano di stabilire, che non è autorizzata la ripetizione, quando siavi turpitudine anche da parte di chi fece il pagamento». La materia, pertanto, doveva considerarsi ancora disciplinata dai principi elaborati dai giureconsulti romani che dovevano considerarsi transitati nel diritto moderno.

illecita, soffra un danno e, pertanto, ammetteva l'irripetibilità di quanto pagato in esecuzione di un contratto illecito o immorale¹¹. Anche la dottrina condivideva, quindi, l'ampia estensione che la giurisprudenza riconosceva alla massima *nemo auditur* e ciò perché si riteneva che l'ordinamento dovesse avvalersi di ogni mezzo per contrastare l'immoralità, l'illegalità e, più in generale, la riprovevolezza degli interessi perseguiti dalle parti¹².

La soluzione prevalente in Italia, a cavallo tra Otto e Novecento, era quindi quella di escludere ogni protezione a coloro che avessero concluso contratti immorali e illeciti, uniformandosi alle massime tramandate dalla tradizione, anche in assenza di una precisa disposizione di legge. Si tratta di una conclusione motivata dalla necessità di sanzionare coloro che concludevano un contratto riprovevole per l'ordinamento e, sebbene l'equiparazione tra contratto immorale e illecito non potesse essere fondata su basi dogmatiche, essa poteva ben giustificarsi sul fatto che concludere un contratto illecito era comunque moralmente riprovevole.

Si deve peraltro sottolineare che in Italia, pur in assenza di una espressa previsione normativa, parte della dottrina vedeva nell'irripetibilità del debito di giuoco, sancita dall'art. 1804 del codice civile del 1865, una conferma della vitalità nel sistema della regola *nemo auditur*¹³, posto che l'adempimento di una tale obbligazione poteva ben essere considerato in contrasto con la morale¹⁴.

Il codice del 1942, emancipandosi dalla codificazione del 1865, contiene una previsione espressa in materia di adempimento dell'obbligo contrastante con la morale e recepisce, al suo interno, la regola tramandata dalla tradizione romanistica secondo la quale, se le parti

¹¹ F. FERRARA, *Teoria del negozio giuridico illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914, p. 281.

¹² G. TERLIZZI, *Il contratto immorale tra regole giuridiche e regole sociali*, Napoli, 2012, p. 115.

¹³ Cfr., in questo senso, F. FERRARA, *Il pagamento ob turpem causam*, in *Studi senesi*, XXIX, 1913, p. 219 ss. e P. BONFANTE, *Le obbligazioni naturali e il debito di giuoco*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, p. 125 ss.

¹⁴ Si tratta di una conclusione ormai superata, posto che la soluzione prevalente, dopo l'entrata in vigore del codice del 1942, è nel senso di considerare il pagamento di un debito di gioco come adempimento di un'obbligazione naturale piuttosto che immorale, cfr. F. GIGLIOTTI, *Del pagamento dell'indebito. Obbligazioni naturali*. Art. 2034, in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2014, p. 290 ss.

adempono a un contratto contrario al buon costume e l'immoralità riguarda entrambi i contraenti, il *solvens* non può ripetere quanto abbia pagato. La regola è, come noto, formulata nell'art. 2035 c.c., rubricato "prestazione contraria al buon costume", secondo il quale «chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume non può ripetere quanto ha pagato».

Nella relazione n. 790 del Ministro Guardasigilli, del 4 aprile 1942, si legge che l'indebito oggettivo presuppone la mancanza di un'obbligazione; tuttavia, se col pagamento si è adempiuto ad un'obbligazione naturale o contraria al buon costume anche per parte del *solvens*, non si fa luogo a ripetizione di quanto sia stato pagato. L'irripetibilità di quanto prestato in una situazione di turpitudine reciproca risponde, secondo la Relazione, alla finalità, propria dell'ordinamento giuridico, di non offrire tutele a chi non ne sia moralmente degno. In proposito si è osservato che l'introduzione della regola è stata agevolata dal diffuso convincimento di una sua piena corrispondenza ai principi generali del diritto, quasi che la norma fosse immanente nel nostro sistema giuridico¹⁵.

Deve essere opportunamente sottolineato che, rispetto a quella che era la soluzione concretamente operante sotto il codice del 1865, che tendeva alla sostanziale equiparazione del contratto illecito a quello immorale¹⁶, l'art. 2035 c.c. 1942 menziona unicamente l'adempimento di un obbligo immorale¹⁷. Il cambiamento di prospettiva veniva, dopo alcune difficoltà, recepito anche dalla giurisprudenza, come di-

¹⁵ Cfr. F. GIGLIOTTI, *Prestazione contraria al buon costume. Art. 2035*, in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2015, p. 31 e P. RESCIGNO, In pari causa turpitudinis, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 1 ss., il quale osserva che il principio è riconosciuto da sempre ed è immanente in ogni ordinamento rispettoso delle esigenze di tutela della giustizia naturale. D. CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio. L'art. 2035 c.c. tra vecchie e nuove immoralità*, Napoli, 1995, p. 2, osserva che si tratta di una costruzione originale del nostro legislatore, posto che altre codificazioni non contengono disposizioni analoghe e altre ancora non contemplano nemmeno l'irripetibilità nel caso di prestazione contraria al buon costume.

¹⁶ Come si ricorderà, infatti, la conclusione di un contratto illecito veniva comunque considerata un'evidente dimostrazione di una carenza morale dei contraenti.

¹⁷ Lo sottolineano debitamente E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010, p. 236 e D. MAFFEIS, *op. cit.*, p. 85.

mostra una sentenza del Tribunale di Torino del 1947¹⁸, nella quale si afferma che, se è vero che la causa del contratto può essere illecita, per espressa disposizione di legge, quando essa è contraria a una norma imperativa, all'ordine pubblico o al buon costume (art. 1343 c.c.) e che il contratto con causa illecita è nullo (art. 1418 c.c.), la *soluti retentio* opera soltanto con riguardo a «quanto sia stato pagato per uno scopo che, anche da parte del *solvens*, costituisca offesa al buon costume (art. 2035 c.c.), e non già quanto sia stato pagato nelle altre e diverse ipotesi di illiceità della causa per contrarietà a norme imperative o all'ordine pubblico: nelle quali ipotesi il diritto alla ripetizione, non escluso né limitato da particolari disposizioni di legge, logicamente sussiste»¹⁹.

¹⁸ Cfr. Trib. Torino 14 febbraio 1947, in *Foro pad.*, 1947, I, p. 256. Nello stesso senso Trib. Milano 2 maggio 1949, in *Temi*, 1951, p. 157 e Cass. 28 febbraio 1950, n. 498, in *Rep. Foro it.*, 1950, voce *Indebito*, n. 14.

¹⁹ Il principio è divenuto, da allora e sino a epoca recente, *ius receptum* nella giurisprudenza, come meglio si dirà nel corso dello studio (basti in questa sede citare Cass. 18 giugno 1987, n. 5371, in *Giust. civ.*, 1988, p. 197, secondo la quale: «In materia di ripetizione di indebito la norma di cui all'art. 2035 c.c. funge da limite legale all'applicabilità del precedente art. 2033 ed impone al giudice di accertare la contrarietà al buon costume dell'atto o del contratto, tenendo presente, da un lato, che la nozione di negozio contrario al buon costume comprende (oltre ai negozi che infrangono le regole del pudore sessuale e della decenza) anche i negozi che urtano contro i principi e le esigenze etiche della coscienza collettiva, elevata a livello di morale sociale, in un determinato momento ed ambiente, e per altro verso che sono irripetibili – ai sensi dell'art. 2035 c.c. – i soli esborsi fatti per uno scopo contrario al buon costume, non anche le prestazioni fatte in esecuzione di un negozio illegale per contrarietà a norme imperative»). Bisogna peraltro sottolineare sin da ora che, qualora il giudice ritenesse il contratto illecito per violazione di norma imperativa o del buon costume, dovrà comunque valutare l'eventuale immoralità dell'accordo ai fini della *soluti retentio*. In altre parole, contrarietà all'ordine pubblico o a norme imperative non significano necessariamente assenza di *soluti retentio*, questa potrà infatti entrare in gioco tutte le volte nelle quali il contenuto dell'accordo urta principi etici o morali riconosciuti dall'ordinamento (sempre Cass. 18 giugno 1987, n. 5371, cit., rileva che «La disciplina unitaria della *condictio indebiti* trova il suo completamento nella norma di cui all'art. 2035 c.c. la quale funge da limite legale all'applicabilità del precedente art. 2033, di modo che il giudice di merito, chiamato a pronunciarsi su una *condictio ob iniustam causam*, deve procedere d'ufficio, e sulla base delle risultanze acquisite, alla ulteriore valutazione dell'atto o del contratto di cui abbia ravvisato l'illegalità o la contrarietà all'ordine pubblico, sul diverso piano della sua contrarietà al buon costume, tenendo presente, da un lato, che la nozione di negozio contrario al buon costume (oltre ai negozi che infrangono le regole del pudore sessuale e della decenza) anche i negozi che urtano contro i principi e le esigenze etiche della co-

In epoca più recente, tuttavia, è possibile registrare una generale tendenza della giurisprudenza a riavvicinare il campo di applicazione della *soluti retentio* a quello, più generale, dell'illiceità facendo leva sul progressivo allargamento del concetto di scopo contrario al buon costume e tornando su posizioni simili a quelle seguite sotto la codificazione del 1865²⁰.

Se si dovesse individuare la ragione che ha spinto il legislatore italiano a distinguere tra il contratto che offende la morale e quello che offende la legge, probabilmente, si dovrebbe guardare all'influenza esercitata dalla dottrina straniera e sul successo che, in altre esperienze giuridiche, avevano riscontrato le clausole generali²¹. Inoltre, la limitazione della *retentio* ai soli casi di contrarietà al buon costume lasciava una certa discrezionalità ai giudici, i quali avrebbero potuto determinare in concreto le ipotesi nelle quali si doveva (o non doveva) restituire. La clausola generale del buon costume, inoltre, consentiva di dare ampio spazio a concetti e principi etici e allo spirito del popolo, tanto cari alla retorica del regime, permettendo una lettura politicamente orientata del diritto civile e consentendo di sanzionare con la nullità e la *soluti retentio* gli accordi contrastanti con l'ideologia fascista, elevata a morale sociale²².

Quello che appare assolutamente pacifico è che, introducendo l'art. 2035 c.c., il legislatore era convinto di limitarsi a formalizzare un crit-

scienza collettiva, elevata a livello di morale sociale, in un determinato momento ed ambiente, e per altro verso che sono irripetibili, ai sensi dell'art. 2035 c.c. i soli esborsi fatti per uno scopo contrario al buon costume, ma non pure le prestazioni fatte in esecuzione di un negozio illegale per contrarietà a norme imperative»).

²⁰ Così D. CARUSI, *op. cit.*, p. 14.

²¹ G. LEVI, *Il pagamento dell'indebitto*, Milano, 1989, p. 99.

²² D. CARUSI, *op. loc. cit.*, specialmente nota 39 ove cita A. BISCARDI, *Sul negozio giuridico illecito: turpitudinis utriusque*, in *Foro it.*, 1938, c. 357 ss., il quale auspicava che il legislatore fascista, «tagliando ancora una volta i nodi con la sua spada lucente, adotti per l'avvenire una norma più della semplice nullità o della condizionata irripetibilità rispondente alla nuova coscienza etica del popolo italiano». Secondo Biscardi, non tutti i casi di illiceità avrebbero dovuto essere trattati alla stessa stregua, dalle più lievi infrazioni dell'ordine giuridico alle più gravi violazioni del buon costume. La possibilità di plasmare il diritto civile alle esigenze politiche storicamente prevalenti attraverso il ricorso alle clausole generali è ben nota: con riferimento all'esperienza italiana si vedano le significative pagine di E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 217 ss.

totipo, enunciando una regola che era, in realtà, corrispondente a un principio generale del diritto immanente nel sistema²³.

L'art. 2035 c.c. fa espresso riferimento all'adempimento di una prestazione contraria al buon costume, nozione, questa, che sembra essere ormai entrata in crisi²⁴. Il buon costume rimanda a un complesso di valori metagiuridici, per lo più fondati sul comune modo di sentire, che comprende i principi e le esigenze etiche costituenti la morale sociale in un determinato ambiente e in un certo momento storico²⁵. Il concetto di buon costume, quindi, si caratterizza per la necessità di essere concretamente determinato dall'interprete e per la sua relatività nel tempo: ciò che oggi appare pacificamente contrario al buon costume potrebbe non esserlo più nel giro di qualche anno o non esserlo stato nel passato.

La clausola generale appare, quindi, lo strumento attraverso il quale l'ordinamento può valutare l'accettabilità morale dell'operazione voluta dalle parti, ma, come tutte le clausole generali, rischia di aprire la porta alla discrezionalità del giudice, minacciando la certezza del diritto.

La dimostrazione di quanto il concetto di buon costume si sia evoluto nel tempo è agevolmente riscontrabile se si considera che esso, pur essendo già noto al diritto romano, ha finito poi per coincidere con la morale cristiana, la quale era assai distante dai valori etici propri della società romana arcaica.

Nonostante si tratti di un concetto incerto e in costante evoluzione, il buon costume ha avuto un ruolo di rilievo; basti pensare che la sua

²³ Così F. GIGLIOTTI, *Prestazione contraria al buon costume*, loc. cit.

²⁴ Su questo aspetto si veda V. CARBONE, *Art. 2035*, in R. LENER (a cura di), *Della gestione d'affari, del pagamento dell'indebito, dell'arricchimento senza causa*, in E. GABRIELLI (dir.), *Commentario del codice civile*, Torino, 2015, p. 127 ss., p. 131.

²⁵ Cfr. Cass. 26 gennaio 2018, n. 2014 e 3 aprile 2018, n. 8169 (entrambe in *DeJure*), secondo la quale «Ai fini dell'applicabilità della *soluti retentio* prevista dall'art. 2035 c.c. la nozione di buon costume non si identifica soltanto con le prestazioni contrarie alle regole della morale sessuale o della decenza, ma comprende anche quelle contrastanti con i principi e le esigenze etiche costituenti la morale sociale in un determinato ambiente e in un certo momento storico; pertanto, chi abbia versato una somma di denaro per l'ottenimento di un posto di lavoro (nella specie, presso un istituto bancario), a prescindere dall'esito della trattativa immorale, non è ammesso a ripetere la prestazione, perché tale finalità, certamente contraria a norme imperative, è da ritenere anche contraria al buon costume».

violazione ha finito per essere equiparata a quella delle norme imperative: il contratto immorale veniva così trattato alla stregua di un contratto illecito. Successivamente, alle figure classiche di norma imperativa e buon costume, si affiancava il concetto di ordine pubblico, attraverso il quale si consentiva l'accesso nel sistema del diritto privato dei valori riconosciuti dall'ordinamento. In questa prospettiva si poteva sanzionare, sotto l'ombrello del contratto illecito, il contratto immorale, quello contrastante con una norma imperativa e quello in antitesi ai valori di fondo dell'ordinamento (ordine pubblico). A questo modello si sono uniformate sia la codificazione del 1865 che quella del 1942.

Sul finire del XX secolo, però, il concetto di buon costume comincia a entrare in crisi e tale processo si accentua nell'era caratterizzata dalla "fluidità", la clausola generale rischia così di trasformarsi in un contenitore vuoto²⁶.

Non si può negare che, nei sistemi come quello italiano, in cui il contratto illecito ha una natura tripartita, il buon costume vada via via perdendo la sua centralità a favore dell'ordine pubblico²⁷. In questo contesto, però, l'ordine pubblico si colora di valori che rimandano alla dignità umana, tanto che si comincia a parlare di un ordine pubblico morale e filantropico, che protegge la persona nella sua sfera relazionale e individuale e che trova i suoi confini nei diritti della personalità, nei rapporti personali e all'interno della famiglia o delle regole sullo

²⁶ Già dal 1984 il codice civile della Luisiana aveva cancellato ogni riferimento ai buoni costumi (art. 1968) e, nel 1994, questa impostazione è stata confermata dal codice del Québec (art. 1699); alla base di questa riforma legislativa probabilmente vi era la volontà di semplificare il sistema e renderlo più simile al modello di *common law*; in ogni caso questo modello si è diffuso ulteriormente ed è stato accolto anche in Francia con la riforma del 2016; il testo del codice riformato fa infatti esclusivo riferimento alle norme imperative e all'ordine pubblico (art. 1162), inteso ovviamente in senso lato e quindi comprensivo di quello che resta del buon costume. Cfr. G. TERLIZZI, *Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 695 ss., spec. p. 709 ss. e A. GUARNERI, *La scomparsa delle bonnes moeurs dal diritto contrattuale francese*, in *Studi in onore di Antonio Gambaro*, II, Milano, 2017, p. 1079 ss.

²⁷ Diversamente vanno le cose negli ordinamenti che, non conoscendo l'ordine pubblico, mantengono in vita il concetto di buon costume. Sulla vitalità del buon costume si vedano le riflessioni di C. CREA, *La 'resilienza' del buon costume: l'itinerario francese e italiano, tra fraternité et diversité*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 872 ss.

stato civile²⁸. Attraverso questa nuova concezione di ordine pubblico, quindi, si arriva a proteggere la dignità umana, erodendo gli spazi che precedentemente erano riservati al buon costume²⁹.

Evidentemente, l'ordine pubblico dovrà essere declinato alla luce dei valori proclamati nella Costituzione e nelle carte fondamentali sovranazionali recepite nel nostro ordinamento (cfr. *infra*, in questo cap., § 5 e cap. III, § 1), quali la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e la CEDU, e dovrà essere inteso non più soltanto come «ciò che l'uomo della strada normalmente intende e che induce ognuno a comportarsi rispettando le regole del c.d. vivere civile», ma secondo una lettura costituzionalmente orientata che ricomprende «l'impegno della Repubblica all'attuazione dei principi fondamentali (democraticità, effettiva possibilità di partecipare alla vita delle comunità intermedie oltre che alla vita dello Stato, realizzazione dei diritti fondamentali dell'individuo)»³⁰. Una tale accezione di ordine pubblico, però, non può che finire con il sovrapporsi e con il confondersi con il buon costume, che consiste, appunto, nell'insieme di regole etiche comunemente accettate all'interno di una data società.

La stessa nozione di buon costume, nel corso degli anni, è andata incontro a un progressivo ripensamento; dalla concezione originaria, intesa come rinvio a valori metagiuridici largamente condivisi nel contesto sociale, ancorché non limitati al solo pudore sessuale e alla decenza³¹, si è gradualmente passati a una concezione progressivamente

²⁸ G. TERLIZZI, *Il contratto immorale*, cit., p. 79 ss.

²⁹ Cfr. D. FENOUILLET, *Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique!*, in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Etudes offertes à Pierre Catala*, Paris, 2001, p. 493 ss.; L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1992, p. 43, secondo il quale, se il buon costume non esprime più delle «concezioni etiche autonome, non ... se ne giustifica più la distinzione rispetto all'ordine pubblico» e, con riferimento ai marchi C. CREA, *Argomento morale, pluralismo "culturale" e semantica dei marchi*, in *Pers. e merc.*, 2020, p. 350 ss.

³⁰ Così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, 2006, p. 416.

³¹ Cass. 15 febbraio 1960, n. 234, in *Giur. it.*, 1960, I, p. 1134; Cass. 5 agosto 2020, n. 16706, in *Fall.*, 2021, p. 503 ss., con commento di S. DELLE MONACHE, *Buon costume e fallimento*; in *Giur. comm.*, 2021, II, p. 528 ss., con nota di M. MARTINO, *Soluti retentio ex art. 2035 c.c. e finanziamento all'impresa in crisi in danno ai creditori* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 283 ss., con osservazioni di A. MAGER, *In tema di buon costume e relazioni di "mercato"*.

più legalista, in quanto fondata non più (o non solo) sulla morale condivisa, ma piuttosto su valori comunque espressione dell'ordinamento di riferimento, come, per esempio, quelli contemplati dalla Costituzione e per ciò stesso condivisi da tutti.

Ci si deve chiedere quali siano le cause di questa evoluzione e della progressiva erosione del concetto di buon costume. La ragione di questo cambiamento di prospettiva sembra da individuarsi nella laicizzazione della società e nella conseguente crisi di un modello valoriale fondato sulla religione e sulla tradizione; tale trasformazione della società è evidentemente favorita dall'evoluzione in senso multiculturale della comunità, che si connota per la coesistenza di valori e ideologie profondamente diversi. La nuova società, sprovvista di un quadro valoriale comune, ha bisogno di vedere oggettivizzati i suoi valori di riferimento; ecco quindi che entrano in gioco, quali criteri di riferimento, non più i principi morali, variabili e soggettivi, ma i principi fondamentali dell'ordinamento, che trovano espressione nella carta fondamentale³². Il buon costume, quindi, non sembra più individuabile alla luce di una morale comune, ormai non più esistente, ma in chiave costituzionalmente orientata.

Il ridimensionamento del buon costume non deve sorprendere: si pensi a quanto le tematiche moralmente sensibili aprano spesso, all'interno della società, conflitti che emergono in maniera evidente nelle assemblee parlamentari. Tutti i temi che sono fortemente connotati da valori morali quali la famiglia, la convivenza³³, la sessualità³⁴ o la genitorialità faticano a trovare soluzioni condivise; normale, quindi, che, in un simile contesto, l'ordinamento rifugga l'arbitrio del giudice e cerchi una soluzione più oggettiva che non può che comportare la progressiva positivizzazione del buon costume³⁵.

³² G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970; S. RODOTÀ *Ordine pubblico o buon costume?*, in *Giur. merito*, 1970, p. 105 ss.; ID., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1970, p. 167 ss.

³³ Cass. 8 giugno 1993, n. 6381, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 339.

³⁴ V. ZENO-ZENCOVICH, *Sex and the contract*, II ed., Roma, 2015 e ID., *Sex and the contract dal mercimonio al mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 1191 ss.; Cass. pen. 30 novembre 1986, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1026; Cass. pen., S.U., 24 marzo 1995, n. 5606, in *Foro. it.*, 1996, II, c. 17; Cass. pen. 25 settembre 1995, n. 3027, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2968.

³⁵ Corte App. Reggio Calabria 1° febbraio 2004, in *DeJure*.

L'effetto del procedimento descritto è quello di trasformare il buon costume in un doppione dell'ordine pubblico che finisce per essere il contenitore al quale ricondurre i casi di illiceità che non dipendono dalla violazione di una norma imperativa.

In linea di massima, quando ci si trova in un sistema che non contiene una regola analoga al nostro art. 2035 c.c., la trasformazione descritta ha risvolti che si limitano, quasi esclusivamente, al piano culturale; più delicata, invece, la questione in Italia, dove la *soluti retentio* opera, per espressa previsione normativa, soltanto in caso di prestazione immorale e non in quello di prestazione contraria all'ordine pubblico. In queste condizioni diventa, infatti, fondamentale chiedersi quali spazi residuino per l'applicazione dell'art. 2035 c.c. e quando, in concreto, si dovrà considerare immorale una prestazione anziché contraria all'ordine pubblico, declinato secondo i valori della dignità umana.

CAPITOLO PRIMO

MORALE E BUON COSTUME

SOMMARIO: 1. Indebito oggettivo e art. 2035 c.c. – 1.1. La *ratio* dell'art. 2035 c.c. – 2. Contratto e buon costume. – 3. I presupposti per l'applicazione dell'art. 2035 c.c. – 4. Prestazioni di dare, fare, non fare e *soluti retentio*. – 5. Il buon costume. – 5.1. Buon costume e ordine pubblico. – 5.2. Buon costume e diritti fondamentali. – 6. Il rapporto tra buon costume, norme imperative e ordine pubblico. – 7. Gli altri casi nei quali l'ordinamento prende in esame la morale: l'art. 2034 c.c. – 7.1. Tra contratto immorale e obbligazione naturale: il debito di giuoco. – 8. La capacità delle parti. – 8.1. I vizi della volontà del *solvens*.

1. Indebito oggettivo e art. 2035 c.c.

L'art. 2035 c.c., inserito tra le disposizioni che regolano la ripetizione dell'indebitto, è volto a escludere l'applicazione della disciplina generale prevista dall'art. 2033 c.c., quando la prestazione effettuata sia immorale¹: la norma, infatti, dispone che chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, rechi offesa al buon costume, non può chiedere la ripetizione di quanto pagato.

Sebbene non manchino contrasti sul modo di operare della regola, giurisprudenza e dottrina² appaiono concordi nel riconoscere che l'art.

¹ Cfr. P. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 12 e, in giurisprudenza, Cass. 18 giugno 1987, n. 5371, in *Foro it.*, 1988, c. 181 ss. Sul rapporto tra artt. 2033 e 2035 si veda G. PANZA, *L'antinomia fra gli artt. 2033 e 2035 c.c. nel concorso fra illegalità ed immoralità del negozio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 1174 ss.

² In dottrina G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, rist. 1961, p. 70 ha osservato che la disciplina dell'art. 2033 c.c. dovrebbe essere ristretta ai soli casi di ripetibilità di quanto pagato da una persona ad un'altra con la quale non è mai stata in rapporto. P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti tra negozio e giusta cau-*

2035 c.c. sia un'eccezione alla disciplina dell'indebito: la Corte Suprema ha affermato che, in caso di adempimento di una prestazione immorale, «non vale la regola dell'indebito oggettivo, ma trova applicazione il principio della *soluti retentio*, vale a dire della ritenzione di ciò che è stato pagato»³: pertanto, chi ha adempiuto, non può ottenere giudizialmente la restituzione di quanto abbia versato.

Ai fini dell'irripetibilità occorre che la finalità immorale sia comune ad entrambe le parti⁴, la norma precisa infatti che chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, «anche da parte sua», reca offesa al buon costume non può ripetere quanto ha pagato. La specificazione «anche da parte sua» indica, evidentemente, che, oltre all'immoralità del *solvens*, ci deve essere anche quella dell'*accipiens*, mentre, ai fini della *soluti retentio*, non è requisito sufficiente l'immoralità del solo *solvens*.

Il concetto di buon costume, pur essendo il presupposto dell'irripetibilità, non è definito espressamente dal legislatore; si tratta, infatti, di una clausola generale che assegna al giudice il compito di farsi interprete della corrente morale sociale, attribuendo, quindi, all'interprete, un ampio margine di discrezionalità. Come si vedrà (cfr. *infra*, in questo cap., §§ 5 ss.), l'indefinitezza del concetto di buon costume rappresenta uno degli ostacoli maggiori nell'applicazione concreta della disposizione, senza contare che, come già accennato (cfr. *supra* introduzione), in epoca recente, il riferimento al buon costume ha cominciato una lenta parabola che lo ha portato a confondersi e sfumare nel concetto di ordine pubblico⁵.

sa dell'attribuzione, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 30 afferma che la disciplina dell'indebito non deve avere come presupposto l'asserita nullità del negozio e quindi essa deve essere riferita a situazioni diverse da quelle che traggono la loro origine nella nullità del rapporto.

³ Cfr. Cass. 3 aprile 2018, n. 8169, in *Guida dir.*, 2018, f. 18, p. 32.

⁴ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed. rist., Camerino-Napoli, 1994, p. 118, parla di un torto che unisce i due contraenti e puntualizza che la regola non va «generalizzata», pertanto la ripetizione deve essere riconosciuta in tutti quei casi in cui non ricorrano gli estremi di un'illiceità comune ovvero, «quanto meno, quella di una pari responsabilità nell'illecito».

⁵ F.P. PATTI, *In pari causa turpitudinis, cinquant'anni dopo*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno*, II, Napoli, 2018, p. 1537 ss., spec. p. 1548 ss.

1.1. La *ratio* dell'art. 2035 c.c.

La dottrina discute dell'effettiva *ratio* giustificatrice di una norma che, a parità di turpitudine, consolida l'arricchimento dell'*accipiens* e l'impovertimento del *solvens* e che appare quantomeno opinabile⁶, se non addirittura difficilmente giustificabile, qualora il *solvens* abbia adempiuto e l'*accipiens* no, oppure l'immoralità del *solvens* fosse meno riprovevole di quella dell'*accipiens*: in queste ipotesi, infatti, la *soluti retentio* finisce per premiare la parte più immorale e meno corretta del rapporto.

Molte sono le argomentazioni prospettate per giustificare la soluzione operante nel nostro sistema: alcuni ravvisano il fondamento della regola nel brocardo *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*, in base al quale non sarebbe possibile procedere a ripetizione nel caso in cui si sia adempiuto a un contratto immorale. Evidentemente, il riferimento al possesso deve essere inteso in senso generico e atecnico; diversamente l'art. 2035 c.c. si riferirebbe soltanto alle obbligazioni di dare, cosa che, come si vedrà (cfr. *infra*, in questo cap., § 4), deve essere esclusa. Questa tesi si ricollega all'idea secondo la quale il fondamento dell'irripetibilità, previsto dall'art. 2035 c.c., sarebbe da ricercarsi nell'impossibilità di far valere in giudizio pretese immorali secondo il principio per cui *nemo auditur turpitudinem suam allegans*⁷. Il riferimento a una presunta impossibilità di portare davanti al giudice un accordo immorale non appare però pienamente convincente, posto che, in altre ipotesi, l'ordinamento consente di far valere l'immoralità: è il caso, ad esempio, dell'art. 1417 c.c., che permette alle parti di eccepire, con qualsiasi mezzo di prova, l'illiceità del negozio dissimulato, senza distinguere tra quella che derivi da immoralità rispetto a quella che consegua a illegalità⁸. Solo con riferimento

⁶ Così E. BARGELLI, *op. cit.*, p. 239.

⁷ S. DELLE MONACHE, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria: per una riflessione sul sistema traslativo dei diritti*, Padova, 1997, p. 230 ss. e ID., *Della irripetibilità delle prestazioni "ob turpem causam" nel sistema del diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 698 ss., il quale menziona la relazione al c.c. n. 790, nella quale si afferma che la regola espressa nell'art. 2035 c.c. «risponde alle finalità dell'ordinamento giuridico, che non può dare tutela a chi non ne è degno».

⁸ D. CARUSI, *Illiceità del contratto e restituzioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 497 ss.,

ai profili restitutori, però, il legislatore ha diversificato il regime dell'immoralità rispetto a quello dell'illegalità, senza introdurre un generale divieto di allegare la propria turpitudine in giudizio.

L'irripetibilità potrebbe essere giustificata da un intento sanzionatorio del legislatore⁹; in questo caso la *soluti retentio* opererebbe alla stregua di una pena privata¹⁰, la cui funzione sarebbe quella di disincentivare l'adempimento dei contratti immorali. Ma qui ci si potrebbe domandare perché il legislatore abbia inteso sanzionare in modo più grave il contratto immorale rispetto agli altri accordi illeciti, quasi che andare contro la morale fosse più grave che andare contro una norma imperativa o l'ordine pubblico. Inoltre, se l'irripetibilità fosse una sanzione¹¹, non si comprende perché consentire che chi ha ricevuto, pur versando *in pari causa turpitudinis*, possa trattenere la prestazione lucrata quan-

p. 504. S. DELLE MONACHE, *Della irripetibilità*, cit., p. 723 s. ha osservato che si deve escludere che la disposizione costituisca espressione di un principio generale alla luce del quale nessuno potrebbe, per ottenere una sentenza favorevole, allegare in giudizio fatti dai quali emerge la propria indegnità morale.

⁹R. SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 173; S. DELLE MONACHE, *Il negozio immorale*, cit., p. 233; V. CARBONE, *op. cit.*, p. 127 e G. VILLA, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione. Una analisi economica*, in *Quad.*, 1992, p. 22.

¹⁰P. SIRENA, *La ripetizione dell'indebito*, in N. LIPARI, P. RESCIGNO (dir.), *Diritto civile*, III, *Obbligazioni*, t. 1, Milano, 2009, p. 525 e P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996.

¹¹Trib. Salerno 5 febbraio 2015, in *DeJure*, secondo la quale «La stipula di un contratto di fornitura di prodotti molitori, poi mai effettuata pur a fronte di cospicue anticipazioni del prezzo effettuate nell'arco di un anno e in presenza di una critica situazione economica della concedente, infine apparentemente risolto in via consensuale, integrano condotte contrarie a norme imperative, particolarmente di natura penale, che vietano di aggravare il dissesto dell'impresa, e ai principi generali dell'ordine pubblico economico, che impongono la realizzazione di dinamiche contrattuali corrette ed in buona fede, in consonanza con i valori fondamentali dell'ordinamento secondo una equilibrata interpretazione dell'art. 41, comma 2, Cost., nella parte in cui vieta l'iniziativa privata in danno dei terzi, dovendo, inoltre, ricondursi, secondo la dottrina, i negozi contrari all'ordine pubblico economico – quali, tra gli altri, i contratti di turbativa d'asta, i patti limitativi della concorrenza, i negozi usurari, i patti volti a ledere il regolare svolgimento dei rapporti tra privati quali i contratti a danno dei terzi e dei soci – all'ambito del buon costume, inteso quale complesso dei principi etici costituenti la morale sociale corrente. In tale ipotesi, a norma dell'art. 2035 c.c., è esclusa la ripetibilità della prestazione resa pur in presenza di un indebito, dandosi luogo ad una eccezione al principio di ripetibilità di cui all'art. 2033 c.c., tanto costituendo una sorta di sanzione a carico dell'autore della prestazione contraria al buon costume».

do, in genere, il diritto moderno separa nettamente il profilo della responsabilità civile da quella penale, con la conseguenza che, di norma, le pene vanno a vantaggio dello Stato¹². In questa prospettiva, se si volesse ritenere che l'irripetibilità costituisca una sanzione finalizzata a disincentivare l'esecuzione di contratti connotati da immoralità, sarebbe molto più razionale che l'ammontare della prestazione non suscettibile di ripetizione venisse devoluta allo Stato; in questo modo si eviterebbe che la "sanzione" si traducesse in un vantaggio per una delle parti del rapporto.

In dottrina si è altresì sostenuto che l'irripetibilità sarebbe funzionale ad evitare che chi ha usufruito di una prestazione non commerciabile chieda poi la restituzione della somma devoluta con un vero e proprio abuso della pretesa restitutoria¹³, ma anche qui non si comprende perché, se la *soluti retentio* ha un effetto sanzionatorio, non si sia previsto che la somma pagata venga devoluta allo Stato in modo che nessuna delle parti possa beneficiare di quanto ottenuto in esecuzione di un accordo immorale.

Un altro orientamento dottrinale ritiene che la *soluti retentio* abbia la funzione di disincentivare l'adempimento dei contratti immorali: se l'esecuzione di una delle due prestazioni non consente la ripetizione, entrambe le parti sono disincentivate ad adempiere, dal momento che ambedue rischierebbero di perdere quanto pagato senza ottenere nulla in cambio¹⁴. Si consideri, tuttavia, che, nei casi di adempimento bilaterale, l'irripetibilità consolida lo scambio; se invece esso è unilaterale, la *soluti retentio* determina un trasferimento ingiustificato di ricchezza a favore della parte meno corretta che, pur inadempiente, potrà trattenere il corrispettivo ricevuto. Si consideri, inoltre, che l'irripetibilità potrebbe indurre le parti ad adempiere simultaneamente, in modo da scongiurare il rischio che uno dei due contraenti resti insoddisfatto, producendo, in questo modo, un risultato opposto a quello di dissuadere dalla conclusione e dall'esecuzione del contratto immorale.

Non manca chi ha affermato che l'irripetibilità andrebbe valutata

¹² J.M.J. CHORUS, *Illegality and restitution*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2006, p. 437 ss., p. 452.

¹³ M. ALLARA, *op. cit.*, p. 229; D. CARUSI, *Contratto illecito*, cit., p. 17; A. BELLIZZI, *op. cit.*, p. 82; V. CARBONE, *op. cit.*, p. 141.

¹⁴ G. VILLA, *op. cit.*, p. 63; F. GIGLIOTTI, *op. ult. cit.*, p. 112.

caso per caso, in base allo scopo della norma violata¹⁵. La tesi, pur condivisibile in una prospettiva di riforma, non pare convincente *de iure condito*: l'art. 2035 c.c., infatti, prevede la *soluti retentio* in via generale e per ogni tipo di prestazione che violi il buon costume. Poco condivisibile appare, invece, l'obiezione secondo la quale il rinvio allo scopo della norma violata renderebbe il sistema instabile, perché aprirebbe un enorme spazio alla discrezionalità dell'organo giudicante, il quale sarebbe chiamato a decidere, caso per caso, se la prestazione possa o meno essere ripetuta. A ben vedere la discrezionalità del giudice non è esclusa nemmeno oggi, dato che il buon costume è un concetto astratto che deve essere concretizzato, caso per caso, con risultati che sono spesso contraddittori, come meglio si dirà analizzando le applicazioni pratiche della regola (cfr. *infra*, in questo cap., i §§ 5, 5.1 e 5.2 e i capp. III e IV).

Tutte le impostazioni dottrinali che sono state ricordate, pur nella loro eterogeneità, costituiscono, in realtà, le molte facce della stessa medaglia e sembrano convergere nella stessa direzione: scopo dell'ordinamento è quello di scongiurare la conclusione di contratti immorali e l'attuazione di scambi proibiti¹⁶. La ragione giustificatrice della regola sembra quindi doversi ricercare e individuare nella volontà di prevenire lo scambio di una prestazione immorale. La sanzione che l'art. 2035 c.c. commina, sebbene non sembri poter essere considerata una vera e propria pena privata in senso tecnico¹⁷, è finalizzata a produrre un effetto deterrente: da un lato, infatti, il *solvens* non ha diritto di ottenere una controprestazione, poiché quest'ultima, essendo contraria al buon costume, sarà prevista da un negozio illecito e quindi nullo (combinato disposto dell'art. 1418, c. 2, c.c., con l'art. 1343 c.c. ovvero con l'art. 1346 c.c.); dall'altro, in base all'art. 2035 c.c., egli corre il rischio di perdere la prestazione che abbia già eseguito¹⁸, essendogli precluso l'esercizio dell'azione di ripetizione.

L'idea per cui la *soluti retentio* disincentivi la conclusione e l'esecuzione dell'accordo immorale sembra poter essere confermata anche dall'analisi economica, la quale, mettendo in risalto gli effetti della

¹⁵ F.P. PATTI, *Buon costume e scopo della norma violata: sull'ambito di applicazione dell'art. 2035 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 517 ss., p. 531.

¹⁶ A. BELLIZZI, *op. cit.*, p. 79.

¹⁷ P. SIRENA, *op. loc. ult. cit.*

¹⁸ *Ibidem*.