



Nullità contrattuali: il problema delle restituzioni. Digressioni a proposito di Cass., 20 gennaio 2025, n. 1284



Elena Bellisario

Prof. ord. dell'Università Roma Tre

SOMMARIO: 1. L(a sussidiarietà dell')azione di arricchimento ritorna alle Sezioni Unite. Il caso e le questioni. – 2. Il requisito della forma scritta dei contratti della p.a. Conseguenze (primarie e secondarie) prospettabili in caso di mancanza. – 3. Divagazioni su nullità (tra illiceità, illegalità, incompletezza dell'atto) e post-nullità. – 4. Rilevanza della *ratio* della causa di nullità e riflessi sulla tutela del *solvens*. – 5. Difetto di forma dei contratti della p.a. e difetti dell'ordinanza di rimessione. Peculiarità della somministrazione idrica. – 6. La valutazione della “mancanza di giusta causa”: rilevanza della buona fede e delle circostanze di fatto “imputabili” alle parti in conflitto. – 7. (*Segue*) Irrilevanza della natura delle parti in conflitto.

1. L(a sussidiarietà dell')azione di arricchimento ritorna alle Sezioni Unite. Il caso e le questioni

Una tempesta in un bicchier d'acqua. È questa la sensazione che suscita l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite della Cassazione n. 1284/2025 la quale, in un caso relativamente semplice, solleva alcuni dubbi sull'ammissibilità dell'azione di arricchimento senza causa, innescando una serie di problemi di più ampia rilevanza sistematica.

I fatti all'origine della controversia sono i seguenti.

Il Comune eroga il servizio idrico al titolare di un caseificio per circa quattro anni, benché in assenza di un contratto stipulato in forma scritta, come prescritto dalla legge.

Nel procedimento d'ingiunzione promosso dall'ente, il privato si oppone e ottiene l'annullamento dell'ingiunzione. Nel gravame proposto dall'ente, l'annullamento dell'ingiunzione resta confermato ma, in riforma della sentenza di primo grado, viene accolta la domanda riconvenzionale dell'ente e il privato è condannato, ai sensi dell'art. 2041 c.c., al pagamento

della somma secondo le quantità indicate in fattura. In particolare, la Corte d'appello dichiara la nullità del contratto di somministrazione per difetto di forma scritta, richiesta *ad substantiam* per i contratti della p.a., e condanna l'appellato ex art. 2041 c.c., stante l'ingiustificato arricchimento derivante dalla indiscussa fruizione del servizio idrico.

Questi ricorre quindi per Cassazione sulla base di tre motivi, cui resiste il Comune con controricorso.

Richiesta la trattazione in pubblica udienza per le rilevanti questioni nomofilattiche poste dal ricorso¹, il Collegio decide di rimettere alle Sezioni Unite la pronuncia su tre questioni di massima di particolare importanza².

Solo l'ultima di esse concerne il carattere sussidiario dell'azione, cioè la sua (im)proponibilità in presenza di un rimedio alternativo specifico, mentre le prime due pongono interrogativi che nulla hanno a che vedere con la regola di cui all'art. 2042 c.c., e sui quali permangono «non pochi aspetti controversi, pur dopo l'autorevole arresto delle Sezioni Unite del 2023»³, che del resto la dottrina non aveva mancato di segnalare.

¹ Cass., 13 marzo 2024, n. 6780, segnatamente concernenti: la configurabilità/inconfigurabilità della sussidiarietà dell'azione di arricchimento alla luce di Cass., SS.UU., n. 33954/2023, a seguito dell'intervenuta declaratoria di nullità del contratto, nonché le modalità di accertamento e misurazione del depauperamento dell'ente erogatore e il contestuale arricchimento del fruitore, con particolare riferimento alla possibilità di utilizzare il contatore.

² E precisamente: «1) se, in riferimento al principio affermato dalla recente sentenza Cass., Sez. Un., 5 dicembre 2023, n. 33954 (...), avuto riguardo alla residualità dell'azione di arricchimento senza causa ex art. 2042 c.c. ed ove non risulti opportuna la definizione della nozione di "giusta causa" in carenza della quale è data l'azione in parola, l'ipotesi di nullità del contratto della P.A. per difetto di forma scritta rientri o meno nelle cause di nullità per violazione di norme imperative o per contrarietà all'ordine pubblico, qualificate ostative all'ammissibilità della domanda ex art. 2041 c.c.; 2) se, ancora in riferimento al suddetto principio, il giudizio sull'ammissibilità dell'azione possa essere declinato diversamente, in caso di declaratoria di nullità del contratto per difetto di forma scritta, qualora, come nella specie, il soggetto "impoverito" sia la stessa P.A. e non la sua controparte privata; 3) se, infine e sempre in riferimento al suddetto principio, ove al quesito di cui sub 1) si risponda nel senso dell'ammissibilità dell'azione, abbia rilievo la circostanza che il contratto dichiarato nullo abbia ad oggetto prestazioni di dare, stante quanto previsto - quale possibile azione alternativa, offerta dall'ordinamento già sul piano astratto - dagli artt. 2033 ss. c.c. in tema di ripetizione d'indebito oggettivo». Così Cass., 20 gennaio 2025, n. 1284.

³ Cass., 20 gennaio 2025, n. 1284. Il riferimento è a Cass., SS.UU., 5 dicembre 2023, n. 33954, in *Foro it.*, I, 2024, 120 ss., con nota di richiami di LA BATTAGLIA, 132, e con commenti di FABBRIZZI, *Brevi note su arricchimento, risarcimento, sussidiarietà e tutela giurisdizionale*, 142; DI PAOLA-PARDOLESI, *Sulle pene semperiternae dell'ingiustificato arricchimento: sussidiarietà in cerca d'autore*, 149; PAGLIANTINI, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento: e se fosse (anche) un problema di lacuna?*, 154; ALBANESE, *L'impoverimento dell'arricchimento senza causa*, 163; MACARIO, *L'azione di arricchimento senza causa tra sussidiarietà e generalità*, 172. Fra i numerosi commenti di cui pronuncia è stata oggetto, si veda altresì: GALLO, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento: il punto delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2024, 530; C. SCOGNAMIGLIO, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento ingiustificato: le indicazioni delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 438; CARUSI, *Autorità (talvolta fuorviante) del precedente giudiziale e «volontà del legislatore»: la sussidiarietà dell'azione di arricchimento dopo la sentenza delle Sezioni Unite*, ivi, 435; BELLISARIO, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento dopo la*

Difatti, pur riconoscendosi il «tutt'altro che semplice (...) compito» loro affidato, anche considerando la «ridda di problemi mal posti o pretestuosi»⁴, è stato subito osservato che in quella pronuncia le Sezioni Unite:

- hanno volutamente evitato di entrare nell'esame del «cuore pulsante» dell'istituto, ossia la nozione di giusta causa⁵, rinunciando così all'occasione di una sua evoluzione interpretativa;
- hanno omesso di riprendere e di valorizzare, in motivazione, il tema del c.d. «arricchimento mediato» o indiretto⁶;
- hanno tralattivamente riprodotto imprecisioni derivanti da precedenti che «a leggere le massime e soprattutto le motivazioni, non dicono esattamente ciò che la sentenza attribuisce loro»⁷, così predisponendo l'azione «a rimanere sede d'inesattezze e malintesi»⁸.

Più nello specifico, alcune delle critiche si sono incentrate su una parte del principio di diritto enunciato: e cioè il passaggio in cui le Sezioni Unite, individuando i casi – o meglio: i gruppi di casi – in cui l'azione di arricchimento è preclusa, menzionano quello in cui «la diversa azione (...) sia rigettata (...) per nullità derivante dall'illiceità del titolo

Sezioni unite, ivi, 430; SIRENA, *La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa: dall'equità alla giustizia*, ivi, 1456; ACHILLE, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa: nihil sub sole novum*, ivi, 374; BARGELLI, *Chi ha paura dell'ingiustificato arricchimento?*, in *Pactum online*, 2024, 1; MAGGIOLO, *Le Sezioni Unite e la sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento*, in *Riv. dir. bancario*, 2024, 1; GATTI, *La sussidiarietà «in astratto» secondo le Sezioni Unite: meriti e zone d'ombra di un approccio casistico*, in *Resp. civ. prev.*, 2024, 96; GRASSI, *La sussidiarietà nell'azione di indebito arricchimento*, ivi, 1184; MAGRI, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa: un'occasione mancata per superare la tradizione, garantendo maggiore equità all'ordinamento*, ivi, 1907; CERVALE, *Arricchimento senza causa e sussidiarietà*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2025, 370; SPATUZZI, *L'arricchimento senza causa e la sussidiarietà dell'azione nella più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite*, in *Notariato*, 2025, 145.

⁴ Così CARUSI, *Buone notizie dalla Cassazione: l'interpretazione dell'art. 2042 c.c. verso l'esame delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2023, 1533.

⁵ Sul punto soprattutto ALBANESE, *L'impovertimento dell'arricchimento senza causa*, cit., 163, e altresì MACARIO, *L'azione di arricchimento senza causa tra sussidiarietà e generalità*, cit., 173.

⁶ MACARIO, *op. ult. cit.*, 173-174. Sulla tesi degli arricchimenti indiretti come plausibile spiegazione del fondamento della regola della sussidiarietà, v. le considerazioni di BARGELLI, *Chi ha paura dell'ingiustificato arricchimento?*, cit., 8, e – se si vuole – di BELLISARIO, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento*, in *Accademia*, 2023, 964, riprendendo la proposta interpretativa da tempo avanzata da BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, IX, 1, II ed., Torino, 1999, 1012-1014.

⁷ DI PAOLA-PARDOLESI, *Sulle pene sempiternie dell'ingiustificato arricchimento*, cit., 152; analogamente MAGGIOLO, *Le Sezioni Unite e la sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento*, cit., 11.

⁸ CARUSI, *Il principio di restituzione degli arricchimenti ingiustificati e la sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 421, che rileva come la «sudditanza ai modi espressivi pregressi non solo ha reso la motivazione più lunga e faticosa di quanto sarebbe stato possibile, ma ha condotto la Corte, nel momento stesso del far giustizia di due enunciazioni erronee, a renderne altrettante egualmente infelici».

contrattuale per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico». Ciò, però, non solo senza menzionare la contrarietà al buon costume, ma soprattutto senza compiutamente affrontare le possibili diverse *cause e forme* di illiceità e, quindi, le possibili diverse conseguenze che la nullità del contratto determina sulla nascita di obbligazioni restitutorie⁹.

Così, tenendo fermo questo principio – teso, senza dubbio, a negare rimedi restitutori non già a tutti i contratti colpiti da nullità, ma solo a quelli più fortemente “disapprovati” dall’ordinamento, ove «il diritto alla prestazione non è riconosciuto *a priori*»¹⁰ – nella specie la S.C., «con discorso impegnatissimo»¹¹, chiede se il difetto di forma dei contratti della p.a. possa configurarsi come una illiceità “forte”, anzi, “fortissima”, cioè tale da comportare una nullità-sanzione che preclude ogni pretesa restitutoria. Ed evidentemente propendendo per la risposta affermativa, in considerazione della natura delle norme (imperative) violate e dell’interesse (pubblico) tutelato, reclama, in caso contrario, un chiarimento sul perché non possa configurarsi come tale.

Quindi si chiede se la soluzione possa variare quando, come nella specie, il soggetto “impovertito” sia la stessa p.a. Infine, trattandosi di contratto nullo avente ad oggetto prestazioni di dare, si chiede se non possa trovare applicazione – quale possibile rimedio alternativo, particolare e specifico, della medesima natura e diretto al raggiungimento del medesimo scopo – l’azione di ripetizione d’indebito oggettivo ex artt. 2033 ss. c.c.

Nello sforzo di ricondurre il problema a sistema, la S.C. sembra però perdere di vista aspetti essenziali della specifica vicenda. Una vicenda in cui, a ben vedere, tutti gli elementi sui quali tesse il suo ragionamento – la natura delle norme violate e gli interessi da queste protetti, il fatto che uno dei contraenti sia la p.a., la specifica prestazione eseguita – ben possono assumere rilevanza ma, come si dirà, sotto tutt’altri profili. E soprattutto quel che rileva – e che la S.C. trascura – è l’operazione in concreto realizzata dalle parti: il risultato perseguito, il bene oggetto del contratto nonché la specifica tipologia di vizio che lo rende nullo.

Tutto ciò conferma la perdurante incertezza non solo sui presupposti dell’azione di arricchimento, e in particolare sul problema della mancanza di giusta causa, ma, più in generale, sul complesso rapporto tra rimedi contrattuali e rimedi restitutori.

Benvenga, quindi, la richiesta di chiarimenti ulteriori, nell’auspicio che questi – *historia docet* – non diventino a loro volta fonte di ulteriori equivoci.

⁹ Sul punto, sia pure con varietà di rilievi, DI PAOLA-PARDOLESI, *Sulle pene sempiternie dell’ingiustificato arricchimento*, cit., 152; MAGGIOLO, *Le Sezioni Unite e la sussidiarietà dell’azione generale di arricchimento*, cit., 11-12; CARUSI, *Il principio di restituzione degli arricchimenti ingiustificati*, cit., 422.

¹⁰ Così Cass., 18 marzo 2024, n. 7178, con la quale l’ordinanza di rimessione si confronta.

¹¹ CARUSI, *Sussidiarietà dell’azione di arricchimento: cambia qualcosa se c’è di mezzo la P.A.?*, in *Giur. it.*, 2025, 519.

2. Il requisito della forma scritta dei contratti della p.a. Conseguenze (primarie e secondarie) prospettabili in caso di mancanza

La disciplina che impone la forma scritta *ad substantiam* per i contratti della p.a. è rinvenibile in una pluralità di norme, generali e settoriali¹²: lo Stato e le sue amministrazioni non possono assumere impegni e stipulare contratti se non in forma scritta, non potendosi attribuire rilevanza a comportamenti taciti o manifestazioni di volontà altrimenti date, né potendosi ammettere la conversione in altro titolo o il rinnovo tacito dei contratti di cui sono parte, salvi i casi previsti da speciali disposizioni.

Conseguenza primaria dei contratti conclusi dalla p.a. in difetto della forma scritta è la nullità, talvolta testualmente prevista¹³, ma comunque desumibile, in via interpretativa, dall'art. 1350, n. 13, c.c., in virtù del quale «devono farsi per atto pubblico (...) sotto pena di nullità (...) gli altri atti specialmente indicati dalla legge».

È principio indiscusso e granitico, infatti, che la forma scritta trova fondamento nei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità della p.a. (art. 97 Cost.), assolvendo una funzione di tutela delle risorse pubbliche e garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa: essa permette di identificare con precisione l'effettivo contenuto negoziale dell'atto e l'entità degli obblighi assunti, rendendo agevolmente controllabile anche la necessaria copertura finanziaria¹⁴. E ciò, indubbiamente, vale tanto nel caso di acquisizione quanto nel caso (come quello di specie) di erogazione di beni o servizi da parte della p.a.

Risulta allora evidente – e meritevole di essere sin d'ora sottolineato – che tale requisito è prescritto non tanto a tutela dell'altro contraente, o della stessa p.a., quanto piuttosto a tutela dell'intera collettività.

Non sono in discussione la natura “imperativa” delle norme in questione (regole della c.d. evidenza pubblica, poste a tutela di interessi generali), né la conseguenza primaria (la nullità del contratto) che discende dalla loro violazione, che risultano assolutamente pacifiche.

Quel che occorre chiarire è, invece, come questa nullità si colloca nel sistema di regole contenute nell'art. 1418 c.c. e, quindi, come la disciplina dell'invalidità debba coordinarsi con quella delle restituzioni: occorre insomma accertare, tenendo conto dei

¹² L'obbligo generale si rinviene negli artt. 16 e 17 del r.d. n. 2440/1923; tra le fonti speciali: l'art. 11, comma 2, legge n. 241/1990; l'art. 18 d. lgs. n. 36/2023 (codice dei contratti pubblici); il d. lgs. n. 82/2005 (codice dell'amministrazione digitale); il d. lgs. n. 165/2001 (testo unico sul pubblico impiego).

¹³ Ad esempio l'art. 18 d. lgs. n. 36/2023 (codice dei contratti pubblici) o l'art. 11, comma 2, legge n. 241/1990.

¹⁴ Il principio è costantemente ribadito da numerose pronunce della giurisprudenza sia ordinaria che amministrativa: *ex plurimis*, fra le più recenti, Cass., SS.UU., 25 marzo 2022, n. 9775; Cass., 8 gennaio 2020, n. 142; Cass., SS.UU., 9 agosto 2018, n. 20684; Cons. Stato, 29 maggio 2019, n. 3575; Cons. Stato, 12 settembre 2019, n. 6151.

principi che governano la disciplina del contratto e della *ratio* delle norme violate, se essa possa davvero configurarsi come una nullità di gravità tale da rendere “giustificato” lo spostamento patrimoniale e impedire la nascita di obblighi restitutori.

Istintivamente, verrebbe da chiudere la questione con poche battute, molto semplici e quasi scontate.

In primo luogo, non ogni contratto nullo è un contratto illecito, potendo la nullità discendere anche dalla violazione di norme (pur sempre imperative) di configurazione¹⁵, quali sono quelle che impongono il requisito della forma. Difatti, ai sensi delle disposizioni codicistiche, l'illiceità contrattuale non riguarda la forma, e la mancanza di tale requisito, ove prescritto, dà luogo a una *semplice* nullità del contratto per incompletezza strutturale, ai sensi dell'art. 1418, comma 2, c.c.¹⁶.

È quindi necessario cogliere il *proprium* delle singole, diverse, figure di nullità onde evitare di fondere e confondere in un sol blocco nullità cc.dd. “strutturali” e nullità cc.dd. “politiche”: le prime comprendenti i contratti insensati o *incompleti*; le seconde comprendenti i contratti – sensati e completi ma – *disapprovati* dall'ordinamento¹⁷, perché il “risultato” avuto di mira dalle parti si pone in contrasto con i suoi valori e principi fondamentali.

Del resto, anche senza ricorrere alla categoria del contratto *illegale*¹⁸, i vizi di forma sono pacificamente esclusi dalle cc.dd. nullità-sanzione: è questo un dato sul quale si registra una sicura convergenza, anche da parte di chi non accoglie la distinzione contratto illegale/contratto illecito¹⁹.

In secondo luogo, anche nell'ipotesi di contratti nulli perché illeciti e disapprovati, in linea di principio l'ordinamento assicura la tutela del *solvens* tramite l'azione di ripe-

¹⁵ Norme, cioè, che pongono un onere o un limite da rispettare per la completezza e la validità dell'atto di autonomia e alla cui violazione corrisponde la categoria di illegalità (su cui *infra*, par. 3). Considerando le plurime e mai superate divergenze circa il problema della individuazione delle norme imperative, si conviene con la constatazione che, con la nozione unitaria adottata dal codice del '42, la categoria è divenuta ampia e «sostanzialmente idonea a ricomprendere sia le norme proibitive sia quelle di configurazione» e altresì «tutte le norme che contengono un precetto o un divieto, sia che siano poste a tutela di un interesse generale sia di carattere privato». Così RABITTI, *Contratto illecito e norma penale, Contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000, 90-91 e nt. 79.

¹⁶ Sulla necessità di «distinguere tra nullità per contrarietà a norma imperativa e nullità per illiceità», v. soprattutto MAGGIOLO, *Le Sezioni Unite e la sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento*, cit., 10-12.

¹⁷ ROPPO, *Il contratto, Tratt. dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, 746, secondo cui nell'ambito della categoria di contratti «disapprovati» dall'ordinamento (cc.dd. nullità politiche) rientrano *in primis* le nullità menzionate dall'art. 1418, comma 2, c.c. (causa illecita, oggetto illecito e ipotesi assimilate, ossia motivo comune illecito, condizione illecita); vi rientrano, poi, le nullità testuali ai sensi dell'art. 1418, comma 3, c.c., «eccezion fatta per quelle dipendenti da vizi di forma»; vi rientrano infine i casi di nullità per contrarietà a norme imperative *ex art.* 1418, comma 1, c.c. (cc.dd. nullità virtuali).

¹⁸ V. *infra*, par. 3.

¹⁹ Fra cui, appunto, ROPPO, *Il contratto*, cit.

tizione d'indebito e, sussidiariamente, con l'azione di arricchimento ingiustificato, pur contemplando casi (fra cui quello di specie non rientra) in cui la ripetizione viene invece esclusa: tanto da norme di portata generale (l'art. 2035 c.c. in tema prestazione contraria al buon costume) quanto da norme settoriali (ad esempio l'art. 2126 c.c. in tema di prestazioni di fatto con violazione di legge²⁰) e altresì speciali (come l'art. 2, comma 1, legge n. 192/98, in tema di subfornitura). Sembra dunque che, nel timore di un uso strumentale *contra legem* del rimedio, le Sezioni Unite del 2023 abbiano paradossalmente sancito un principio *contra legem*, perché la generica «illiceità del titolo contrattuale» di per sé non può bastare a paralizzare una pretesa restitutoria.

Tuttavia, non si ignora che anche le obiezioni a queste considerazioni sarebbero semplici e scontate: si ribatterebbe, in primo luogo, che il difetto di forma nei contratti della p.a. configura un'ipotesi di *illiceità per contrasto con norme imperative* e, per così dire, ancor più imperative rispetto a quelle che prescrivono un requisito di forma nei contratti fra privati, perché qui sono in gioco basilari principi costituzionali.

Quindi, tenendo conto della *ratio* delle norme violate e degli interessi tutelati, si affermerebbe la funzione di deterrenza, se non sanzionatoria, del rimedio primario, non potendo il rimedio secondario – in conformità ai principi sanciti dalle Sezioni Unite del 2023 – costituire un comodo sotterfugio per eludere la disciplina formale dei contratti con la p.a., ottenendo un risultato simile a quello conseguibile *ex contractu*, ma precluso, appunto, dalla nullità²¹. In altri termini: in caso di difetto della forma scritta, ben può/deve configurarsi una nullità di gravità tale da rendere “giusto” l'arricchimento e impedire la nascita di obblighi restitutori.

Dietro tutti questi rilievi, come è evidente, si intrecciano temi di lunga tradizione – illiceità, nullità, post-nullità contrattuali e giusta causa degli spostamenti patrimoniali – nonché un groviglio di problemi mai del tutto risolti, sui quali pare opportuna una breve digressione.

²⁰ Peraltro, tale disposizione ammette la ripetibilità del corrispettivo già erogato proprio nel caso (più grave) di *illiceità della causa o dell'oggetto* (salvo che non si ricada nel caso della prestazione contraria al buon costume oppure nella violazione di norme poste a tutela del lavoratore).

²¹ Così, perentoriamente, Cass., 20 marzo 2014, n. 6555, che ha negato l'azione di arricchimento proprio in relazione alla nullità per difetto di forma di un contratto di opera professionale con la p.a. (nella specie, quindi, arricchita), oltre che per mancanza di prova del riconoscimento dell'*utilitas* (su cui v. *infra*, par. 7). Ciò in quanto, diversamente, si finirebbe per trasformare l'azione «in una sorta di rimedio *extra ordinem* volto ad eludere le regole dell'evidenza pubblica assolutamente inderogabili ed aventi forza talmente cogente da invalidare e travolgere qualsiasi convenzione con esse confliggente: rendendole inoperanti e ricollocando l'autore della prestazione nella situazione in cui si sarebbe trovato se avesse concluso con successo proprio quel contratto che la legge considera assolutamente invalido o addirittura giuridicamente inesistente. Con il risultato di istituire un abnorme meccanismo rivolto ad assicurare un “giusto corrispettivo” dell'incarico che (...) comprende tutti i benefici derivanti da un contratto valido».

3. Divagazioni su nullità (tra illiceità, illegalità, incompletezza dell'atto) e post nullità

Come noto, una disciplina complessa e articolata è riservata alla nullità che consegue al “contratto illecito”, categoria di diritto positivo²² ampia, non omogenea²³ e non esattamente predeterminata, ma «in parte (...) risultato di un'opera di elaborazione, una sorta di *work in progress*»²⁴ dei formanti del diritto.

L'incrocio fra regole generali e particolari, da cui emerge una disciplina peculiare e differenziata a seconda delle specifiche cause di nullità²⁵, la connessione del tema con categorie tradizionalmente controverse (la causa, l'oggetto, la frode alla legge) e concetti per definizione indeterminati (l'ordine pubblico, il buon costume e la stessa nozione, tutt'altro che univoca, di norme imperative) e, ancora, le interferenze e le possibili sovrapposizioni delle ipotesi di cui al comma 1 dell'art. 1418 c.c. – che più di tutti ha evidenziato «l'insidiosa “mobilità” del tema della illiceità contrattuale»²⁶ – con quelle previste dai commi 2 e 3 della medesima norma, hanno sollevato un'infinità di interrogativi teorici e pratici, dando luogo a un vasto dibattito, mai sopito, caratterizzato da un'estrema varietà di ricostruzioni e opinioni²⁷.

La nullità in esame è emblematica di questi problemi, giacché astrattamente suscettibile di rientrare in tutti e tre i commi dell'art. 1418 c.c.: nel comma 3, perché prevista testualmente in alcune disposizioni e ricavabile in via interpretativa dall'art. 1350, n. 13, c.c.; nel comma 2, come «mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325»; nel comma 1, perché tale mancanza nei contratti della p.a. integra, comunque, violazione di norme imperative.

²² Lo sottolinea MARICONDA, *Le cause di nullità*, in *I contratti in generale*, diretto da Alpa e Bessone, in *Giur. sist. civ. e comm.* fondata da W. Bigiavi, IV, *Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, 1, Torino, 1991, 381.

²³ Il concetto è infatti ricostruito facendo prevalentemente riferimento a parametri di valutazione – norme imperative, ordine pubblico e buon costume – diversi.

²⁴ D'AMICO, *Ordine pubblico e illiceità contrattuale*, in AA.VV., *Illiceità, immeritevolezza, nullità, Aspetti problematici dell'invalidità contrattuale*, a cura di Di Marzio, Napoli, 2004, 9.

²⁵ Regole particolari, parzialmente diverse da quelle applicabili alla nullità in genere, sono dettate per la nullità che consegue alla illiceità del contratto o, comunque, ad alcune ipotesi di illiceità: si pensi, ad esempio, al contratto di lavoro nullo per «illiceità dell'oggetto o della causa», cui non si applica la disciplina di *favor* per il lavoratore prevista dalla prima parte dell'art. 2126 c.c.; o alla transazione avvenuta relativamente a un titolo nullo, che è valida se entrambe le parti siano a conoscenza della nullità (art. 1972, comma 2, c.c.), ma non anche se è relativa a un contratto illecito (art. 1972, comma 1, c.c.), peraltro senza che in tal caso rilevi la specifica causa di illiceità. Per questi ed ulteriori esempi dell'articolata disciplina riservata alla nullità conseguente alla illiceità, o ad alcune ipotesi di essa, v. D'AMICO, *Ordine pubblico e illiceità contrattuale*, cit., 11 s.

²⁶ V. ancora D'AMICO, *Ordine pubblico e illiceità contrattuale*, cit., 30.

²⁷ Fra i tanti contributi ci si limita a ricordare quello, basilare, di FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970.

Peraltro, fra i parametri della illiceità, la *contrarietà a norme imperative* costituisce a tutt'oggi una delle ipotesi più problematiche: controversi sono i criteri di individuazione di tali norme, incerto è il rapporto tra violazioni che determinano una nullità "aggravata" – e la cui disciplina può talora essere più rigorosa (si pensi ad esempio all'art. 2231 c.c. che nega il diritto al compenso a chi pone in essere una prestazione professionale di tipo intellettuale senza essere iscritto all'apposito albo) – e quelle che comportano una "semplice" nullità del contratto, se non, talvolta, conseguenze diverse dalla nullità (si pensi, ad esempio, al contratto che viola o elude norme fiscali, che resta valido sul piano civilistico, e trova nel sistema tributario le relative sanzioni); discusso è se la violazione di norma imperativa comporti sempre e comunque la qualificazione del contratto in termini di *illiceità*, piuttosto che in termini di *illegalità*, benché le divergenze al riguardo abbiano il sapore di una disputa prevalentemente nominalistica²⁸.

Anche se criticata, perché essenzialmente classificatoria e «alquanto sottile ed evanescente»²⁹ sul piano pratico, la distinzione "contratto illecito/contratto illegale" vale, tuttavia, a rimarcare l'esistenza di una disciplina differenziata e che il «fulcro»³⁰ del giudizio di illiceità è certamente la causa, espressione paradigmatica della illiceità stessa.

La distinzione, peraltro, ha radici più antiche. Tralasciando quella elaborata in un contesto normativo – quello del codice del 1865 – profondamente diverso e, dunque, non trasponibile in quello vigente³¹, va ricordata la distinzione a suo tempo prospettata in questi termini³²: l'illegalità consegue a un difetto *strutturale* dell'atto ed è correlata all'inosservanza di un limite o di un onere³³, mentre l'illiceità designa un difetto *funzionale*

²⁸ Giova qui sinteticamente ricordare che al fine di valorizzare, sul piano teorico, il senso autonomo del comma 1, si è affermata la distinzione fra *contratto illecito* (in cui il contrasto con norme imperative, ordine pubblico o buon costume riguarda la causa, l'oggetto, il motivo comune o la condizione) e *contratto semplicemente illegale* (in cui la violazione di norma imperativa non incide sui profili menzionati). In quest'ultimo caso, non solo la nullità non avrebbe carattere necessario, ma non avrebbe neppure quel carattere di "sanzione" che l'ordinamento riconnette alla c.d. illiceità vera e propria (o in senso forte), ravvisabile invece nel contratto con causa illiceità e nelle ipotesi ad esso assimilate (illiceità dell'oggetto, del motivo comune, della condizione). Secondo questa lettura, dunque, occorre una valutazione, caso per caso, diretta ad «indagare la ragione della nullità», dovendosi distinguere «il contratto che ha causa illecita, e che possiamo designare "contratto illecito"» dal «contratto contrario a norme imperative la cui violazione non comporta la illiceità della causa, e che possiamo designare come "contratto illegale"». Così DE NOVA, *Norme imperative e autonomia negoziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 438 s., che, come noto, è il principale fautore della distinzione.

²⁹ ROPPO, *Il contratto*, cit., 747.

³⁰ RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., 151.

³¹ Il riferimento è a FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, Milano, 1902, che tuttavia già distingue – va la nullità-sanzione da quelle in cui la nullità deriva da "incompletezza" dell'atto.

³² Tra i primi a suggerire la distinzione nella prospettiva strutturale e funzionale BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* (riprod. III ristampa del 1960), Napoli, 1994, 113 ss.

³³ BETTI, *op. cit.*, 119, il quale, delineando la categoria del contratto illegale, fa riferimento a quei requisiti che «obbediscono, in generale, a un esigenza di carattere tecnico, piuttosto che sostan-

(causa, oggetto, motivo comune, condizione) e si configura come violazione di un obbligo: l'atto, benché strutturalmente completo, è colpito da un giudizio di disvalore «perché è inteso a un regolamento di interessi illecito in sé, o informato a una causa illecita, e tale da commettere un torto (*iniuria*)»³⁴.

In entrambe le prospettive – quella bettiana e quella di De Nova – il contratto illegale (o, se si preferisce, illecito *in senso stretto*), anche se nullo, sarebbe comunque sottratto al trattamento particolarmente severo che, talvolta, il legislatore assegna al contratto illecito *in senso forte*, privandolo di tutela anche nella fase post-nullità.

Guardando alla giurisprudenza – e in particolare a quella in tema di rapporti di lavoro *contra legem* in ragione della diversità di disciplina che il legislatore ad essi riserva – si riscontrano tracce della distinzione, essendo indubbiamente presente l'idea che solo un'illiceità più *forte* (della causa o dell'oggetto) può privare di tutela il rapporto (e in particolare il *solvens*), ma non anche la mera illegalità³⁵. Inoltre, la giurisprudenza, in linea con il dettato codicistico, dà rilievo ad un altro tipo di distinzione, tutta nell'ambito del contratto illecito, e precisamente fra: *illiceità per contrarietà a norme imperative o principi di ordine pubblico*, da un lato, la quale rende il contratto *semplicemente* nullo, e *illiceità per contrarietà al buon costume*, dall'altro lato, la quale soltanto, oltre a rendere il contratto nullo, determina l'esclusione della ripetizione ai sensi dell'art. 2035 c.c.³⁶.

Le ampie riflessioni della dottrina su questi ed altri indici normativi – si pensi alle nullità di protezione introdotte dalla legislazione europea a tutela del contraente debole – hanno condotto a ulteriori sviluppi: la concezione tradizionale della nullità come sistema chiuso, dominata dalla teoria classica della fattispecie, è stata decisamente superata con la presa d'atto che attraverso tale istituto il legislatore detta regole adeguate alle variabili esigenze di protezione degli interessi in gioco³⁷. In questo quadro, infatti, non pareva più appagante continuare a ravvisare, in ossequio alla tradizione, norme eccezio-

ziale – esigenza di garantire l'efficienza dell'autonomia privata e, con essa, la circolazione dei beni secondo una data politica economica (...) la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici posti in essere –, e con una esigenza siffatta può concorrere solo occasionalmente la protezioni di interessi sostanziali pubblici e privati».

³⁴ BETTI, *op. loc. cit.*

³⁵ Ad esempio, in tema di lavoro giornalistico svolto senza l'iscrizione all'albo, si è consolidato l'orientamento favorevole all'applicazione dell'art. 2126 c.c. sul rilievo che il contratto è nullo «non già per illiceità della causa o dell'oggetto, ma per violazione di norme imperative», con la conseguenza che per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, detta nullità non produce effetti e il lavoratore ha diritto alla giusta retribuzione (*ex plurimis*, Cass., 21 aprile 2017, n. 10158).

³⁶ Così, ad esempio, Cass., 18 luglio 2002, n. 10427 (cit. nella pronuncia delle Sezioni Unite del 2023 e altresì nell'ordinanza di rimessione in commento), ove in sostanza si afferma che l'azione di ingiustificato arricchimento potrebbe essere esclusa solo in caso di illiceità del contratto dovuta a contrarietà al buon costume, e non anche in caso di contrarietà a norme imperative o all'ordine pubblico.

³⁷ NUZZO, voce *Negoziio giuridico*, IV) *Negoziio illecito*, in *Enc. Giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, 3; SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 843; RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., 136 e *passim*.

nali, giacché esse rappresentano il punto di emersione della complessità dell'istituto della nullità, che si atteggia *ordinariamente* in modo diverso a seconda della diversità degli interessi in gioco.

Di qui anche l'idea, tradizionalmente esclusa, che l'illiceità possa inficiare pure l'elemento della forma, considerando le numerose normative di derivazione europea che, in tema di contratti dei consumatori, o concernenti taluni settori dei contratti di impresa, impongono la forma non come onere, ma quale *obbligo*, con finalità di trasparenza, informazione e, soprattutto, a *protezione* di categorie di contraenti svantaggiate dalle asimmetrie informative. Ciò ha infatti determinato una compenetrazione tra forma e contenuto che giustificerebbe l'illiceità della violazione dell'obbligo (e non onere) formale nella contrattazione asimmetrica³⁸.

Considerazioni, per certi versi, analoghe valgono anche per la fase post-nullità, nel senso di seguito precisato.

In linea generale, si afferma pacificamente che il nostro sistema ha accolto un'impostazione unitaria: l'esecuzione di una prestazione non dovuta impone la *restitutio in integrum* e genera un obbligo di restituire. Difatti, gli effetti della caducazione contrattuale, quale che ne sia la causa, trovano sede nella disciplina prevista dall'art. 2033 c.c. in tema di indebito che, prevedendo «[c]hi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato», contempla il diritto alla restituzione di quanto versato (anche, quindi, in esecuzione di un contratto nullo perché illecito).

Tuttavia, il quadro normativo è assai più complesso di quanto possa apparire e, lasciando ampi margini di discrezionalità all'interprete, ha inevitabilmente favorito nella prassi l'applicazione di una pluralità di soluzioni, spesso «ispirate a scelte intuitivamente equitative»³⁹ e variabili a seconda sia della natura della prestazione eseguita, sia del tipo di impugnativa contrattuale.

La disciplina dell'indebito presenta, infatti, una serie di aspetti – è modellata sull'ipotesi di una “isolata” prestazione non dovuta; trascura di considerare le prestazioni di fare o di lasciar godere; differenzia il contenuto dell'obbligazione restitutoria a seconda della buona o della mala fede di chi ha ricevuto l'indebito, prevede eccezioni – che sovente ne rendono problematica l'applicazione, specie ai contratti con prestazioni corrispettive non restituibili in natura. A questa disciplina generale, si affiancano poi varie disposizioni sparse, alcune contenute nella disciplina del contratto in generale⁴⁰, altre

³⁸ Sul punto DI MARZIO, *Elementi del contratto e negozio illecito*, in <https://www.ratioiuris.it/wp-content/uploads/2017/01/CONTRILLdIREKTA.pdf>.

³⁹ Così BARGELLI, *Sinallagma rovesciato e ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 119.

⁴⁰ Come, ad esempio, quelle che si pongono sul diverso piano della tutela dei terzi, disciplinando gli effetti dell'annullamento (art. 1445 c.c.), della risoluzione per inadempimento (art. 1458 c.c.) e della rescissione (art. 1452 c.c.).

dettate per taluni singoli tipi⁴¹, altre ancora di derivazione europea⁴², che valgono a fornire indicazioni di raccordo tra invalidità e restituzioni, benché spesso solo parziali.

In ragione di questa non semplice convivenza di una pluralità di regole, nelle quali bilateralità e simmetria delle restituzioni non sono sempre possibili né indefettibili, non sorprende la diversità di approcci da parte della giurisprudenza al problema delle restituzioni, come ben messo in luce dalla dottrina⁴³. Uno di questi consiste nell'applicazione di un regime, per così dire, incrociato: si nega il corrispettivo a colui ha eseguito la prestazione indebita (e, ove già percepito, se ne ammette la ripetizione), ma gli si riconosce la legittimazione ad agire per l'arricchimento ingiustificato (salvo che non si tratti di prestazione immorale)⁴⁴.

Nelle riflessioni sistematiche di attenta dottrina, talune di queste regole sono lette non tanto come semplici eccezioni al principio della *restitutio*, quanto piuttosto come la

⁴¹ Si pensi, ancora una volta, all'art. 2126 c.c. che, al fine di garantire una tutela forte al lavoratore, prevede eccezionalmente che la nullità del contratto per violazione di legge non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione (salvo che la nullità derivi da illiceità della causa o dell'oggetto), oppure all'art. 2231 c.c., il quale, con finalità dissuasive, se non punitive, nega azione per il pagamento della retribuzione a chi ha eseguito una prestazione professionale condizionata all'iscrizione ad un albo o ad un elenco senza esservi iscritto, e ciò con una formulazione ritenuta indicativa dell'intento di escludere l'operatività di qualsiasi rimedio alternativo. Nei casi, invece, di nullità del contratto di prestazione professionale – diverse dalla mancata iscrizione all'albo – si ritiene tendenzialmente ammissibile l'azione di ingiustificato arricchimento (si pensi alle ipotesi, numerosissime, di prestazione eseguita dal professionista in assenza di un valido conferimento dell'incarico da parte della p.a.), salvo che, ovviamente, non si ricada nel caso della prestazione contraria al buon costume.

⁴² Si consideri, ad esempio, l'art. 66-*quinquies* cod. cons., che, in caso di fornitura non richiesta, esonera il consumatore dall'obbligo di fornire qualsiasi prestazione corrispettiva.

⁴³ Più ampiamente, per una ricostruzione sistematica e possibile chiave di lettura della complessità delle questioni che ruotano attorno al problema delle restituzioni (e concernenti tanto la qualificazione della fonte dell'obbligazione, quanto l'individuazione del regime applicabile), si rinvia a BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010. Negli ultimi anni, la dottrina ha dedicato al tema ulteriori, significativi contributi: v. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012; AA.VV., *Le restituzioni contrattuali*, a cura di G. De Nova, Milano, 2012; M. DELLACASA, *Restituzioni e regime dei rimedi contrattuali: un'analisi critica del diritto applicato*, in *Contr. impr.*, 2018, 1120; DI LORENZO, *La restituzione impossibile*, Milano, 2022; AA.VV., *Le restituzioni contrattuali*, a cura di Gallo e Magri, Torino, 2024.

⁴⁴ Espressioni di questo approccio sono, ad esempio, Cass. 16 dicembre 2024, n. 32696; Cass., 11 ottobre 2016, n. 20383; Cass. 13 dicembre 2016, n. 16422, tutte in tema di locazione nulla per difetto di forma (che superano quell'orientamento, proprio soprattutto dei giudici di merito, secondo cui va negata la restituzione dei canoni versati durante il periodo di godimento ciò comportando un arricchimento senza causa del conduttore); Cass., 2 aprile 2009, n. 8040 e Cass., 27 febbraio 2002, n. 2884, entrambe relative ad appalto nullo per illiceità dell'oggetto e, in particolare, per violazione di norme imperative. Un'applicazione significativa è stata anche la fattispecie del contratto di agenzia nullo per la mancata iscrizione del professionista nell'apposito albo, che ha in seguito perso rilevanza pratica per incompatibilità della normativa italiana con quella europea (Corte europea di giustizia, 30 aprile 1998, C-215/97).

conferma dell'esistenza di un «nesso funzionale» fra rimedio contrattuale e restituzioni quale fondamento delle ipotesi ed aree di irripetibilità⁴⁵.

Così, a fianco di un generale principio di ripristino dello *status quo ante*, e dunque di riequilibrio fra le sfere economiche delle due parti, coesistono – in un certo senso *ordinariamente* – particolari situazioni in cui la ripetizione può essere negata (unilateralmente o bilateralmente) «per ragioni connesse alla *ratio* – dissuasiva o protettiva – dell'invalidità»⁴⁶.

La stretta connessione fra rimedio primario (nullità) e rimedio secondario (restituzione) induce quindi a indagare se questo nesso funzionale, idoneo a determinare la rottura della bilateralità restitutoria, sia ravvisabile nel caso di specie.

4. Rilevanza della *ratio* della causa di nullità e riflessi sulla tutela del *solvens*

Come accennato, la nullità dei contratti con la p.a. per difetto forma non assolve a una finalità protettiva dell'altro contraente (privato o pubblico) né della stessa p.a., posto che, semmai, la finalità protettiva concerne le risorse pubbliche e il loro corretto utilizzo. Peraltro, che non si tratti di una nullità di protezione trova conferma nel fatto stesso che qui si configura – come sottolineato dalla Cassazione – una nullità “assoluta”, e non relativa.

Del pari debole appare una finalità dissuasiva: la nullità per difetto di forma non si interessa affatto del comportamento dei contraenti, non è né dissuasiva né protettiva, ma piuttosto “di garanzia” delle risorse dell'ente e, quindi, della generalità dei consociati.

Se, dunque, sono in gioco i principi di imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa, sarebbe contraddittorio lasciare la p.a. *solvens* priva di ogni rimedio, ciò traducendosi, di fatto, in un danno per la collettività: un esito, questo, evidentemente incompatibile e sproporzionato rispetto alla *ratio* delle regole sulla forma *ad substantiam*.

⁴⁵ BARGELLI, *Invalidità del contratto e restituzioni nelle intersezioni fra le fonti del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 586, che analizzando varie ipotesi di invalidità – sia derivazione europea (con particolare attenzione al «laboratorio» della nullità della clausola abusiva e fase post-abusività) che interne – e il relativo regime delle restituzioni, individua un *fil rouge* in un «principio di non contraddizione» con la *ratio* della causa di invalidità. Per una valorizzazione del collegamento tra regime restitutorio e rimedio contrattuale che ne costituisce il presupposto anche DELLACASA, *La restituzione delle prestazioni di fare nella patologia del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, 540-541. La medesima prospettiva è altresì valorizzata da DALMARTELLO, *Conseguenze del giudizio di vessatorietà: dalla post-vessatorietà alla condictio indebiti di protezione*, in *Riv. dir. bancario*, 2023, 79 ss. (in part. 94).

⁴⁶ BARGELLI, *Invalidità del contratto e restituzioni*, cit., 590, che riporta ad esempio, fra le varie ipotesi indagate, quella del corrispettivo versato alla madre surrogata (in violazione della legge n. 40/2004) ovvero per corrompere un funzionario (tutte ipotesi, peraltro, di doppia se non tripla illiceità, in quanto contrarie sia a norme imperative sia all'ordine pubblico sia al buon costume).

La finalità diventerebbe allora punitiva, ma ciò può prospettarsi solo per gli scambi “vietati” dall’ordinamento, perché più fortemente disapprovati e quindi rifiutati.

Come detto, la necessità di modulare il regime delle restituzioni in relazione alla *ratio* – dissuasiva o protettiva – della nullità emerge continuamente e trova conferma in varie regole sparse, sia di portata generale che particolari.

Una finalità dissuasiva emerge ad esempio nell’art. 2035 c.c., che pone un divieto bilaterale di ripetizione in caso di indegnità bilaterale, peraltro anch’esso suscettibile – sempre in virtù di un principio di non contraddizione con la *ratio* della causa di invalidità – di un’applicazione flessibile, più o meno severa a seconda della forza dissuasiva, più o meno intensa, percepita nel caso concreto⁴⁷. Ma, comunque, la somministrazione idrica è quanto di più lontano da una prestazione immorale.

Una finalità fortemente protettiva emerge, ad esempio, nell’art. 2, comma 1, legge n. 192/98, secondo cui, in caso di nullità, «il subfornitore ha comunque diritto al pagamento delle prestazioni già effettuate e al risarcimento delle spese sostenute in buona fede ai fini dell’esecuzione del contratto». Ma, come detto, questa finalità è assente nell’ipotesi in esame.

Analoga finalità protettiva, ma altresì dissuasiva, emerge nell’art. 66-*quinquies* cod. cons., che, in caso di fornitura non richiesta, esonera il consumatore dall’obbligo di fornire qualsiasi prestazione corrispettiva. Qui sia l’esigenza di protezione del contraente debole, sia quella di disincentivare tali pratiche sono talmente intense che la giurisprudenza esclude ogni sorta di “ripetibilità” della prestazione eseguita da parte del fornitore⁴⁸. Del resto, una diversa soluzione si porrebbe in contrasto con il divieto di legge (di pretendere un corrispettivo per l’attività svolta) e lo vanificherebbe. Ma, ancora una volta, il caso di specie non rientra nella fattispecie, trattandosi di somministrazione idrica ad uso professionale, peraltro presumibilmente richiesta.

Gli esempi con cui confrontarsi potrebbero continuare, ma la conclusione è univoca: nella specie non è ravvisabile alcuna ragione o elemento che abbia la forza di spezzare la bilateralità restitutoria negando in radice tutela alla p.a. *solvens*. Una valutazione in prospettiva funzionale, conforme alla *ratio* della nullità conduce, al contrario, ad ammetterla senz’altro, onde evitare di mettere a rischio l’equilibrio dei bilanci e di pregiudicare il buon andamento, l’economicità e l’efficienza dell’azione amministrativa.

⁴⁷ Ad esempio, nell’ipotesi di prestazione di servizi sessuali, è ragionevole escludere la *soluti retentio* in almeno due casi: quando la prestazione eseguita è oggetto di sfruttamento da parte un terzo; quando la prestazione è eseguita da una persona minorenni. Al riguardo v. BIANCARDI, *Prestazioni di servizi sessuali e restituzioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2025, 246 ss., secondo, cui, peraltro, la prestazione di servizi sessuali sarebbe sempre suscettibile di restituzione, a prescindere dall’età del *solvens*.

⁴⁸ Cass., 12 gennaio 2021, n. 261, ravvisando nella norma – art. 57 cod. cons., nella formulazione applicabile *ratione temporis* al caso di specie, poi trasfuso nell’art. 66-*quinquies* – una «anche una valenza latamente sanzionatoria» del professionista.

5. Difetto di forma dei contratti della p.a. e difetti dell'ordinanza di rimessione. Peculiarità della somministrazione idrica

Vi sono poi ragioni ulteriori che militano a favore del ripristino, in sede restitutoria, dell'equilibrio commutativo in caso di nullità del contratto della p.a. per difetto di forma.

Come detto, sulla scia della generica e ambigua espressione utilizzata dalle Sezioni unite, la S.C., focalizzandosi sulla natura delle norme (imperative) violate e sugli interessi (pubblici) da queste protetti, sembra implicitamente ritenere che l'ipotesi sia ascrivibile al comma 1 dell'art. 1418 c.c., nonostante questo riguardi, più propriamente, le ipotesi in cui la legge non prevede espressamente la nullità e spetta appunto all'interprete ricavarla – anche – in base alla natura della norma violata.

In un altro discutibile passaggio, la Corte pare ritenere che la nullità in questione abbia una funzione essenzialmente punitiva, denotando «un chiaro disvalore enunciato dall'ordinamento», benché nelle ipotesi di “contrasto con norme imperative” la nullità non avrebbe quel carattere così sanzionatorio (e, talvolta, neppure necessario) ravvisabile nelle ipotesi di illiceità in senso forte (contratto con causa illiceità e ipotesi assimilate). Ambiguo e impreciso è poi l'utilizzo tralatizio dell'espressione “nullità assoluta”, che nel retropensiero della Corte pare, appunto, sottendere una illiceità in senso fortissimo – cui consegue una “nullità-sanzione” che rende “giustificato” lo spostamento patrimoniale e inammissibile ogni pretesa di restituzione – ma invero più precisamente riferibile alla legittimazione ad agire e alla rilevabilità d'ufficio (art. 1421 c.c.), la quale, però, non necessariamente implica una frode alla legge né l'irripetibilità della prestazione eseguita. Infine, come conseguenza ulteriore – inevitabile ma anch'essa discutibile – la S.C. pare propensa a una diversa declinazione della regola a seconda del ruolo (di impoverito ovvero di arricchito) della p.a.: ciò, ovviamente, nella consapevolezza che l'esito prospettato si porrebbe in contrasto con tutta quella consolidata giurisprudenza che ammette l'azione d'arricchimento nelle ipotesi, assai frequenti, di contratti nulli per vizi di forma in cui la p.a. è l'arricchito.

In tutto questo ragionamento, si finisce però per trascurare la concreta operazione realizzata: va bene che la Cassazione non può compiere accertamenti di fatto, ma indubbiamente le peculiarità della fattispecie avrebbero meritato una più adeguata considerazione – in punto di diritto – sotto vari profili.

In primo luogo, la S.C. dà per scontato che il contratto dichiarato nullo abbia ad oggetto «prestazioni di dare» e pone perciò l'interrogativo se – in conformità all'opinione prevalente (se pur non pacifica) che ritiene operante la disciplina dell'indebito solo in tali casi, riconducendo nell'ambito dell'azione arricchimento le restituzioni di prestazioni di fare o di lasciar godere – debba trovare applicazione l'azione di ripetizione d'indebito in luogo di quella di arricchimento.

Tuttavia, il contratto di somministrazione del servizio idrico, benché generalmente inquadrabile nella fattispecie di cui all'art. 1559 c.c., presenta peculiarità tali – *in primis* la natura del bene somministrato, ma anche il regime di monopolio in cui la prestazione viene normalmente erogata – da poterlo considerare un contratto *sui generis*.

Prescindendo in questa sede dagli ampi dibattiti sul “diritto all’acqua” come diritto umano fondamentale e universale e sulla sua qualificazione come “bene comune” e patrimonio dell’umanità, preme evidenziare che, senza dubbio, si tratta di un bene che non è in alcun modo equiparabile a nessun altro mero prodotto commerciale⁴⁹, perché non ha natura commerciale.

L’acqua è pubblica e gratuita (art. 822 c.c.; art. 1 legge n. 36/1994 - *Disposizioni in materia di risorse idriche*), ma l’accesso e l’utilizzo di questa risorsa essenziale richiedono la costruzione di complesse reti di infrastrutture nonché la gestione di reti di distribuzione che, ovviamente, sono invece onerose⁵⁰. Inoltre, diversamente da altri settori (come l’energia), il servizio idrico non è inserito nel mercato libero, ma è riservato ai Comuni, che possono gestirlo direttamente o appaltarlo ad aziende esterne.

L’utente, dunque, non paga l’acqua in sé, ma tutti i costi dei servizi che ne permettono la fruizione (il cui ammontare non è deciso unilateralmente dal gestore, ma è definito dall’Autorità pubblica di regolazione, sulla base di una metodologia omogenea a livello nazionale)⁵¹.

Tutto ciò significa, in definitiva, che il contratto di somministrazione idrica ha ad oggetto una prestazione, in cambio di un corrispettivo, ove è decisamente prevalente il *facere*, e non il *dare*.

Un secondo ordine di considerazioni attiene prettamente al fatto: non c’è dubbio che le fasi iniziali, prodromiche alla stipula, partono necessariamente da un’iniziativa dell’aspirante utente, ossia da una sua richiesta (di allacciamento idrico e attivazione della fornitura) alla quale il gestore non può non dare riscontro, peraltro con tempistiche ben precise, di solito decorrenti dall’accettazione del preventivo (spesso standardizzato)⁵². Non sappiamo se nella specie il preventivo fu inviato, ma presumibilmente non fu accet-

⁴⁹ In tal senso è esplicita, sin dal considerando 1, la direttiva 2000/60/Ce che istituisce un quadro per l’azione comunitaria nel campo della politica per le acque (versione consolidata), che recita: «L’acqua non è un prodotto commerciale al pari degli altri, bensì un patrimonio che va protetto, difeso e trattato come tale».

⁵⁰ Il servizio idrico integrato è infatti qualificato come «servizio pubblico locale di rilevanza economica» (Corte Cost., 15 giugno 2011, n. 187), la cui gestione soggetta a principi di efficacia ed economicità, e altresì di non discriminazione e accessibilità per tutti. Sulla natura di “corrispettivo” contrattuale – e non di “tributo” – dei costi del servizio idrico integrato, v. Corte Cost., 15 ottobre 2008, n. 43.

⁵¹ Difatti, non soltanto la quota “fissa” del corrispettivo, ma anche la quota “variabile”, a seconda del consumo, prevede diversi costi per la gestione della fognatura, della depurazione e ovviamente dell’acquedotto. Il costo a metro cubo è modulato con scaglioni di prezzo crescenti legati al volume di acqua impiegato, in modo da disincentivare gli sprechi. Inoltre, nella bolletta dell’acqua vengono conteggiate le componenti tariffarie UI, stabilite sempre dall’Arera e commisurate ai volumi fatturati.

⁵² Come stabilito dalla Carta dei servizi ARERA, *Regolazione della qualità contrattuale del servizio idrico integrato ovvero di ciascuno dei singoli servizi che lo compongono*, Delibera 23 dicembre 2015 (655/2015/R/idr).

tato, potendo ciò equivalere a contratto scritto. Quel che è certo è che l'acqua fu effettivamente erogata e utilizzata dal privato.

Queste circostanze appaiono molto rilevanti in sede di valutazione del presupposto cardine dell'azione di arricchimento, ossia lo spostamento di ricchezza privo di giusta causa.

6. La valutazione della “mancanza di giusta causa”: rilevanza della buona fede e delle circostanze di fatto “imputabili” alle parti in conflitto

Secondo un insegnamento autorevole⁵³, il controllo sulla “mancanza di giusta causa”, se ovviamente non può prescindere da una «valutazione del fatto che è all'origine dello spostamento patrimoniale», può tuttavia essere condotto seguendo alcune direttive generali.

In primo luogo, la fattispecie dubbia dev'essere messa a confronto con fattispecie affini positivamente disciplinate con la previsione o con l'esclusione di un'obbligazione restitutoria, delle quali occorre chiarire la *ratio*.

In secondo luogo, non può escludersi una rilevanza dei comportamenti e altresì degli stati soggettivi delle parti. Se infatti è vero che il fenomeno dell'arricchimento ingiustificato è dalla legge valutato in termini oggettivi, prescindendo dal comportamento e, più in generale, dalle componenti psicologiche dei soggetti coinvolti, è anche vero che ciò dipende dalla «struttura “neutra” della fonte» dell'obbligo di indennizzo, nonché dall'«ampiezza delle sue possibili manifestazioni», e pertanto non può essere interpretato come volontà di escludere qualsiasi accertamento e valutazione «di tutte le circostanze che possano essere “imputate” alle parti in conflitto». Se ne desume, quindi, la possibile rilevanza di tali ulteriori «componenti del fatto»⁵⁴.

La valutazione dev'essere condotta «alla stregua della regola della correttezza», trattandosi anche di «accertare di volta in volta l'“esigibilità” della pretesa di indennizzo con riguardo alla natura stessa dei rapporti regolati e degli interessi in conflitto»⁵⁵.

⁵³ BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, cit., 985 ss., e in part. 988.

⁵⁴ BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, cit., 1014-1015. Un indice normativo di conferma di queste considerazioni è ad esempio rinvenibile nell'ipotesi della ripetibilità degli emolumenti indebitamente erogati dalla p.a.: l'art. 13, comma 1, legge n. 412/1991, esclude la ripetibilità delle rate di pensione versate sulla base di provvedimento viziato da errore imputabile all'ente erogatore, salvo che l'indebita percezione sia dovuta a dolo dell'interessato.

⁵⁵ Ancora BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, cit., 994-996-998. Sul ruolo dell'“esigibilità”, discendente dalla buona fede, ai fini della tutela dell'affidamento legittimo dell'*accipiens* e sulla sua incidenza – non sulla sussistenza della pretesa ma – sulle modalità del suo esercizio onde evitare abusi, v. Corte Cost., 27 gennaio 2023, n. 8, sulla questione della ripetibilità dell'indebito previdenziale e retributivo non pensionistico. Sull'evoluzione della buona fede quale strumento correttivo per modellare e «delimitare in concreto le restituzioni conseguenti ad una nullità di protezione»,

Infine, la valutazione non può prescindere da «un bilanciamento tra posizione dell'impoverito e posizione dell'arricchito», onde evitare che la negazione o la concessione della tutela restitutiva «determini – in relazione alle caratteristiche della vicenda concreta – risultati irrazionali, inaccettabili, ingiusti»⁵⁶.

Queste direttive risultano peraltro coerenti con la logica tra le righe adottata dalle Sezioni Unite del 2023, le quali, sposando la «*soluzione che distingue a seconda delle ragioni del rigetto della domanda risarcitoria*», hanno sancito un principio che, implicitamente, dà rilevanza alla condotta: il rimedio resta precluso quando il rigetto della diversa azione sia dipeso da un comportamento negligente imputabile all'impoverito (mancato assolvimento dell'onere della prova; prescrizione; decadenza), e altresì quando l'operazione posta in essere sia disapprovata dall'ordinamento, importando un giudizio di riprovazione *per il risultato* che le parti si propongono di realizzare. L'inammissibilità dell'azione opera quindi, oltre che come sanzione, per assicurare la coerenza dell'ordinamento, precludendo un utilizzo *contra legem* del rimedio.

Considerando che questi principi valgono sempre, anche nei rapporti tra privati e p.a.⁵⁷, è alla luce di essi che va risolto il caso di specie.

Essendo incontestabile che il servizio idrico è stato somministrato dal Comune e fruito per alcuni anni, senza che risulti contestazione alcuna, appare ragionevole ritenere che il servizio sia stato anche preventivamente richiesto dall'utente "arricchito", che ne ha poi pienamente usufruito, ricevendo le relative fatture senza nulla obiettare, per un lungo periodo di tempo. Siamo dunque fuori da ipotesi di "arricchimenti imposti" e all'insaputa dell'arricchito.

Inoltre, siamo di fronte a un comportamento evidentemente tutt'altro che collaborativo e conforme a buona fede e, invero, ben più censurabile di quello della p.a. che negligenzemente omette di regolarizzare per iscritto il contratto, ma fornisce regolarmente il servizio.

Ebbene: nel doveroso «bilanciamento» tra le posizioni dei due soggetti, sarebbe evidentemente ingiusto e inaccettabile far ricadere sul secondo – e, in definitiva, sui contribuenti – il pregiudizio imputabile (anche) a un comportamento opportunistico e scorretto del primo.

Né può trascurarsi che nella specie si trattava di un contratto avente ad oggetto un bene essenziale che la p.a. non poteva rifiutare di erogare; a maggior ragione, dunque,

neutralizzando contegni opportunistici e abusivi anche della parte protetta, v. VETTORI, *Nullità selettive e "riequilibrio effettivo". L'evoluzione della buona fede*, in *Persona e mercato*, 2019, 29.

⁵⁶ Così MAGGIOLO, *Le Sezioni Unite e la sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento*, cit., 14, che appunto non esclude l'applicabilità della tutela restitutiva anche ad ipotesi di illiceità diverse dalla contrarietà a norme imperative.

⁵⁷ Come del resto espressamente sancito dall'art. 1, comma 2-bis, legge n. 241/90 (introdotto dall'art. 12, comma 1, lett. a), d.l. n. 76/2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 120/2020), ai sensi del quale «[i] rapporti tra il cittadino e la p.a. «sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede».

è evidente che non ricorre un'ipotesi di «diritto alla prestazione non (...) riconosciuto *a priori* dall'ordinamento» e che, nel risultato perseguito, non è ravvisabile nessun «aggravamento di norme indisponibili» né «incompatibilità di fondo con l'ordinamento»: la mancanza di forma, semplicemente, rende il contratto privo di un elemento che la legge richiede per la completezza della fattispecie, e perciò inidoneo al risultato (tuttavia approvato). Ne deriva una nullità “semplice”, che – quand'anche configurabile come la conseguenza del mancato assolvimento di un obbligo, e non di un onere – non esprime alcun «giudizio di disvalore» *sullo scambio* realizzato.

Dunque, la valutazione in fatto di tutte le circostanze autorizza a ritenere “ingiustificato” lo spostamento patrimoniale e, perciò, necessario un riequilibrio delle prestazioni tramite l'azione *ex art.* 2041 c.c.

Ma non solo. Non è infatti da escludere che la valutazione in fatto possa incidere anche sul *quantum* dovuto, che non necessariamente dovrà essere limitato all'arricchimento.

Al riguardo pare meritevole di attenzione la tesi secondo cui l'art. 2037 c.c. – ai sensi del quale se la cosa è perita, chi l'ha ricevuta in mala fede è tenuto a restituirne il “valore” – dovrebbe trovare applicazione analogica anche nell'ipotesi di prestazioni indebite di fare⁵⁸.

A sostegno di questa interpretazione, si sottolinea, preliminarmente, il fatto che gli artt. 2037 e 2038 c.c. stabiliscono una disciplina articolata e differenziata, in cui trovano spazio anche obbligazioni indennitarie (quindi nei soli limiti dell'arricchimento), le quali sorgono nei seguenti tre casi: in capo all'*accipiens* di buona fede, ove la restituzione sia impossibile per perimento della cosa (art. 2037, comma 3, c.c.); in capo al terzo acquirente a titolo gratuito da alienante-*accipiens* di buona fede (art. 2038, comma 1, c.c.); e, ancora, in capo al terzo acquirente a titolo gratuito da alienante-*accipiens* di mala fede che sia stato inutilmente escusso (art. 2038, comma 3, c.c.).

Ad eccezione solo di quest'ultima ipotesi, in caso di mala fede dell'*accipiens* operano invece regole diverse le quali, a seconda dei casi, commisurano il diritto del *solvens* «ora al “valore”» (art. 2037, comma 2, c.c.), «ora al “corrispettivo”» (art. 2038, comma 2, c.c.).

In questo quadro, quindi, si rileva che la differenza disciplinare non pare affatto collegata al tipo di prestazione (dare o fare), bensì alla «considerazione dello stato soggettivo» di buona o di mala fede dell'*accipiens*.

Di qui l'incoerenza, oltre che l'iniquità, di un'«applicazione indiscriminata» dell'art. 2041 c.c. alle ipotesi di restituzioni di prestazioni di fare, giacché in tal modo, anche nel caso di prestazioni indebite ricevute in mala fede (come nella specie), il *solvens* sarebbe indennizzato nei soli limiti dell'arricchimento, anziché nei «più pregnanti termini del

⁵⁸ V. in particolare PASSAGNOLI, *Invalidità del contratto e restituzioni*, in *Persona e mercato*, 2014, 102-103.

“valore”» che invece conseguirebbe tramite «la via dell'applicazione analogica dell'art. 2037»⁵⁹.

7. (Segue) Irrilevanza della natura delle parti in conflitto

Un cenno merita infine il secondo quesito formulato dalla S.C., e cioè se «il giudizio sull'ammissibilità dell'azione possa essere declinato diversamente, in caso di declaratoria di nullità del contratto per difetto di forma scritta, qualora, come nella specie, il soggetto “impo-verito” sia la stessa P.A.».

La risposta non può che essere negativa per ovvie ragioni di coerenza sistematica. È vero che in passato, nell'ampia applicazione del rimedio nei rapporti tra p.a. (quasi sempre convenuta) e privati, non era mancata la tendenza ad attribuirgli un carattere parzialmente “speciale”, richiedendosi che l'attore fornisse la prova del previo gradimento dell'amministrazione stessa, ossia il requisito del riconoscimento dell'utilità. Un trattamento, dunque, in parte diverso per la p.a. arricchita – peraltro «per qualche aspetto affine» a quello previsto dall'art. 2039 c.c. per il soggetto incapace che abbia ricevuto un pagamento non dovuto – e comprensibilmente dettato dalla preoccupazione di evitare di esporla ad arricchimenti imposti⁶⁰.

Tuttavia, la stessa giurisprudenza gradualmente attenuava la rilevanza di tale requisito, ammettendo un riconoscimento “implicito” – purché proveniente «dall'organo rappresentativo dell'ente pubblico interessato», «successivo alla esecuzione» della prestazione e «consapevole»⁶¹ – desumibile dall'effettivo utilizzo dei beni o dei servizi per le finalità dell'ente⁶² e, talvolta, arrivando anche a negarne la necessità, rimettendo la valutazione dell'*utilitas* all'apprezzamento del giudice⁶³. Il progressivo rafforzamento della tendenza ad accertare la sussistenza di un vantaggio per l'ente su un piano oggettivo, e non soggettivo, ha poi ricevuto l'avallo definitivo delle Sezioni Unite, che hanno sancito che il riconoscimento dell'utilità da parte dell'arricchito non è requisito dell'azione, la quale dev'essere paritariamente applicata al soggetto privato come all'ente pubblico⁶⁴.

⁵⁹ PASSAGNOLI, *op. loc. cit.*, secondo cui, quindi, l'indennizzo nei limiti dell'arricchimento dovrebbe operare solo nel caso di buona fede dell'*accipiens*.

⁶⁰ Per tali rilievi BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, cit., 1016 e 1018. Analogamente GALLO, voce *Arricchimento senza causa*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, XII, Torino, 2019, 17, sottolinea come «[i]l vero problema» non fosse «tanto quello del riconoscimento dell'utilità, quanto quello di evitare l'imposizione di una responsabilità da arricchimento».

⁶¹ Cass., 27 luglio 2002, n. 11133.

⁶² Cass., 18 giugno 2008, n. 16596.

⁶³ Cass., 21 aprile 2011, n. 9141.

⁶⁴ Cass., SS.UU., 26 maggio 2015, n. 10798. Resta ovviamente salva la possibilità per la p.a. di eccepire che si tratti di arricchimento imposto, il che comporta, quindi, un'inversione dell'onere della prova: non è il privato a dover provare il riconoscimento dell'utilità da parte della p.a., ma è la p.a. che, al pari di qualunque altro soggetto, può eccepire che l'arricchimento non fu voluto o di non

In effetti, come da tempo osservato dalla dottrina, «mancava un vero fondamento normativo per l'applicazione di un regime diverso alla p.a. rispetto a quello di diritto comune». Del resto, se si è sensibili al problema degli arricchimenti privi di una giusta causa, «lo si deve essere sempre in sede di valutazione in fatto dell'arricchimento, ricostruendo in tal modo una regola paritaria»⁶⁵ e come tale insensibile (anche) al ruolo di attore o di convenuto del soggetto pubblico.

In definitiva, in caso di difetto della forma scritta dei contratti della p.a., delle due l'una: o – come qui si è cercato di dimostrare – la tutela restitutoria è (astrattamente) ammissibile sempre, oppure non lo è mai, anche perché una diversa soluzione finirebbe per esporre l'amministrazione a paradossali “impoverimenti imposti”.

ABSTRACT

L'ordinanza della Cassazione n. 1284/2025 ha richiesto l'intervento delle Sezioni Unite in tema di ammissibilità dell'azione di arricchimento in ipotesi di nullità di contratto con la p.a. per difetto di forma (ove – inusualmente – ad assumere il ruolo di arricchito è il privato).

Una serie di questioni, già di per sé problematiche, si intrecciano inestricabilmente: non si tratta tanto della sussidiarietà dell'azione, quanto piuttosto del problema della mancanza di giusta causa dell'arricchimento, che a sua volta non è disgiunto dal problema – anzi: è pressoché un tutt'uno con esso – dei rapporti e del coordinamento tra regime di nullità e regime restitutorio.

Il presente contributo affronta questo groviglio di problemi seguendo quell'impostazione dottrinale, di tipo funzionale, volta a valorizzare il nesso di necessaria coerenza fra rimedio primario e rimedio secondario.

The Supreme Court ordinance no. 1284/2025 required the intervention of the United Sections on the admissibility of the enrichment action in case of nullity of a contract with the public administration due to lack of form (where – unusually – the private person assumes the role of the enriched party).

A series of issues, already problematic in themselves, are inextricably intertwined: it is not so much about the subsidiarity of the action, but rather of the problem of the lack of just cause of enrichment, which in turn is not separate from the problem – indeed: it is almost one with it – of the relationships and coordination between the nullity regime and the restitution regime.

This paper addresses this tangle of problems by following that doctrinal approach, of a functional type, aimed at valorising the link of necessary coherence between primary and secondary remedy.

esserne stata consapevole.

⁶⁵ Ancora BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, cit., 1018-1019.

