

**2 0 0 8**



**Seminario  
interdisciplinare  
sul tema  
Etica, economia e  
diritto**

**Genova, 12 dicembre 2008**

**Gianmaria Baraggioli**

**Etica, economia, diritto e i  
rimedi restitutori**

**SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Etica-economia – 3. Etica-diritto – 4. Economia-diritto – 5. Etica, economia, diritto: i rimedi restitutori – 6. L'art. 2035 cod. civ.: una lettura in chiave di analisi economica del diritto – 7. L'art. 2035 cod. civ. tra scelte di valore e analisi economica del diritto**

**1. Introduzione**

Etica, economia e diritto, tre sostantivi che esprimono ordini che sono alla base della nostra civiltà. Tre ordini che, almeno idealmente, si crede di conoscere, ma che, se si cerca di darne una definizione compiuta, manifestano una particolare complessità. Complessità destinata ad accrescere in relazione alla necessità di sottolineare i legami che li riguardano.

Provare a dare una definizione di “etica” a prima vista sembrerebbe facile, in realtà tale termine racchiude diverse sfaccettature del vivere quotidiano dell'uomo e del suo rapportarsi agli altri esseri umani. La parola “etica” deriva dal greco *ἠθικός* (costume, norma di vita), e può essere definita come lo studio della determinazione della condotta umana e della ricerca dei mezzi atti a concretarla. L'etica può essere *descrittiva* se descrive il comportamento umano, oppure *normativa* o *precettiva* se fornisce delle regole.

L'economia, invece, è quella scienza che studia i processi di produzione, scambio e consumo dei beni e dei servizi atti alla soddisfazione dei bisogni e dei desideri umani. In una visione rigorosa, l'economia è una scienza puramente positiva nettamente distinta dall'etica, ma se si assume una visione più realistica ci si accorge di quanto sia difficile, per non dire impossibile, per un economista prescindere dall'etica e utilizzare l'economia come mera tecnica. Gli economisti devono essere, infatti, in grado di orientarsi in tematiche quali i bisogni, l'equità, le opportunità, la libertà e persino i diritti. Nella teoria economica della razionalità, ad esempio, le scelte di un individuo sono determinate dalle sue preferenze, ma ciò non esclude che le preferenze siano suggerite da principi etici. La necessaria correlazione appena accennata tra etica ed economia si arricchisce ancora di più se si considera il ruolo del diritto in questo rapporto che diventa quindi complesso.

Il diritto oggettivo, inteso come un insieme di regole, a loro volta risultanti dalla combinazione di regole, sanzioni e apparati, ha un legame molto forte con l'economia. L'economia influenza il diritto nel senso che ai diversi tipi di sistema economico corrispondono diversi tipi di sistema giuridico, improntati alla particolare modalità di produrre e poi distribuire la ricchezza. Basti pensare che in un'epoca in cui la principale fonte di ricchezza era costituita dall'agricoltura, il diritto si è occupato di offrire la massima attenzione e tutela alla proprietà terriera, mentre nell'epoca dello sviluppo dell'economia industriale, il diritto (*rectius* il sistema giuridico) si è modificato per fare fronte alle nuove realtà produttive (si pensi allo sviluppo del diritto commerciale). Un'economia sempre più propensa a creare il massimo profitto dalle risorse disponibili necessita di un diritto in costante evoluzione, atto a rendere il sistema economico sempre più efficiente. Se si fa riferimento al diritto commerciale, si può notare che è proprio questo continuo rinnovarsi ad una velocità sconosciuta ad altre branche del diritto, per l'intervento dei singoli attori dell'economia, a caratterizzarlo dalle sue origini ed a guidarne l'evoluzione. Può dirsi altresì che il diritto influenza a sua volta l'economia: un diritto obsoleto può intralciare lo sviluppo dell'economia e cambiare le regole giuridiche può essere il modo per rendere più efficiente il sistema economico.

Già alla luce di queste premesse appaiono evidenti le relazioni reciproche e molteplici che intercorrono tra l'etica, l'economia e il diritto; l'indagine che segue si pone lo scopo di mettere in luce alcuni di questi legami che possono variare, tuttavia, a seconda dell'approccio filosofico che si adotta.



## **2. Etica-economia**

L'economia, diversamente da altre scienze, è legata sia alla teoria della razionalità sia all'etica. Ma come si coordinano l'etica e l'economia? O meglio, le scelte economiche debbono ispirarsi a principi etici? Devono, in altri termini, mirare a realizzare il massimo profitto possibile o devono tendere a preservare la dignità, la solidarietà e l'uguaglianza tra gli uomini? La risposta al quesito non può prescindere dall'approccio ideologico di colui che è chiamato a fornire una risposta. Se la nostra indagine prende le mosse dal campo degli affari, e si vuole adottare un approccio ideologico per così dire "moderato", ossia non condizionato da alcun estremismo, si devono ricercare le norme etiche alle quali ci si dovrebbe attenere per conseguire il duplice obiettivo della realizzazione individuale e della coesività sociale.

Dalla fine del secolo scorso varie iniziative<sup>1</sup> a livello mondiale hanno cercato di individuare e fissare degli standard dei sistemi di gestione per la responsabilità sociale delle imprese (c.d. *corporate social responsibility*). Questi tentativi muovono dal principio per cui la dignità, la solidarietà e la libertà degli uomini sono i valori a cui dovrebbero ancorarsi le regole della produzione e dello sviluppo. Ma quali limiti possono essere imposti al benessere individuale per consentire il benessere della collettività? La ricerca della soluzione di questo quesito occupa il pensiero filosofico, economico e politico degli ultimi due secoli. La teoria liberista vuole dimostrare che il sistema di mercato è il mezzo più adatto: il mercato, date le risorse economiche a disposizione di ciascun individuo, consentirebbe a ciascuno di realizzare il proprio benessere producendo, comprando e vendendo i beni preferiti. Questa teoria prescinde totalmente da giudizi di valore esterni all'individuo e nega la legittimità di interventi da parte di autorità quali lo Stato o la Chiesa. Per un liberista ortodosso nessun intervento correttivo deve alterare il sistema di mercato. Tuttavia, già all'interno delle teorie liberiste, si ammette che la distribuzione dei beni realizzata dal mercato può non essere conforme a giudizi di valore presenti nella società, come quello di equità, oppure può mancare di procurare a tutti beni indispensabili (salute, istruzione ecc.). E così, anche per una corrente di pensiero della teoria liberista, la realizzazione del benessere richiede che il sistema di mercato sia affiancato da altri strumenti atti a garantire adeguati livelli di benessere individuale e sociale.

Completamente opposta a tale visione, è quella che vuole l'operare di istituzioni di controllo del mercato (controllo tra le

---

<sup>1</sup> A titolo di esempio, *Accountability 1000* nel Regno Unito.

imprese, tra le imprese e i consumatori, tra le imprese e i lavoratori) e che chiama a gran voce lo sviluppo di codici etici, senza i quali gli stessi risultati di efficienza sono destinati a essere messi in crisi.

Secondo Robert Nozick, una distribuzione dei beni è giusta quando è ottenuta per liberi scambi tra persone consenzienti e scaturisce da una giusta posizione di partenza, anche se da tali processi emergano poi delle posizioni di disuguaglianza. Lo Stato non può preoccuparsi della redistribuzione del benessere, bensì – secondo Nozick – deve essere un «*guardiano notturno*»<sup>2</sup>, deve cioè proteggere e tutelare i diritti fondamentali, il diritto alla vita, alla proprietà, ma la libertà di autodeterminarsi è inattaccabile e non può essere messa in discussione dallo Stato con meccanismi di redistribuzione.

Assai differente è il pensiero di John Rawls. Egli afferma che, se si vuole assicurare a tutti un'effettiva eguaglianza di opportunità, è necessario che la società presti più attenzione a coloro che sono nati con meno doti o in posizioni sociali meno favorevoli. Lo Stato dovrebbe, quindi, anche a costo di intervenire sulle regole del mercato, cercare di riparare i torti dovuti al caso, in direzione dell'uguaglianza tra gli individui. Le istituzioni debbono organizzarsi in quattro funzioni: l'allocazione e la stabilizzazione per favorire l'efficienza del mercato; il trasferimento (che garantisca un reddito minimo) e la distribuzione (con le tasse e i necessari aggiustamenti dei diritti di proprietà) per raggiungere l'equità sociale.

Appare quindi già evidente alla luce di queste considerazioni che non è ipotizzabile – a prescindere dalle preferenze per l'una o per l'altra teoria - di poter fare a meno di un criterio di valutazione etica dei sistemi economici.

### ***3. Etica-diritto***

Quale è la relazione tra l'etica e il diritto? Si può parlare di relazione o invece bisogna ragionare in termini di necessaria separazione tra diritto ed etica? Etica e diritto sono due sistemi di regole differenti: le regole giuridiche sono caratterizzate dalla proprietà coercitiva e possono essere suscettibili di essere imposte con la forza, mentre le regole etiche rifuggono dalla forza per la loro stessa natura.

Il tema dei rapporti tra diritto ed etica è uno di quei temi su cui si è più sviluppata la riflessione giusfilosofica. La contrapposizione

---

<sup>2</sup> Si veda Nozick, *Anarchia, stato e utopia* (1974), Il Saggiatore, Milano, 2000.



stessa tra giusnaturalismo e positivismo giuridico dipende proprio dalla divergenza su quale sia il modo corretto di stabilire il rapporto tra etica e diritto.

Il positivismo giuridico poggia sul dogma fondamentale per cui diritto ed etica sono due mondi distinti. Il giuspositivista si accosta allo studio del diritto come fatto (reale) e non come valore (ideale), mira, quindi, non alla giustizia di per sé, bensì alla comprensione del diritto come realmente è, e non come dovrebbe essere. Per il giuspositivista il diritto positivo, essendo emanazione di una volontà ordinatrice, è di per se stesso giusto. I giusnaturalisti, invece, sostengono la tesi della connessione necessaria tra diritto ed etica: il diritto naturale è l'insieme dei dettami della retta ragione ed è gerarchicamente sovraordinato al diritto positivo.

In realtà, come ha sostenuto C. S. Nino, le contrapposizioni tra diritto e morale si caratterizzano per essere spesso viziate da fraintendimenti e si insinua così il sospetto che le controversie siano apparenti più che reali<sup>3</sup>. Al riguardo Neil MacCormick, allievo di Herbert Hart, ha puntualmente affermato: «*Nessuno in possesso delle sue capacità – e vi sono alcuni positivisti che sono in possesso delle loro capacità mentali – ha mai sostenuto, o sosterebbe mai, che il diritto in se stesso è scevro da valori. Se gli esseri umani non accordassero importanza all'ordine nella vita sociale, non avrebbero affatto leggi;.....Il punto di essere un positivista non è quello di negare verità evidenti di questa sorta, ma piuttosto quello di affermare che non è in nessun senso necessario condividere o accogliere questi valori, in tutto o in parte, per poter sapere che il diritto esiste, o quale diritto esiste*»<sup>4</sup>.

A chi scrive sembra opportuno sottolineare la strumentalità del diritto, strumentalità finalizzata a soddisfare le esigenze etiche della collettività. Il diritto esiste perché la collettività ha bisogno, oltre che di ordine e organizzazione<sup>5</sup>, di giustizia, ne necessita perché la giustizia è un bisogno primordiale che sta a monte dei fenomeni giuridici.

Esemplificativa al riguardo è l'espressione «*assetati di giustizia*» che si trova nel Nuovo Testamento nel discorso delle beatitudini; questo bisogno primordiale precede il momento della scienza giuridica. L'etica quindi non può essere programmata a tavolino dalla politica a seconda delle diverse finalità che questa persegue, ma deve

---

<sup>3</sup> C. S. Nino, *Il diritto come morale applicata*, ed. it. a cura di M. La Torre, Milano, 1999, p.15.

<sup>4</sup> N. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* (1978, II ed. 1994), trad. e introduzione di A. Schiavello, ed. it. a cura di V. Villa, Torino, 2001, pp. 265-266.

<sup>5</sup> In questo senso si veda Grondona, *L'ordine giuridico dei privati*, Rubbettino Editore e Leonardo Facco Editore, p. 115.

essere stabile e guidare le scelte legislative del potere politico. E' vero che le scelte etiche che attengono al vivere dell'uomo possono essere difformi e persino antitetiche, tuttavia è necessario ricercare la scelta etica razionalmente accettabile nelle esigenze fondamentali della persona umana.

A questo proposito è opportuno ricordare il pensiero di un insigne giurista, Giacinto Auriti: *«Quando in una visione razionalistica si pretende di instaurare delle finalità etiche arbitrarie, consolidando in una norma di diritto positivo un'etica che, invece, dovrebbe essere al di fuori e al di sopra di esso, l'etica diventa non più un fatto attinente alla natura dell'uomo, ma una scelta arbitraria del potere politico realizzata in funzione del suo interesse.....Appare evidente, dunque, che in questo caso si ha una scelta economicistica dell'etica, in cui la persona umana è del tutto ignorata. La natura dell'uomo non è più il parametro di riferimento per la determinazione funzionale delle esigenze etiche, sulle quali l'ordinamento legislativo deve essere commisurato e creato come mezzo a fine»*. E ancora sulla necessità di non confondere i principi etici che devono ispirare il potere legislativo con la democrazia: *«Ne' minori sono gli inconvenienti causati dall'immanenza della finalità etica nel diritto positivo nei sistemi democratici. Quando infatti si pretende di basare la scelta etica sulla volontà della maggioranza, essendo lo strumento numerico finalisticamente e contenutisticamente neutro, si afferma un principio in cui non necessariamente la scelta etica deve coincidere con la tutela degli interessi fondamentali della persona umana»*<sup>6</sup>. Auriti, sempre a sostegno dell'autonomia della legge etica rispetto ai principi maggioritari e alle leggi che questi producono, ci ricorda che l'unica volta che nel Vangelo è applicato il principio maggioritario è quando il popolo manda in croce Cristo e libera Barabba, *«sicchè in base ad un'etica democratica, si dovrebbe osannare Barabba e condannare Cristo»*<sup>7</sup>. Naturalmente quello che si critica non è il sistema democratico in sé, ma la tendenza a considerare i sistemi maggioritari non come strumenti, bensì come parametri con cui misurare l'eticità delle scelte.

#### **4. Economia-diritto**

Il tema dei rapporti tra diritto ed economia è stato oggetto di riflessioni sia da parte dei giuristi sia da parte di sociologi, storici ed economisti.

Oggi il rapporto tra diritto ed economia potrebbe essere riassunto in questo modo: il diritto (una parte di esso) disciplina lo svolgimento dell'attività economica e quindi il funzionamento dei

---

<sup>6</sup> Auriti, *Il valore del diritto*, 1988, p. 17.

<sup>7</sup> Auriti, cit., p. 18.



mercati, ponendo così condizioni, limiti e più generalmente regole all'attività economica.

In passato il diritto e l'economia sono stati concepiti come due sistemi e due discipline differenti<sup>8</sup>. Con la rivoluzione industriale e tecnologica, le regole giuridiche acquistano un nuovo significato: non costituiscono più un dato esterno al sistema economico, ma di esso divengono una componente; accade così che, riportando il pensiero di Ascarelli, «*si viene superando l'idea di un dato per passare a un costruito: in ambedue i campi si viene abbandonando quella concezione di ordini naturali che persisteva anche negli indirizzi positivisticis*»<sup>9</sup>.

Nella dottrina italiana Tullio Ascarelli fu tra i primi a comprendere l'inadeguatezza del diritto in relazione ad una mutevole realtà economica quale quella della seconda metà degli anni '50 del secolo scorso. Egli infatti fu il primo ad affermare che: «*I problemi che si pongono nel diritto moderno sono invero quelli che nascono da una produzione industriale in massa, ora in atto ora comunque auspicata*» e ancora «*non solo l'elaborazione tradizionale del diritto romano da un lato e quella della common law dall'altro, ma la stessa elaborazione della codificazione napoleonica e della pandettistica è anteriore alla produzione industriale di massa. Anche l'elaborazione della codificazione napoleonica e della pandettistica invero si riporta alla premessa di una società agricola artigianale e commerciale più che industriale; alla prevalente importanza di redditi di capitale piuttosto che di redditi di lavoro e di attività, a quella società che troviamo descritta nei romanzi di Balzac e di Stendhal*»<sup>10</sup>. Di qui il carattere condizionante e condizionato del diritto rispetto all'economia<sup>11</sup>. Non è casuale quindi che il diritto mutui dal linguaggio economico numerose espressioni linguistiche (monopolio, concorrenza, ecc.).

Ad oggi il rapporto diritto-economia, in particolare il compito che il diritto è chiamato ad assolvere nel regolare l'attività economica, suscita accesi dibattiti tra i giuristi. Vi è chi tende a privilegiare il ruolo del diritto attraverso la sua capacità di plasmare la realtà economica e chi, invece, ritiene che il diritto abbia solo il compito di orientare un'attività (l'economia) che risponde ad una propria logica.

---

<sup>8</sup> Si veda Tarello, voce *Formalismo*, in *Novissimo Digesto*, p. 577.

<sup>9</sup> Ascarelli, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 46

<sup>10</sup> Ascarelli, *La disciplina giuridica della concorrenza*, in *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali – Istituzioni di diritto industriale*, Milano, 1960, p. 5

<sup>11</sup> In questo senso, in particolare si rimanda a Mengoni, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 155 ss.

Nel trattare i rapporti intercorrenti tra il diritto e l'economia non si può prescindere dall'affrontare il fenomeno dell'analisi economica del diritto.

L'analisi economica del diritto consiste nel valutare il diritto attraverso l'uso di strumenti economici. La sua finalità è quantomeno triplice. In primo luogo essa ha finalità conoscitive, vuole cercare di spiegare i fenomeni giuridici; in secondo luogo ha finalità normative, vuole, in altri termini, trovare delle soluzioni giuridiche più soddisfacenti; infine ha finalità c.d. predittive, ossia cerca di prevedere gli effetti delle regole giuridiche attraverso lo studio dei rapporti costi-benefici.

L'analisi economica del diritto, sebbene nasca e si sviluppi nei paesi di cultura angloamericana, può arricchire la comprensione degli istituti giuridici appartenenti agli ordinamenti di *civil law*. Oltre a fornire delle giustificazioni razionali alle regole di diritto già esistenti, l'analisi economica può aiutare – in una prospettiva *de iure condendo* – a capire le possibili conseguenze giuridiche, sociali e politiche di una regola ancora da adottare.

L'analisi economica del diritto non si compone di un'unica tradizione ma è caratterizzata dall'esprimersi attraverso diverse scuole di pensiero<sup>12</sup>, ciononostante è possibile individuare una matrice comune alle diverse scuole.

Secondo i seguaci dell'*economic analysis of law* i problemi giuridici debbono essere analizzati e risolti attraverso una comparazione tra i diversi gradi d'efficienza economica delle molteplici soluzioni ipotizzabili. Da questo confronto, effettuato con modalità analitiche mutuata dalla scienza economica (in particolare, dalla microeconomia) emergerà la scelta più efficiente, ossia quella in grado di garantire a ciascun soggetto coinvolto il maggior numero possibile di vantaggi. Il concetto che assume una posizione fondamentale in questa disciplina quindi è quello di efficienza, intesa come attitudine ad agire senza spreco.

### **5. *Etica, economia, diritto: i rimedi restitutori***

E' noto come l'attenzione dei giuristi si sia soffermata da tempo sulle relazioni che intercorrono tra l'etica e l'economia da una parte e il diritto dei contratti dall'altra.

---

<sup>12</sup> Al riguardo si veda Chiassoni, *Analisi economica del diritto e teorie economiche: un inventario di strumenti*, in Alpa, Chiassoni, A. Pericu, Pulitini, Rodotà, Romani (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1999, p. 489 e ss.



A questo riguardo si suole indicare la formula, divenuta ormai di uso corrente nella dottrina civilistica italiana, di “*giustizia contrattuale*”.<sup>13</sup> Tuttavia, con riguardo a tale espressione, è stato sottolineato che: «*essa è certo stimolante e suggestiva, ma, nella sua genericità, può implicare significati differenti, evocare valori ed esprimere direttive non agevolmente riducibili a termini univoci. Il suo impiego è spesso ambiguo anche rispetto allo stesso ordine di riferimento delle proposizioni che lo contengono: etico, ideologico, economico, sociologico, giuridico*»<sup>14</sup>.

A prescindere, comunque, dalle questioni inerenti alla corretta prospettiva da cui muovere per svolgere un’indagine sul reale significato di “*giustizia contrattuale*”, si deve sottolineare che la dottrina ha prestato attenzione alle interferenze tra etica, economia e diritto, occupandosi, prevalentemente, dell’opportunità di salvaguardare un giusto equilibrio economico e normativo tra le prestazioni dei contraenti, avendo come punto di riferimento quindi l’istituto del contratto, e trascurando, invece, di affrontare e sviluppare i rapporti tra l’etica, l’economia e le altre fonti di obbligazioni.

Si avverte così la necessità di indagare sulle correlazioni tra l’etica, l’economia e i rimedi restitutori in generale.

A partire dalla fine del secolo scorso si è diffusa in Europa la convinzione circa l’opportunità di ricostruire in modo unitario i rimedi restitutori. Si è avvertita in particolare la necessità di edificare una teoria generale delle restituzioni.

La categoria dei rimedi restitutori in senso stretto deve essere limitata ai rimedi quasi contrattuali tradizionali, ossia il pagamento dell’indebitato, l’arricchimento senza causa e la gestione degli affari altrui.

L’idea che non è consentito arricchirsi senza causa a danno di altri non può sicuramente considerarsi nuova. Già Pomponio in epoca romana aveva enunciato il principio «*Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores*»<sup>15</sup>.

Il principio enunciato da Pomponio divenne, con la scuola del diritto naturale, regola di ragione al pari del principio del *neminem laedere* (in materia di responsabilità civile) e del *pacta sunt servanda* (in materia contrattuale)<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Per un’esaustiva ricostruzione della questione si veda And. D’Angelo, *La buona fede*, nel *Trattato Bessone*, XIII, Giappichelli, 2004, 155 ss.

<sup>14</sup> And. D’Angelo, *La buona fede*, cit., 156.

<sup>15</sup> D. 50, 17, 26.

<sup>16</sup> In questo senso si veda Gallo, *Arricchimento senza causa*, nel *Commentario Schlesinger*, sub art. 2041-2042, p. 34.

Nel nostro ordinamento, il pagamento dell'indebito e l'arricchimento senza causa pur differenziandosi per gli effetti che ne discendono a seconda dell'applicabilità dell'uno o dell'altro istituto, trovano un elemento comune nel riferimento al medesimo principio equitativo<sup>17</sup>, consistente nel porre rimedio ad uno spostamento patrimoniale ingiustificato. L'effetto del pagamento dell'indebito, infatti, consiste nel ripetere ciò che è stato pagato senza essere dovuto, ripristinando la situazione esistente anteriormente al versamento dell'indebito, mentre l'effetto dell'azione di arricchimento è quello di far nascere in capo a chi si è ingiustamente arricchito un obbligo di indennizzo in favore di chi si è impoverito senza una giusta causa.

Il pagamento dell'indebito sancisce, quindi, il principio immanente al sistema del diritto delle obbligazioni: il principio di razionalità degli spostamenti di ricchezza; il principio in virtù del quale nessuno spostamento patrimoniale può validamente compiersi, e comunque tenersi fermo, se non sia sostenuto da un'adeguata ragione giustificativa.

Tale principio sembra corrispondere ad un'esigenza per così dire fisiologica, tanto marcata da assurgere a direttiva irriducibile, tanto importante da essere indispensabile per regolare l'assetto distributivo delle risorse economiche e per individuare un sistema di qualificazione delle condotte e degli interessi umani.

Le regole restitutorie *tout court*, a prescindere dalla tecnica applicativa, sembrano trovare nell'esigenza di corretta allocazione delle risorse la loro ragione d'essere. Sembra, in altri termini, che la logica privatistica si adoperi perchè a ciascuno sia garantito "il suo", nell'ambito di una generale e imprescindibile necessità di giustizia, che non può consentire di modificare in senso perequativo gli assetti distributivi della ricchezza concordati dai consociati, bensì deve garantire la stabilità degli impegni validamente assunti dalle parti, obbligandole a restituire quanto ricevuto indebitamente rispetto a quanto legittimamente convenuto nella regolamentazione dei loro rapporti.

*Unicuique suum*<sup>18</sup>, per l'appunto affermava Cicerone; mentre Ulpiano, considerato uno dei maggiori esponenti della dottrina giuridica romana, riteneva che: «*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*»<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Moscati, *Del pagamento dell'indebito*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, p. 98.

<sup>18</sup> Cicerone, *De natura deorum*, III, 15.

<sup>19</sup> Ulpianus, libro I, *Regularum*, in *Digesto*, lib. I, 10, 1.



Per il nostro ordinamento è necessario dunque che l'attribuzione di un diritto e l'assunzione di un obbligo siano giustificati da una causa valida, pena l'inefficacia dell'attribuzione e dell'obbligo con la conseguente nascita dell'obbligo restitutorio di ciò che fosse già stato prestato.

La causa sembra essere quindi intesa come un limite posto all'autonomia privata dall'ordinamento, limite imposto nel tentativo di garantire l'equità e la razionalità degli scambi; e non ci si deve meravigliare se nell'antichità la causa è stata assunta a parametro di valutazione etica di ogni fenomeno giuridico.

Così la circostanza è mirabilmente descritta da uno dei più grandi giuristi del Trecento: «*in omni eo quod agendum est causa requiritur...nihil etiam Deus agit in terra sine causa*»<sup>20</sup>. Ratio ed etica trovarono quindi sin dal passato una naturale correlazione con la causa, quale ragione giustificativa degli spostamenti patrimoniali.

#### **6. L'art. 2035 cod. civ.: una lettura in chiave di analisi economica del diritto**

Interessanti spunti di riflessione vengono offerti dallo studio dell'art. 2035 cod. civ., norma considerata da una parte della dottrina eccezione al principio della ripetibilità dell'indebito oggettivo<sup>21</sup>.

L'art. 2035 cod. civ. stabilisce che: «*Chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume non può ripetere quanto ha pagato*». La norma disciplina l'ipotesi per cui se il *solvens* esegue una prestazione per uno scopo contrario al buon costume (ad es. per adempiere un contratto immorale) non può ottenere la restituzione di quanto ha eseguito<sup>22</sup>.

E' naturale porsi il dubbio se alla base della disposizione vi sia un'esigenza di moralità della quale dovrebbe farsi portatore il giudice. Si afferma che l'ordinamento giuridico non deve e non può tutelare chi non è degno, non rilevando che sia poi il *solvens* a sopportare le conseguenze dell'immoralità del contratto.

La regola comunque suscita non poche perplessità: ci si domanda infatti se sia giusto che una delle parti di un contratto immorale caducato possa trarne giovamento ritenendo la prestazione

---

<sup>20</sup> Luca Da Penne, *In Tres Libros*, Cod. 10, 55, I, *de his qui non impedi stip., ignominiae*, nn. 1, 2, 4.

<sup>21</sup> Rescigno, in *Novissimo dig. it.*, voce *Ripetizione dell'indebito*, p. 1225.

<sup>22</sup> Per un approfondimento si veda Carusi, *Contratto illecito e soluti retentio. L'art. 2035 cod. civ. tra vecchie e nuove immoralità*, Milano 1995.

eseguita dalla controparte. Il principio secondo cui a parità di comportamento immorale prevale colui che possiede è razionalmente alquanto debole. E' vero che chi paga per una causa turpe solitamente lo fa con consapevolezza e merita di perdere il diritto di ripetere ciò che ha pagato, ma non si capisce a quale titolo chi ha ricevuto la prestazione – ed è partecipe dell'immoralità dell'accordo – possa ritenerla.

Ed è analizzando le conseguenze dell'applicazione rigorosa della norma che aumentano i dubbi circa la "moralità" della soluzione legislativa adottata. La *soluti retentio* si risolve infatti in una cristallizzazione della situazione di fatto acquisita dall'*accipiens* in virtù della prestazione ricevuta e in questo modo il diniego della *condictio* finisce per tutelare l'immoralità dell'*accipiens* che quasi sempre è il soggetto meno meritevole di tutela e per convalidare gli effetti del contratto immorale.

Se la giustificazione della disposizione in termini di moralità appare poco convincente, altrettanto deve affermarsi circa altri tentativi svolti dalla dottrina per giustificare la disposizione normativa in esame.

Non sembra attendibile infatti la spiegazione offerta da coloro che interpretano la regola di cui all'art. 2035 cod. civ. quale comminazione di una pena privata nei confronti del *solvens*<sup>23</sup>. A tale affermazione è agevole e opportuno replicare che, in una logica sanzionatoria, non una sola ma entrambe le parti di un contratto immorale dovrebbero meritarsela, essendo state partecipi dell'immoralità.

Seguendo invece un approccio orientato all'analisi economica del diritto - e tralasciando quindi i criteri di ricostruzione orientati su di un dato di giustizia ed equità - ci si deve chiedere se la regola è razionale rispetto al fine di ridurre la convenienza della stipulazione dei patti illeciti e specialmente dei patti immorali, e quindi disincentivarli.

Preliminarmente occorre ricordare che nel caso in cui venisse dichiarata la nullità di un contratto in conseguenza della sua illiceità perché contrastante con norme imperative, le parti avrebbero diritto di ripetere ciò che è stato da loro già eseguito. Nel caso, invece, di contratto nullo perché immorale, chi ha eseguito la prestazione non ha diritto di ripeterla operando il disposto di cui all'art. 2035 cod. civ. Il nostro codice civile quindi distingue tra illegalità e immoralità: è restituibile la prestazione soltanto illecita, non è restituibile la prestazione immorale.

---

<sup>23</sup> Panza, *Buon costume e buona fede*, pp. 297-298.



Occorre ora verificare se la regola di cui all'art. 2035 cod. civ. sia davvero disincentivante a stipulare accordi immorali e per farlo ricorriamo all'analisi costi-benefici<sup>24</sup>.

Cerchiamo di collocarci dal punto di vista di colui che si appresta ad eseguire un contratto immorale. Se le prestazioni delle parti sono eseguite simultaneamente e contestualmente alla conclusione dell'accordo, lo scambio illecito resterà fermo e colui che si appresta ad eseguire, avvalendosi del contestuale adempimento della controparte, non ha ragione di temere di essere svantaggiato perché sa che non potrà ripetere ciò che ha prestato, ma ha la consapevolezza di trattenere ciò che ha ricevuto in cambio.

La questione è differente se una prestazione contrattuale deve essere eseguita prima dell'altra. In tale caso, colui che deve eseguire per primo la prestazione corre il rischio di non ottenere la controprestazione, qualora la sua controparte contrattuale non adempia, e di non poter ripetere altresì ciò che ha già prestato.

Inoltre, ponendoci ora dalla visuale di chi riceve per primo la prestazione non si può non considerare che: *«Per chi riceve sarà preferibile tenersi la prestazione che rispettare un patto scomodo. La fuga dal contratto scellerato pertanto non è soltanto favorita, a parte l'idealistica ipotesi di un sincero e disinteressato pentimento, dal sopraggiungere di un fatto imprevisto che renda poco conveniente lo scambio, ma anche da un brutale calcolo di convenienza o dalla mancanza di certezza sul comportamento della controparte»*<sup>25</sup>.

Si crea pertanto un problema di scelta del comportamento da adottare e colui che deve scegliere è "spinto" a seguire strategie prudentziali, ed è palese che una scelta prudentziale non può contemplare il rischio di eseguire una prestazione che non è possibile ripetere nel caso in cui il contratto venga sanzionato.

I giudizi di valore non sono soddisfacenti a spiegare la scelta del legislatore perché è palese che: *«Chi ha conseguito i vantaggi proibiti della prestazione turpe può trarre profitto dalla nullità, con l'avallo del diritto, al solo fine di speculare ulteriormente ai danni altrui: a parità di turpitudine, almeno quanto alle intenzioni, il contraente pentito (ove il termine sia usato in tutta la sua, spesso opportunistica, gamma di ambigui significati) può trovarsi nella condizione di abusare del contraente fedele»*<sup>26</sup>

In questa prospettiva, fallita la ricostruzione in termini di giustizia e di moralità, prende corpo una diversa giustificazione

---

<sup>24</sup> Si veda Villa, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione. Una analisi economica*, in *Quadrimestre*, 1992, p. 60 ss.

<sup>25</sup> Breccia, *Il contratto in generale*, In *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, vol. XIII, tomo III, p. 315-316.

<sup>26</sup> Breccia, cit., p. 317.

dell'irripetibilità *ex art.* 2035 cod. civ., non più ancorata a giudizi di valore bensì orientata ai diversi calcoli di convenienza dei soggetti.

Se al contraente viene negato il diritto di ripetere quanto ha prestato, egli sa a priori che, oltre a poter non ottenere quanto si sarebbe aspettato in virtù del contratto, potrebbe perdere persino ciò che ha già eseguito. Tale consapevolezza ha l'effetto di disincentivare i contraenti a stipulare contratti immorali.

La resistenza a stipulare contratti immorali è quindi favorita da un calcolo di convenienza: se non si ha certezza del comportamento futuro della controparte, si sarà restii ad eseguire un contratto che presenta il rischio di perdere definitivamente la propria prestazione.

### ***7. L'art. 2035 cod. civ. tra scelte di valore e analisi economica del diritto***

E' stato osservato<sup>27</sup> che in molti casi, una volta fallita la funzione "dissuasiva" dell'art. 2035 cod. civ., il diritto alla restituzione non dovrebbe essere negato a priori, sebbene la lettura dell'articolo in esame sembrerebbe imporlo.

L'osservazione si fonda – seppure con le dovute cautele evidenziate dall'Autore – sull'esistenza nel nostro ordinamento di alcune clausole generali (tratte da un coordinamento con la normativa di buona fede e di correttezza e con il divieto dell'arricchimento ingiustificato: artt. 1175 e 2041 cod. civ.) che dovrebbero prendere in considerazione tanto la posizione di chi reclama la restituzione della prestazione non dovuta quanto la posizione di colui che trattenga la prestazione ricevuta. In altri termini si tratterebbe di individuare nel caso singolo la soluzione più equa possibile per arrivare ad una composizione degli interessi in conflitto.

La tesi, sebbene suggestiva, va inquadrata in una prospettiva *de iure condendo*, ostando a tale interpretazione la chiara lettera dell'art. 2035 del nostro codice civile.

Tuttavia il limite a questa interpretazione, imposto dal tenore letterale dell'art. 2035 cod. civ., potrebbe essere aggirato agevolmente qualora i giudici interpretassero estensivamente la nozione di contratti illegali e restringessero correlativamente quella di contratti immorali, giacché nel nostro ordinamento vige la regola per cui è restituibile la prestazione illecita, mentre non è restituibile la prestazione immorale.

Sebbene la legge abbia voluto distinguere il contratto immorale dal contratto illegale o vietato, l'illegalità o la contrarietà all'ordine

---

<sup>27</sup> Breccia, cit., p. 327.



pubblico non escludono una ulteriore valutazione dell'atto in termini di immoralità al fine di impedire la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto. L'accertamento che un contratto sia contrario a norme imperative e quindi nullo per tale ragione (art. 1343 cod. civ.) non impedisce infatti un'autonoma valutazione dell'atto dal punto di vista della sua eventuale immoralità al fine di negare l'azione di ripetizione.

Più argomenti ipotizzano che quanto più le qualificazioni di illiceità e di immoralità risultino opinabili, tanto più il giudizio viene influenzato dall'opportunità di ammettere o di escludere la ripetizione in relazione al merito degli interessi in conflitto.

In tali circostanze i giudici saranno propensi a pronunciarsi per la ripetibilità o per l'irripetibilità in virtù di parametri difficilmente sindacabili e comunque assai incostanti: quando si vorrà ammettere la ripetizione si dirà che il contratto è solo illecito, e quando si avvertirà la necessità di impedire la ripetizione, invece, si dirà che il contratto, oltre ad essere illecito, è anche immorale.

Al riguardo è opportuno segnalare anche l'atteggiamento contraddittorio della dottrina, che da un lato si è battuta per l'accoglimento nel codice civile della regola in esame, e dall'altro lato si è sempre dimostrata propensa a ridurre sempre più i casi e i modi di applicazione<sup>28</sup>.

A riprova di tale considerazione, è opportuno ricordare che vi è chi ha sostenuto che la sfera del buon costume dovrebbe restringersi, in virtù dell'art. 21, ultimo comma, della Costituzione e all'art. 519 cod. pen. (articolo abrogato), alla sola materia delle prestazioni sessuali.<sup>29</sup>

Un approccio fedele all'analisi economica del diritto consente di svolgere un'ulteriore considerazione in merito alla regola di cui all'art. 2035 cod. civ. Infatti se, come si crede, *l'economic analysis of law* oltre a svolgere un compito assai importante ai fini della conoscenza delle ragioni che sono alla base delle regole giuridiche e degli effetti che determinano sulla allocazione delle risorse, offre altresì uno strumento per l'analisi e la valutazione critica del diritto vigente, allora non si può fare a meno di osservare che, in virtù di quanto disposto dall'art. 2035 cod. civ., l'ordinamento preferisce destinare i propri mezzi e le proprie risorse nel consentire di recuperare ciò che è stato prestato in virtù di un contratto illecito piuttosto che in virtù di un

---

<sup>28</sup> L'osservazione è di P. Rescigno, *In pari causa turpitudinis*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 57.

<sup>29</sup> Barbiera, *Ingiustificato arricchimento*, pp. 271-272.

contratto immorale, quando dell'immoralità partecipi anche chi ha eseguito la prestazione.

Il nostro ordinamento quindi ritiene di azionare la “macchina della giustizia” – sostenendo i costi necessari all’attuazione delle regole in materia di restituzioni – in presenza di un contratto illecito, non utilizzando i propri apparati per permettere di ripetere quanto si è eseguito in virtù di un contratto immorale.