

RESPONSABILITÀ MEDICA E RESTITUZIONE DEL COMPENSO: PRECISAZIONI IN TEMA DI RESTITUZIONI CONTRATTUALI

Daniele Maffei
Professore Associato di Diritto Privato nell'Università di Brescia
Avvocato in Milano

Commento a Trib. Roma 1 luglio 2004 in Il Caso.it
(www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/197-TROMA-AL-01-07-05.htm)

Il caso

Un dentista esegue su un paziente diverse estrazioni di denti ed installazioni di impianti e protesi.

Gli interventi, benché di non speciale difficoltà, non hanno successo, anzi pregiudicano la corretta funzionalità stomatologica del paziente.

Il paziente evoca il medico in giudizio chiedendo la risoluzione del contratto, il risarcimento del danno e la restituzione del compenso versato.

Il Tribunale di Roma accerta la responsabilità professionale del medico e lo condanna al risarcimento del danno ma, pur ravvisandone i presupposti, omette di statuire sulla domanda di risoluzione e nega al paziente la restituzione del compenso.

Paziente contro dentista: i precedenti

Fino a ieri, chi avesse cercato nella giurisprudenza la risposta alla domanda se il dentista che esegue un'operazione errata debba restituire il compenso ricevuto, avrebbe trovato una risposta semplice.

In conformità all'insegnamento della Corte di cassazione ¹, due recenti sentenze di merito, del Tribunale di Milano ² e del Tribunale di Varese ³, statuiscono che il dentista che abbia installato una protesi dentaria viziata o che abbia eseguito un'errata mastoplastica additiva "è obbligato a restituire il compenso" ⁴. Si tratta di statuizioni che i giudici di merito non ritengono di dover motivare con argomenti raffinati ma con semplici considerazioni di buon senso (il compenso "non" è "meritato" ⁵) o con il generico richiamo alla responsabilità contrattuale (il compenso per una prestazione medica rivelatasi inutile anzi dannosa costituisce una perdita patrimoniale che rientra nel danno ingiusto ⁶). Ed infatti, per regola generale il contraente non inadempiente, che abbia pagato, ha diritto, in caso di risoluzione, alla ripetizione del corrispettivo ⁷.

¹ Cass., 16 ottobre 1995, in E. Protetti – C. Protetti, *Medici e biologi nella giurisprudenza*, Milano, 1998, pag. 315.

² Trib. Milano, 24 giugno 1999, in *Corr.giur.*, 2000, pagg. 374 ss.

³ Trib. Varese, 5 novembre 2001, in *Resp.civ.prev.*, 2002, pag. 1135.

⁴ Trib. Varese, 5 novembre 2001, *cit.*, pag. 1135.

⁵ Trib. Milano, 24 giugno 1999, *cit.*, pag. 376.

⁶ Trib. Milano, 24 giugno 1999, *cit.*, pag. 376; Cass., 16 ottobre 1995, *cit.*, pag. 315.

⁷ Regola generale richiamata in materia di inadempimento contrattuale, fra gli altri, da A. Luminoso, *Risoluzione per inadempimento*, in A. Luminoso – U. Carnevali – M. Costanza, *Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca a cura di F. Galgano*, Bologna – Roma, 1990, pag. 409.

Paziente contro dentista: la novità della sentenza in commento

Il Tribunale di Roma adotta una decisione la cui motivazione è anch'essa, inizialmente, non problematica.

All'accertamento dell'inadempimento della prestazione professionale, ritenuta di non speciale difficoltà, segue la statuizione della responsabilità del dentista (omesso il medio della pronuncia della risoluzione del contratto)⁸. Il richiamo al combinato disposto degli artt. 1176, 1218 cod.civ., da un lato, e dell'art. 2236, dall'altro, appare semplice e lineare, come l'applicazione della regola che pone a carico del convenuto l'onere della prova di avere adempiuto⁹. Vi è poi, veloce e fluente, la consueta articolazione del danno nelle diverse voci, con la conseguente quantificazione¹⁰.

Quando il giudice unico giunge ad esaminare la domanda di restituzione del compenso, che segue alla risoluzione del contratto per inadempimento, la motivazione della sentenza diventa improvvisamente faticosa.

Il giudice, nell'esercizio del potere-dovere di qualificazione della domanda¹¹, riconosce che "la domanda *potrebbe* (il corsivo è mio) essere qualificata come risarcitoria per il danno costituito da un esborso di denaro rivelatosi inutile (o senza causa) in ragione dell'esito negativo della prestazione".

"Potrebbe", come dire: è secondo la regola giurisprudenziale consolidata, che però non soddisfa il giudice, il quale qualifica la domanda come restitutoria¹² e, a questo punto, scrive, inaspettate, quattro pagine complicate di motivazione, dense di nozioni dotte – articolate nei diversi passaggi, che stiamo per esaminare – per concludere che il dentista non deve restituire il compenso ricevuto.

⁸ Si tratta di inadempimento contrattuale e non di illecito aquiliano; si veda G. Visintini, *Trattato della responsabilità civile*, Padova, 1999, pagg. 235 ss. Sottolinea che la qualificazione in termini di inadempimento o di illecito aquiliano non conduce ad una diversa quantificazione del danno risarcibile G. Alpa, *La responsabilità civile*, Milano, 1999, pag. 722.

⁹ In conformità all'insegnamento di U. Carnevali, *Risoluzione per inadempimento*, in A. Luminoso – U. Carnevali – M. Costanza, *Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca a cura di F. Galgano*, Bologna – Roma, 1990, pagg. 73 ss. ed alla recente presa di posizione di Cass., Sez.Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Contratti*, 2002, pagg. 113 ss. con nota adesiva di U. Carnevali, *Inadempimento e onere della prova*, pagg. 118 ss. Critica sulla presa di posizione della Suprema Corte G. Visintini, *La suprema corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Contr.impr.*, 2002, pagg. 903 ss.

¹⁰ Alla restituzione del compenso si aggiunge il risarcimento del danno, articolato nelle varie voci, sulle quali non ci soffermiamo qui, limitandoci ad un rinvio alle trattazioni specialistiche: ampia e meditata trattazione in P.G. Monasteri, *La responsabilità civile*, in *Trattato Sacco*, Torino, 1998, pagg. 751.ss. Si veda anche P. Iamiceli, *Responsabilità del medico dipendente: interessi protetti e liquidazione del danno*, in *Corr.giur.*, 2000, pagg. 376 ss. Sul danno non patrimoniale ora G. Ponzanelli (cur.), *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, Padova, 2004.

¹¹ Che discende dal principio *iura novit curia: ex plurimis* Cass., 10 febbraio 2000, n. 1461, in *Foro it.*, *Rep.* 2000, voce "Procedimento civile", n. 193.

¹² La qualificazione della domanda come restitutoria invece che risarcitoria potrebbe rivelarsi importante una volta che il professionista, condannato a pagare il cliente, pretenda di ottenere il pagamento dell'indennità dalla propria compagnia assicurativa, la quale potrebbe opporgli che l'assicurazione copre il risarcimento, appunto, non le restituzioni.

Nel panorama delle sentenze in materia di responsabilità del dentista, è una novità. Oggi, a differenza di ieri, il paziente che soffre dei postumi di cattive prestazioni mediche sa che può ottenere il risarcimento del danno – per le spese sostenute, diverse dal compenso, per le spese future, anche per i pregiudizi non patrimoniali – ma sa anche che, se ha pagato il compenso, non ne otterrà la restituzione. Con il che la declamazione che egli ha diritto al risarcimento del danno gli sembrerà un po' beffarda, soprattutto se – come nel caso di specie – il danno gli sarà liquidato in misura pressoché identica al compenso versato¹³.

Il compenso versato, tra risarcimento e restituzione

Conviene articolare l'esame della motivazione in due momenti.

La questione che si agita è se, avendo il medico eseguito una cattiva prestazione, e statuendosi per questo la risoluzione del contratto, il paziente abbia diritto alla restituzione del compenso versato¹⁴.

Tuttavia, questione preliminare è se la restituzione del compenso costituisca astrattamente un danno risarcibile (cfr. art. 1218 cod.civ.) ovvero se costituisca una prestazione oggetto di restituzione secondo le regole delle c.d. restituzioni contrattuali, cioè delle regole speciali che disciplinano le restituzioni che seguono allo scioglimento, come all'invalidità, del contratto (cfr. artt. 2033, 1463, 1422 cod.civ.)¹⁵.

Sul punto, la presa di distanza del Tribunale di Roma dalle affermazioni non problematiche ricorrenti nella giurisprudenza di merito e di legittimità¹⁶ circa la natura di danno dell'“esborso rivelatosi inutile” appare, ad una prima lettura, certamente condivisibile perché, con questa presa di distanza, il Tribunale di Roma mostra di

¹³ Nel caso deciso dalla sentenza in commento al paziente che aveva pagato un compenso di € 10.329 è liquidato un danno pari ad € 12.532.

¹⁴ Le domande di risoluzione e le domande di ripetizione sono cumulabili – in via di cumulo condizionato improprio (C. Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, Padova, 1985, I, pag. 286) – nel medesimo giudizio; sul punto da ultimo D. Maffeis, *Un problema in tema di invalidità o scioglimento del contratto eseguito: la prescrizione delle azioni di ripetizione*, in *Riv.dir.priv.*, 2001, pagg. 653 ss. e già G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, pagg. 1129 ss.; L. Mengoni, *Gli acquisti “a non domino”*, III ed., Milano, 1975, pag. 267; P. Schlesinger, *Mancanza dell'effetto estintivo della novazione oggettiva*, in *Riv.dir.civ.*, 1958, I, pag. 364.

¹⁵ Sulla categoria, dottrinale, delle restituzioni contrattuali: R. Sacco, *Concordanze e contraddizioni in tema di inadempimento contrattuale (una veduta d'insieme)*, in *Eur.dir.priv.*, 2001, pag. 149 il quale concepisce la “ripetizione contrattuale” come “una generalizzazione della regola enunciata nell'art. 1492”; A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, III ed., Milano, 2001, pag. 328 il quale sottolinea il carattere problematico, per larghi versi, della combinazione delle regole in tema di invalidità e, soprattutto, di scioglimento del contratto, con le regole in tema di ripetizione dell'indebito (e di arricchimento senza causa); P. Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Trattato Sacco*, Torino, 1996, pagg. 151 ss.; D. Maffeis, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999, pagg. 9 ss. e Id., *Un problema in tema di invalidità o scioglimento del contratto eseguito*, cit., pagg. 653 ss.

¹⁶ Cass., 16 ottobre 1995, cit., pag. 315; Trib. Milano, 24 giugno 1999, cit., pag. 376; Trib. Varese, 5 novembre 2001, cit., pag. 1135.

recepire le critiche che la migliore dottrina da tempo rivolge alla tendenza, diffusa fra i giudici, a “caricare le restituzioni di funzioni e valenze risarcitorie”¹⁷.

Tuttavia, non appena si cala l’affermazione del Tribunale nel contesto della motivazione, ci si avvede che, quando si tratta del compenso versato in esecuzione di un contratto inadempito, la qualificazione in termini di risarcimento o restituzione è neutra e che le affermazioni non problematiche ricorrenti nella giurisprudenza circa la natura di *danno dell’esborso del compenso* potrebbero forse essere discusse sul piano di una corretta qualificazione¹⁸, ma conducevano ad una corretta soluzione. Ed infatti, quelle sentenze argomentavano che l’esborso sarebbe una voce del danno, ma finivano per attribuire all’attore un rimedio squisitamente restitutorio: la ripetizione della prestazione indebitamente eseguita¹⁹.

Pertanto, la presa di distanza del Tribunale di Roma dalle affermazioni non problematiche e forse apparentemente semplicistiche ricorrenti nella giurisprudenza è, a ben guardare, da valutare con cautela ed attenzione, visto che, al di là delle argomentazioni dotte, costituisce la premessa del diniego, all’attore, del rimedio restitutorio.

Si sarebbe tentati di dire che quella del Tribunale di Roma, che nega la natura di risarcimento ed opta per la natura di restituzione, è un’argomentazione orientata alle conseguenze, la conseguenza – *voluta* dal giudice – essendo per l’appunto il diniego della restituzione del compenso versato.

Eppure non è facile pensare così. La sentenza non rivela, non lascia intravedere né intuire un orientamento, una preferenza del giudice, un’idea portante.

Indipendenza o corrispettività fra le prestazioni restitutorie

¹⁷ Così A. Di Majo, *La tutela civile, cit.*, pag. 330.

¹⁸ U. Mattei, *I rimedi*, in G. Alpa *et alii*, *Il diritto soggettivo*, in *Trattato Sacco*, Torino, 2001, pag. 163 sottolinea molto efficacemente come sia del tutto normale che, in diverse fattispecie, le restituzioni possano costituire una voce del danno risarcibile.

¹⁹ L’attribuzione al rimedio restitutorio delle “funzioni e valenze risarcitorie”, denunciata da A. Di Majo, *La tutela civile, cit.*, pag. 330 non riveste importanza puramente teorica quando si tratta non già di stabilire se debba essere restituito il compenso bensì di determinare il momento di decorrenza dei frutti e degli interessi sulla prestazione restituendo. Essa riguarda dunque la diversa questione dell’equiparazione tra contraente inadempiente ed *accipiens* di mala fede ai sensi dell’art. 2033, ultima parte cod.civ. Sul tema si vedano, oltre allo stesso A. Di Majo, *Risoluzione del contratto ed effetti restitutori: debito di valore o di valuta ?*, in *Corr.giur.*, 1993, pag. 322, anche F. Delfini, *Risoluzione per inadempimento, restituzioni e principio nominalistico*, in *Contratti*, 1993, pag. 151 nonché G. Guizzi, *La configurazione dell’obbligazione restitutoria come debito di valuta nella dialettica risoluzione-risarcimento: per una rilettura della teoria generale della risoluzione per inadempimento*, in *Giur. comm.*, 1994, I, pag. 744.

Il Tribunale di Roma esordisce, nella parte di motivazione che riguarda la domanda di restituzione del compenso versato, delineando i tratti di quella che è presentata come una distinzione fra le due teorie che si contenderebbero il campo nella materia delle restituzioni contrattuali ²⁰.

Secondo la prima teoria, le obbligazioni restitutorie sarebbero indipendenti l'una dall'altra, con la conseguenza che l'impossibilità di restituzione di una delle prestazioni non avrebbe effetti sull'altra. Secondo l'altra teoria, invece, le obbligazioni sarebbero interdipendenti, e così ciascuna parte non sarebbe tenuta a restituire la prestazione ricevuta se non nella misura in cui anche l'altra parte sia in grado di fare altrettanto.

La distinzione è prospettata sull'assunto che, nel caso di specie, ci si trovi in presenza dell'impossibilità di restituzione di una delle prestazioni eseguite, precisamente dell'impossibilità da parte del paziente di restituire la prestazione di fare ricevuta (consistente nelle cattive cure mediche fornite dal dentista).

Questa parte di motivazione della sentenza riproduce alla lettera, in maniera disorganica, diversi brani – consistenti in resoconti di opinioni dottrinali o in trascrizioni di soluzioni di altri ordinamenti o di recenti modelli persuasivi – di un volume che costituisce da anni un classico nella materia dei rimedi civilistici ²¹. Siamo in presenza di un uso giurisprudenziale assai poco ragionato della comparazione giuridica ²².

Va osservato subito che il modello dell'indipendenza reciproca fra le obbligazioni restitutorie, che il Tribunale di Roma presenta come recessivo, è esattamente quello accolto, secondo la dottrina dominante, dal nostro codice civile e che appare costantemente applicato dalla giurisprudenza.

La disciplina applicabile alle restituzioni contrattuali è infatti individuata nelle norme sulla ripetizione dell'indebito (artt. 2033 ss.), o, secondo la giurisprudenza, per la ripetizione delle prestazioni di fare, nelle norme sull'arricchimento senza causa (artt. 2041 s. cod.civ. ²³). La regola è che il contraente che ha eseguito una prestazione non

²⁰ La materia delle restituzioni contrattuali, a causa delle scelte sistematiche del legislatore del 1942, che ha disciplinato distintamente ed autonomamente i vizi del contratto ed i rimedi restitutori, è da sempre al centro di incertezze dottrinali. Fra i saggi sul tema si segnalano S. D'Adda, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, in *Riv.dir.civ.*, 2000, II, pagg. 529 ss.; A.M. Bruni, *Contributo allo studio dei rapporti tra azioni di caducazione contrattuale e ripetizione di indebito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, pagg. 173 ss.; G. Maresca, *Impossibilità della restituito in integrum e risolubilità, rescindibilità, annullabilità del contratto*, in *Riv.dir.civ.*, 1977, II, pagg. 78 ss.

²¹ Mi riferisco naturalmente ad A. Di Majo, *La tutela civile*, cit., pagg. 328 s.; 330 s.; 332 s.; cfr. anche pagg. 309 s.; 223.; 334.

²² Un uso giurisprudenziale della comparazione giuridica fatto, come è consueto alla nostra giurisprudenza, con il "filtro della dottrina autoctona": così A. Gambaro, *Il diritto comparato nelle aule di giustizia ed immediati dintorni*, in AA. VV., *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, XV seminario della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile tenutosi a Milano in data 29 novembre 2003, Milano, 2004, pag. 8.

²³ La tendenza della giurisprudenza a richiamare la disciplina dell'arricchimento senza causa, tuttavia attribuendo al *solvens* un rimedio di contenuto identico a quello predisposto dall'art. 2033 – consistente, cioè, nel riconoscimento del valore di mercato della prestazione eseguita – è analizzata a più riprese da D. Maffei, *Contratti illeciti o immorali*, cit., pagg. 60 s.; Id., *Un problema in tema di invalidità o scioglimento del contratto eseguito*, cit. pagg. 653 ss; Id., "Attività "riservate" e prestazione del soggetto non iscritto, tra privilegi corporativi e concorrenza", in *Corr.giur.* 2004,

dovuta – *ciascuno* dei contraenti –, una volta che alleghi e provi la mancanza od il venir meno del titolo e l'esecuzione della prestazione, ha diritto alla restituzione²⁴.

Per converso, l'interdipendenza fra le obbligazioni restitutorie risulta assai di frequente evocata dalla dottrina, ma ad oggi non può considerarsi convincentemente dimostrata se è vero che il richiamo ad essa è costantemente effettuato o con il mero intento di fornire un'illustrazione completa della storia del problema e del modo come essa è vissuta ed affrontata nei diversi ordinamenti – soprattutto, dando conto della *Saldotheorie* già diffusa, e criticata, in Germania, nel dibattito intorno alla portata dell'art. 351 BGB²⁵ – oppure in toni chiaramente dubitativi²⁶.

Né sembra condivisibile l'accento – contenuto nella sentenza – ad una pretesa applicazione alle restituzioni contrattuali delle regole dettate dal codice civile per le prestazioni corrispettive, che siano divenute integralmente o parzialmente impossibili (art. 1463 s.cod.civ.). Quest'idea non è nuova nella dottrina italiana. Una non recente dottrina argomentava che “la restituzione di una delle prestazioni ha il suo presupposto nella restituzione dell'altra” per affermare “la possibilità, per ciascuna delle parti, di opporre alla controparte una eccezione analoga alla *exceptio inadimpleti contractus*, un'eccezione (...) che rientra nel più vasto principio: *inadimplenti non est adimplendum*, riguardante la facoltà di rifiutare la dovuta restituzione, se l'altra parte non è, a sua volta, pronta a restituire (vedi, per analogia, l'art. 1460)”²⁷. Ed è stato autorevolmente ribadito, sulla scia di un antico insegnamento²⁸, che muovendo dalla natura negoziale del

pagg. 260 ss. In tema, con specifico riferimento all'aspetto qui in esame, attinente alla conformazione del contenuto della prestazione restitutoria, si vedano anche C.M. Bianca, *Il contratto*, Milano, 2000, pag. 630 nonché di recente U.A. Salanitro, *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Milano, 2003, pag. 65.

²⁴ In dottrina A. Di Majo, *La tutela civile*, cit., pag. 309; U. Breccia, voce *Indebito (Ripetizione dell')*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, s.d., ma Roma, 1989, pag. 4; Moscati, in *Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Bologna – Roma, 1981, pag. 88. In giurisprudenza Cass., 1 agosto 2001, n. 10498, in *Foro it., Rep. 2001*, voce “Obbligazioni in genere”, n. 31; Cass., 4 febbraio 2000, n. 1252, in *Foro it., Rep. 2000*, voce “Indebito”, n. 3; Cass. 13 aprile 1995, n. 4268, in *Foro it., Rep. 1995*, voce “Indebito”, n. 10; Cass., 24 novembre 1981, n. 6245, in *Foro it., Rep. 1981*, voce “Indebito”, n.4.

²⁵ W. Flume, *Die Saldotheorie una die Rechtsfigur der ungerechtfertigter Bereicherung*, in *Arc. Civ. Praxis*, 1994, pagg. 427 ss.

²⁶ Sono emblematiche le trattazioni di A. Di Majo, *La tutela civile*, cit., pagg. 332 ss. (e Id., *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1994, pagg. 296 ss. nonché *Causa e imputazione negli atti solutori*, ne *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, pag. 518) e di P. Gallo, *Arricchimento senza causa*, cit., pag. 155. Il migliore panorama storico e comparatistico si trova in R. Sacco, *Concordanze e contraddizioni in tema di inadempimento contrattuale*, cit., pagg. 148 ss. cui adde Id., R. Sacco, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, II, Torino, 2004, pag. 672.

²⁷ Rug. Luzzatto, *Le obbligazioni nel diritto italiano*, Torino, 1950, pagg. 176, 177.

²⁸ G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, pag. 71: “(L'obbligo di restituzione) è logicamente imposto dalla necessità di sopprimere ogni effetto provocato dal negozio nullo e di ristabilire fra le parti lo status quo ante”; l'idea affondava le radici nell'opinione di R. Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936; il quale scriveva (pag. 213) che “L'efficacia normale dell'adempimento del terzo può (...) essere profondamente alterata per vizi che, pur non incidendo direttamente sull'attività negoziale del solvens e del creditore ma sul presupposto di essa, ossia sul rapporto obbligatorio preesistente, impediscono che si attui la funzione obbiettiva cui il

pagamento dell'indebito debba attribuirsi natura contrattuale allo scambio delle prestazioni effettuate indebite da entrambi i contraenti sulla base di un contratto nullo, con la conseguente applicabilità delle norme che concernono la sopravvenuta impossibilità parziale o totale della prestazione”²⁹. Queste idee, tuttavia, non sono mai penetrate nella giurisprudenza, la quale somministra una regola perfettamente contraria, argomentando che “poiché il mezzo di autotutela, predisposto mediante l’eccezione d’inadempimento di cui all’art. 1460 c.c., è applicabile ai contratti con prestazioni corrispettive e (...) non ai casi diversi ed analoghi, esso non può essere invocato nella fattispecie, in cui le obbligazioni delle parti discendono dal principio dell’indebito oggettivo, generalmente posto dall’art. 2033”³⁰.

Per parte sua, la giurisprudenza non ha che raramente mostrato di aver riguardo ad un’interdipendenza fra le obbligazioni e, quando lo ha fatto, si trattava della ripetizione di prestazioni – di fare³¹ o far godere³² –, eseguite in adempimento di contratti, non già inadempiti, bensì nulli. Ed in particolare siffatto profilo – l’essere, cioè, il carattere indebito delle prestazioni, dipendente da invalidità, invece che da scioglimento, del contratto – è tutt’altro che trascurabile. Basti pensare, al riguardo, che la stessa *Saldotheorie*, che costituisce il modello archetipico al quale dichiaratamente il Tribunale di Roma si ispira, è stata concepita non già per i casi in cui il contratto *divenga* inefficace, ad esempio perché risolto per inadempimento, bensì per i casi in cui sia inefficace *ab origine* perché invalido ed in cui quindi le prestazioni erano *non dovute* già

negozio è destinato (...). La conseguenza di ciò sarà, che, quando tale funzione rispetto al rapporto obbligatorio preesistente non si possa esplicare per vizi che inficiano questo, l’attribuzione patrimoniale perde il suo sostegno, e quindi bisogna aprire al terzo l’adito a ripetere la prestazione eseguita. Ma qui a favore del terzo soccorre non più la *condictio indebiti*, ma un rimedio più energico, non soggetto alle limitazioni della prima, e cioè la *condictio sine causa* secondo la disposizione generale dell’art. 1237. Tale *condictio* spetterà al solvens non solo se il rapporto obbligatorio, in cui egli ha creduto di intervenire, sia inesistente di fatto, ma anche se il rapporto derivi da un negozio giuridico radicalmente nullo”.

²⁹ P. Rescigno, *voce Ripetizione dell’indebito*, in *Noviss.dig.it.*, s.d. ma Torino, 1957, pag. 1235. Secondo U. Breccia, *La ripetizione dell’indebito*, cit., pag. 471: “l’indicazione di cui all’art. 2037 assume una luce nuova sicché il riferimento ai limiti dell’arricchimento potrà talora saldarsi a criteri desumibili dalle norme degli artt. 1463 e 1464 c.c., per l’ipotesi in cui la prestazione corrispettiva (qui la *condictio* corrispettiva) sia diventata in tutto o in parte impossibile”. Si legge già in G. Gorla, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, pag. 291: “secondo il principio che il rischio è del debitore, è da dire che, se l’una delle restituzioni si rende impossibile per caso fortuito, la parte che la doveva perde il diritto alla controrestituzione”. Secondo F. Realmonte, *voce Eccezione di inadempimento*, in *Enc. dir.*, s.d. ma Milano, 1965, pag. 227 al richiamo della nota 26 e nella nota stessa che “l’eccezione di inadempimento sarà opponibile relativamente a tutte quelle obbligazioni nascenti da una sentenza di annullamento o di risoluzione alle quali sarebbe stata opponibile se avessero avuto fonte contrattuale”.

³⁰ Cass., 11 novembre 1992, n. 12121, in *Foro it., Rep. 1992*, v. “Indebito”, n. 11. *Adde* Cass., 28 ottobre 1991, n. 11469, in *Foro it., Rep. 1991*, v. “Contratto in genere”, n. 394. *Contra*, ma in applicazione dell’art. 1493 cod.civ., Cass., 23 aprile 1980, n. 2678, in *Banca borsa tit. cred.*, 1981, II, pag. 145.

³¹ Cass., 30 gennaio 1990, n. 638., in *Giur. agr. it.*, 1990, I, pag. 550.

³² Cass., 3 maggio 1991, n. 4849, in *Giur.it.*, 1991, I, 1, col. 1314; Cass., 6 maggio 1966, n. 1168, in *Foro it.*, 1966, coll. 1249 - 1253.

nel momento in cui erano eseguite³³ ed è nozione indiscussa fra i sostenitori della teoria del saldo, che “non (è) senza rilievo che l’inefficacia del contratto dipenda da una o piuttosto da altra causa”³⁴.

Possiamo quindi affermare che nel nostro sistema *non vige* la regola della sinallagmaticità delle obbligazioni restitutorie.

Il postulato dell’impossibilità di restituzione della prestazione di fare: critica

La ragione per la quale, a mio avviso, non è opportuno accogliere l’idea di una regola di interdipendenza fra le obbligazioni restitutorie, risiede nell’erroneità della premessa posta alla base di queste teorie, la premessa, cioè, secondo la quale la prestazione restitutoria sarebbe, talora, in tutto o in parte, impossibile.

Questa premessa è erronea, perché, per scongiurare l’arricchimento senza causa dell’*accipiens*, nei casi in cui questi non può restituire *materialmente*, è sufficiente che la restituzione avvenga *per equivalente*, ed il contenuto della prestazione restitutoria rifletta il valore di mercato della prestazione della cui restituzione si tratta.

Non osta che, come scrive in motivazione il giudice unico del Tribunale di Roma, la “prestazione professionale resa dal medico” sia “ontologicamente irripetibile”. Infatti, se ci si sposta dal piano ontologico al piano giuridico ci si avvede subito che la prestazione “ontologicamente irripetibile” è, giuridicamente, soltanto *materialmente* irripetibile, ma per ciò stesso essa è ripetibile *per equivalente*.

Per conseguenza: il contraente che, come nel nostro caso è accaduto per il dentista, abbia eseguito una prestazione di fare, può ripetere la prestazione eseguita, *per equivalente*³⁵; la regola è analoga a quella dettata dal paragrafo 818, 2 del BGB.

Una volta evidenziata l’erroneità della premessa, diviene superfluo aggiungere che l’idea che la pretesa restitutoria della controparte – nel nostro caso il paziente, *accipiens* della prestazione di fare e *solvens* della prestazione pecuniaria, per la restituzione della quale egli agisce – sia paralizzata a causa della pretesa impossibilità di restituzione della prestazione del medico, non è accettabile anche per l’ulteriore ed autonoma ragione che gli artt. 1463 e 1464 cod.civ. disciplinano l’impossibilità *sopravvenuta* della prestazione contrattuale dovuta, mentre, nel nostro caso, ove si ammettesse che l’impossibilità “ontologica” della prestazione restitutoria comporti impossibilità giuridica, egualmente dovrebbe prendersi atto che si tratterebbe di impossibilità, *non* sopravvenuta, bensì *originaria* (attenendo l’impossibilità alla natura stessa della prestazione, della cui

³³ P. Rescigno, *voce Ripetizione dell’indebito, cit.*, pag. 1234.

³⁴ P. Rescigno, *voce Ripetizione dell’indebito, cit.*, pag. 1234. Più in generale, i problemi di restituzioni contrattuali sono diversi, a seconda che si tratti di invalidità od invece di scioglimento del contratto eseguito: cfr. D. Maffei, *Un problema in tema di invalidità o scioglimento del contratto eseguito, cit.* pagg. 653 ss.

³⁵ D. Maffei, *Contratti illeciti o immorali, cit.*, pag. 60; A. Spadafora, *Profili dell’atto solutorio non dovuto*, Milano, 1996, pag. 119. Così già L. Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1948, pag. 373; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 1, Milano, 1954, VIII, ed. pag. 469.

restituzione si tratta): con conseguente insuscettibilità di applicazione, diretta o analogica, degli artt. 1463 e 1464 cod.civ.³⁶.

Del resto, il richiamo disorganico delle opinioni dottrinali e dei modelli persuasivi ha condotto il Tribunale ad una palese incoerenza, consistita nel richiamare, subito dopo la pretesa irrestituibilità “ontologica” della prestazione di fare, il suo esatto contrario, e cioè la piena ammissibilità della “restituzione anche delle prestazioni di *facere*”.

Restituzioni contrattuali e divieto generale di arricchimento senza causa

L’esigenza che il Tribunale di Roma dichiara di avvertire, e che lo induce a negare al paziente la ripetizione del compenso versato, è di evitare la restituzione di una prestazione (il compenso) in presenza della – pretesa – impossibilità di restituzione della controprestazione (la prestazione medica). Il sotteso principio sarebbe, sempre stando a ciò che il Tribunale esplicita in motivazione, quello della “corrispettività” delle obbligazioni restitutorie.

È facile però avvedersi che la “corrispettività” delle obbligazioni restitutorie non è configurabile alla stregua di un *principio* bensì, in astratto, ed ammesso che la si debba riconoscere, potrebbe, al più, essere concepita come una *regola tecnica*, al servizio di qualche altro principio³⁷.

Ebbene, quest’altro principio – che la sentenza, dotta ma fredda, non esplicita – non potrebbe essere che il principio che vieta l’arricchimento senza causa³⁸.

³⁶ Può osservarsi che, ove si ammettesse il sinallagma fra le restituzioni contrattuali, di dovrebbe ammettere sono soltanto l’applicazione della disciplina dell’impossibilità (sopravvenuta) della prestazione restitutoria e dell’eccezione di inadempimento, bensì anche l’applicazione della disciplina dell’eccessiva onerosità sopravvenuta, con la conseguenza, fra l’altro, di escludere anche per l’obbligazione restitutoria in denaro l’applicazione del principio nominalistico.

³⁷ La corrispettività fra le obbligazioni contrattuali – che è alla base degli artt. 1463, 1464 cod.civ. – è anch’essa alla base di un principio, che possiamo descrivere come il principio causale (si veda G. Santoro Passatelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981, pag. 199) o – con formula diversa, ma senza rilevanti differenze – della necessaria realizzazione delle funzione negoziale (A. Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, pag. 343). La trattazione sul tema è quella di G.G. Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, in particolare pag. 175. Si veda anche G. Gorla, *Del rischio e pericolo*, cit., pagg. 97 ss.; 109 ss.; 127 ss.

³⁸ Come è noto, sotto il codice del 1865 mancava un corrispondente dell’art. 2041 sicché il rimedio dell’ingiustificato arricchimento veniva riconosciuto sulla base di un principio generale il quale giungeva dalla tradizione romanistica. Gli artt. 2041 e 2042 del codice del 1942 hanno portata innovativa e non interpretativa del diritto previgente, dove l’indebito arricchimento costituiva un *autonomo* principio generale; Cass., 27 marzo 1947, n. 443, in *Foro it., Rep. 1947*, voce “Locupletazione”, n. 3: “Gli art. 2041 e 2042 c.c., relativi all’azione generale di arricchimento, non hanno natura interpretativa e non sono applicabili retroattivamente; tuttavia è da ritenere che anche sotto l’impero del codice civile del 1865 era ammissibile una azione di arricchimento, in base ai principi generali di diritto”. *Contra* Cass., 30 aprile 1947, n. 61, in *Foro it., Rep. 1947*, voce “Locupletazione”, n. 4: “Le disposizioni degli art. 2041, 2042 c.c. vigente hanno carattere chiarificativo, non innovativo. Già prima della entrata in vigore del predetto codice l’azione *de in rem verso*, o di arricchimento indebito richiedeva l’arricchimento senza giusta causa a danno di altro soggetto, e non era proponibile, quando il danneggiato potesse utilmente esercitare altra azione

Dunque, la sentenza non lo dice, ma essa applica al caso di specie una regola, ispirata all'esigenza di evitare che chi esercita l'azione di ripetizione si arricchisca ai danni dell'altra parte.

Questa esigenza è esplicitata nelle non numerose sentenze che – in casi di *nullità* del contratto, come abbiamo evidenziato sopra – hanno affermato un'interdipendenza fra le obbligazioni: ivi si legge che “può (...) essere d'ostacolo all'accoglimento della domanda (di ripetizione) la circostanza che ciò realizzerebbe un arricchimento senza causa in danno della parte che abbia ricevuto il pagamento, come corrispettivo d'altra prestazione da lui eseguita nell'ambito del regolamento d'interessi attuato dal contratto (nullo)”³⁹ e che “avendo (il conduttore) usufruito del godimento dell'immobile, la restituzione di quanto (da questi) versato al (locatore), a titolo di corrispettivo per tale godimento, avrebbe importato un inammissibile arricchimento senza causa in danno del (locatore)”⁴⁰.

Sembrerebbe a questo punto che non resti che affrontare il quesito, assai arduo già dalla sua stessa formulazione, se un divieto di arricchimento senza causa sia destinato ad operare, per paralizzare una, oppure entrambe le pretese restitutorie, a seguito dello scioglimento di un contratto eseguito *ex uno latere* o *ex utroque latere*.

Senonché, ad evidenziare che si tratterebbe di un quesito mal posto è l'assunto, sul quale abbiamo appena fatto chiarezza, secondo cui le prestazioni di fare, non restituibili in natura, sono restituibili per equivalente.

Da questo assunto discende che il contraente che abbia eseguito una prestazione contrattuale ed intenda ottenerne la restituzione può esercitare la pretesa restitutoria, in natura o per equivalente. Se ci si vuole esprimere in termini di divieto di arricchimento, si può formulare la regola dicendo che il modo come evitare un arricchimento a seguito della vicenda restitutoria è quello di proporre a propria volta la domanda restitutoria.

In particolare, il contraente che, come nel caso di specie è accaduto al paziente, abbia eseguito una prestazione pecuniaria può sempre ottenere la restituzione della prestazione eseguita. Né gli si può opporre che l'azione di risoluzione gli sarebbe preclusa non essendo egli in grado di restituire (materialmente) la prestazione⁴¹. Infatti, sull'altro versante, il contraente che, come il dentista nel caso di specie, abbia eseguito la prestazione medica, può sempre ottenere la restituzione per equivalente della prestazione (di fare) da lui eseguita, e lo può, sol che agisca per la restituzione, proponendo la domanda, ai sensi dell'art. 2033 cod.civ., di restituzione per equivalente⁴².

Restituzione per equivalente,

per evitare il pregiudizio, o per esserne indennizzato, nei confronti dello stesso arricchito, o di persona diversa”.

³⁹ Cass., 30 gennaio 1990, n. 638., *cit.*, pag. 550.

⁴⁰ Cass., 6 maggio 1966, n. 1168, *cit.*, pag. 1250.

⁴¹ R. Sacco, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, *cit.*, pag. 670: “può agire in risoluzione colui che non può, o non può più, restituire la prestazione ricevuta. Le restituzioni sono invero un effetto – e non un presupposto – della risoluzione”.

⁴² In generale sulla restituzione per equivalente D. Maffei, *Contratti illeciti o immorali*, *cit.*, pagg. 26 ss.; 60 ss. In particolare sulla restituzione del *tantundem* che può caratterizzare la vicenda restitutoria che segue alla risoluzione del contratto R. Sacco, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, *cit.*, pagg. 670 s.

**prestazione buona,
prestazione cattiva**

La restituzione per equivalente della prestazione di fare eseguita ha ad oggetto il valore di mercato della prestazione.

Essa conduce a risultati significativamente differenti rispetto a quelli cui conduce la criticata soluzione della paralisi della contropretesa restitutoria in omaggio ad una pretesa esigenza di corrispettività fra le obbligazioni restitutorie.

La differenza può essere descritta utilmente considerando il dentista come il tipico *solvens* della prestazione di fare (che non potrà ottenerne la restituzione in natura) ed il paziente come il tipico *solvens* della prestazione pecuniaria avente ad oggetto il compenso.

Se si applica la regola della restituzione per equivalente della prestazione di fare, il *solvens*, nel nostro caso il dentista, ha l'onere della prova del valore di mercato della prestazione da lui eseguita; egli deve cioè fornire la prova che la prestazione da lui eseguita, per le sue caratteristiche, è del tutto riconducibile alle prestazioni che sul mercato vengono eseguite a quel prezzo con la conseguenza che l'intervenuta *acceptio* di quella prestazione da parte del paziente importa un arricchimento da parte di questi pari al valore di mercato della prestazione (trattandosi di prestazione medica, non rispondente in quanto tale ad un interesse *patrimoniale* dell'*accipiens* – cfr. art. 1174 cod.civ.⁴³ – l'arricchimento consisterà, ovviamente, non di un incremento patrimoniale⁴⁴, bensì del risparmio di spesa⁴⁵).

⁴³ Sulla idoneità del contratto a soddisfare interessi non patrimoniali, che emerge dalla combinata lettura dell'art. 1321, e dell'art. 1174 cod.civ., C. Castronovo, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Eur.dir.priv.*, 2004, pag. 118 e già M. Costanza, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv.crit.dir.priv.*, pagg. 127 ss.

⁴⁴ Perché l'incremento rilevante come arricchimento non può non essere un incremento patrimoniale: S. Di Paola - R. Pardolesi, *voce Arricchimento (azione di arricchimento - dir. civ.)*, in *Enc Giur. Treccani*, s.d. ma Roma, 1988, pag. 4).

⁴⁵ L'arricchimento può consistere non solo dell'incremento patrimoniale – il c.d. *versum*, secondo la concezione più arcaica dell'istituto (alla quale è ancora legato A. Trabucchi, *voce Arricchimento*, in *Enc.dir.*, s.d. ma Milano, 1959, pagg. 70 ss. il quale ritiene anche che l'arricchimento, inteso come incremento patrimoniale, debba perdurare fino al momento della domanda, secondo l'antico brocardo *non est versum si non durat versum*; ma *contra* già, convincentemente, P. Schesinger, *voce Arricchimento (azione di)*, in *Noviss. dig. it.*, s.d. ma Torino, 1957, pag. 1007 ed in giurisprudenza Cass., 27 febbraio 2002, n. 2884, in *Giust.civ.*, 2002, I, pag. 2804, in motivazione) – bensì anche del risparmio di spesa (fra i molti: E. Moscati, *voce Arricchimento (azione di) nel diritto civile*, in *Digesto IV*, s.d. ma Torino, 1987, pag. 451 ss.; S. Di Paola - R. Pardolesi, *voce Arricchimento, cit.*, pag. 4; P. Gallo, *Arricchimento senza causa, cit.*, pag. 31; D. Maffeis, *Contratti illeciti o immorali, cit.*, pagg. 60 ss.). La definitiva identificazione dell'indennizzo ex art. 2041 cod.civ. con il valore di mercato della prestazione di fare eseguita, ex art. 2033 cod.civ. – descritta da D. Maffeis, *Contratti illeciti o immorali, cit.*, pagg. 60 ss. – è operata dalla giurisprudenza che, ormai univocamente, riconosce al *solvens* della prestazione di fare anche il mancato guadagno, considerato come una voce del risparmio di spesa dell'*accipiens*. Così Cass., Sez. Un., 20 novembre 1999, n. 807, in *Giur. it.*, 2000, pag. 1286; Cass., 6 febbraio 1998, n. 1287, in *Foro it.*, 1998, I, coll. 1123, 1124; Cass., 5 giugno 1997, n. 5021, in *Foro it.*, 1997, I, col. 2450; Cass., 5 agosto 1996, n. 7136, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, col. 439. Un'attenta trattazione comparatistica del tema di trova in B. Kupisch, *Ripetizione dell'indebito e azione generale di arricchimento. Riflessioni in tema di armonizzazione delle legislazioni*, in *Eur.dir.priv.*, 2003, pagg. 857 ss.

Ne deriva che se ha eseguito una buona prestazione, perché ha operato con diligenza, il dentista, che deve restituire il compenso ricevuto, ha diritto a sua volta al pagamento della somma corrispondente al valore di mercato di una tipica operazione specialistica, con estinzione per compensazione per le quantità corrispondenti.

Se, invece, come ha fatto il Tribunale di Roma, si applica la regola della paralisi della contropretesa restitutoria, al dentista è sufficiente allegare, in maniera assai generica, che all'altra parte deriverebbe un "arricchimento" dalla restituzione⁴⁶, per trattenere in via definitiva il compenso ricevuto, che di norma coincide con il valore di mercato della prestazione.

Quando, come nel caso di specie, abbia eseguito una cattiva prestazione, al *solvens* della prestazione di fare è impossibile provare di avere eseguito una prestazione che abbia quel valore di mercato, per la ragione che una prestazione che danneggia i denti, invece che curarli, non ha alcun valore di mercato. Sicché il *solvens* di una prestazione siffatta non ha diritto di ottenere alcunché⁴⁷.

Conviene notare che il ragionamento seguito dalla sentenza in commento, laddove essa afferma che la prestazione del medico sarebbe obbligazione di mezzi, che come tale non perderebbe il vincolo sinallagmatico con il compenso, anche in caso di prestazione cattiva, appare veramente paradossale. A parte, infatti, la sconcertante incoerenza fra questa parte della motivazione e quella precedente, in cui il giudice accertava nel caso di specie l'inadempimento da parte del dentista dell'obbligazione a suo carico, va detto che un raffronto fra le obbligazioni derivanti dal contratto non ha alcun significato, quando ciò di cui si discute non è l'adempimento delle obbligazioni contrattuali, bensì l'adempimento delle obbligazioni restitutorie che seguono allo scioglimento. Nel primo caso si tratta del sinallagma fra il compenso e la prestazione *dovuta* che, per definizione, è una *buona* prestazione medica. Nel secondo, quand'anche si indulga alla tentazione di intravedere un nesso sinallagmatico fra le obbligazioni restitutorie, il sinallagma di cui si tratta è fra la restituzione del compenso e la restituzione della prestazione *eseguita*, con la conseguenza che, se la prestazione eseguita è una prestazione *cattiva*, non vi è

⁴⁶ Si tratterebbe a quel punto di valutare se l'"arricchimento" che paralizzi la pretesa restitutoria dovrebbe costituire l'oggetto di un'eccezione in senso proprio, ovvero se il giudice potrebbe rilevare d'ufficio l'"arricchimento", al fine del rigetto della pretesa restitutoria. Ritengo che non si potrebbe non optare per la necessità dell'eccezione, dato che si tratta di interessi privati delle parti (cfr. la *ratio* degli artt. 1242, comma 1, 2938 cod.civ.). Ma, come si argomenta *amplius* nel testo, in presenza degli artt. 2041 s.cod.civ., non si può dubitare che occorra, in realtà, una domanda di parte.

⁴⁷ Per analoghe considerazioni in tema di restituzione per equivalente della prestazione eseguita dal professionista non iscritto al relativo albo o dall'esercente un'attività riservata che non sia iscritto al relativo ruolo rinvio a D. Maffei, *Contratti illeciti o immorali, cit.*, pag. 151 s. ove sottolineavo che "L'avvocato il quale abbia svolto una difesa giudiziale del cliente senza essere iscritto all'albo avrà scarsissime probabilità di ottenere il compenso pattuito per l'attività svolta, perché ai sensi dell'art. 82 cod.proc.civ. le parti, davanti al pretore, al tribunale e alla corte d'appello ed altresì davanti alla Corte di cassazione "debbono stare in giudizio col ministero di un procuratore legalmente esercente" o "col ministero di un avvocato iscritto nell'apposito albo"; il cliente, poiché la sentenza resa in giudizio è nulla, non riceve una prestazione il cui valore di mercato possa essere considerato uguale a quello della prestazione dell'avvocato legalmente esercente. Così, saranno scarsissime le probabilità dell'ingegnere o dell'architetto abusivi di ottenere un compenso, quando il progetto da essi firmato sia inutilizzabile dal cliente, per essere una determinata opera realizzabile esclusivamente sulla base di un progetto di ingegnere o architetto".

nulla, ma proprio nulla, che il paziente possa immaginarsi tenuto a restituire al medico che lo ha danneggiato. Certo possono darsi casi *diversi* di prestazione medica *cattiva* ed in particolare può darsi che ad un danno arrecato al paziente si accompagni purtuttavia la produzione di qualche effetto benefico. Ma non sembra che qualcosa di analogo si fosse verificato nel caso di specie, in cui il giudice, nella prima parte della motivazione della sentenza, accerta il risultato peggiorativo delle condizioni del paziente, il quale si era rivolto al dentista per un semplice controllo e si era visto prescrivere ed eseguire numerosi interventi non necessari e male eseguiti che gli avevano causato la perdita definitiva di diversi denti ed una situazione stomatologica definitivamente incompatibile con interventi riparatori.

Dunque, nel caso di specie, il dentista avrebbe dovuto proporre una domanda di restituzione per equivalente della prestazione eseguita. Solo così si sarebbe potuti astrattamente giungere ad una compensazione fra le due pretese restitutorie e ad una conseguente neutralizzazione della domanda del cliente di restituzione del compenso.

In concreto, poi, questa neutralizzazione non ci sarebbe stata affatto, per la semplice ragione che il valore di mercato di una prestazione medica cattiva non è uguale al valore di mercato della prestazione medica standard, utile al paziente, essendo, invece, pari a zero.