

© Federico Busbani 2009  
Università di Roma "Roma Tre"  
federicobusbani@hotmail.it

**GIURETA**  
Rivista di Diritto dell'Economia, dei  
Trasporti e dell'Ambiente

Vol. VII  
2009

**Data di pubblicazione: 28 dicembre 2009**

**Federico Busbani**

**Il ruolo del danno nell'arricchimento senza giusta causa  
e il rapporto con il risarcimento ex art. 2043. Note a  
margine di Cassazione Civile, sez. un., 11 settembre  
2008, n. 23385  
Consulta**

ISSN 1724-7322  
Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e  
dell'Ambiente  
Viale delle Scienze, ed. 13 – 90138 Palermo (Italia)  
Tel: (+39) 0916626220 – Fax: (+39) 091596506  
giureta@unipa.it

**Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente**

Università degli Studi di Palermo

**Il ruolo del danno nell'arricchimento senza giusta causa e il rapporto con il risarcimento ex art. 2043. Note a margine di Cassazione Civile, sez. un., 11 settembre 2008, n. 23385**

Federico Busbani

**LA SENTENZA**

**Cassazione Civile, sez. un., 11 settembre 2008, n. 23385**

*In tema di arricchimento senza giusta causa, la Cassazione ha risolto il contrasto circa i criteri di calcolo dell'indennizzo ex art. 2041 c.c. relativamente ad una fattispecie concernente un contratto di appalto di opere, intercorrente tra un Comune ed un'impresa, annullato dal giudice amministrativo. Nel caso in esame, le Sezioni Unite hanno ritenuto che dal calcolo dell'indennità richiesta per la diminuzione patrimoniale subita dal danneggiato deve essere escluso quanto lo stesso avrebbe percepito a titolo di lucro cessante, quale corrispettivo del rapporto negoziale efficace, lasciando la sola possibilità di richiedere, in termini di danno emergente (in elementi e in valore), il decremento patrimoniale sofferto. Questa soluzione è accorsa in ausilio dell'esigenza di chiarificare i confini che differenziano tale tipo di arricchimento da categorie proprie della responsabilità aquiliana e di quella contrattuale.*

...Omissis...

**Motivi della decisione**

...Omissis...

3. Il ricorso è fondato.

Fin dalle prime applicazioni dell'art. 2041 c.c., che ha introdotto l'azione generale di arricchimento, dottrina e giurisprudenza non ebbero dubbi nel ravvisarne i presupposti: a) nell'arricchimento senza causa di un soggetto; b) nell'ingiustificato depauperamento di un altro; c) nel rapporto di causalità diretta ed immediata tra le due situazioni, di modo che lo spostamento risulti determinato da un unico fatto costitutivo; d) nella sussidiarietà dell'azione (art. 2042 c.c.), nel senso che essa può avere ingresso solo quando nessun'altra azione sussista ovvero se questa, pur esistente in astratto, non possa essere esperita per carenza *ab origine* di taluno dei suoi requisiti. Si ritenne, poi, del tutto pacifico che l'arricchimento debba consistere in un'effettiva attribuzione patrimoniale: configurabile tuttavia con il conseguimento di qualunque utilità economica, e quindi non soltanto quando vi sia stato un incremento patrimoniale, ma anche se la prestazione eseguita da altri con diminuzione del proprio patrimonio abbia fatto risparmiare una spesa o abbia evitato il verificarsi di una perdita (Cass. 178/1970 e da ultimo, Cass. 10884/2007), ricevendo anche in questi casi un'utilità per la quale, il soggetto beneficiario, ove non avesse potuto disporre, avrebbe dovuto effettuare un esborso o subire una diversa diminuzione patrimoniale. Mentre, per quanto riguarda la perdita correlativa all'arricchimento altrui, le prime interpretazioni della giurisprudenza, legate alla lettera della norma, considerarono ai fini dell'indennizzo dovuto, soltanto la effettiva diminuzione patrimoniale subita dal depauperato.

La questione acquistò tuttavia rilevanza nel corso degli anni 70, allorché la giurisprudenza cominciò ad ammettere la proponibilità dell'azione anche nei confronti della Pubblica

amministrazione ove questa abbia riconosciuto sia pure implicitamente l'utilità derivata dall'opera o dalla prestazione altrui; e ritenne che detto riconoscimento ben potesse risultare per implicito dal fatto che l'ente sia addivenuto alla sua utilizzazione: posto che l'oggetto era costituito quasi sempre da prestazioni di privati in dipendenza di contratti irregolari, nulli o addirittura inesistenti coinvolgenti in genere, appaltatori, fornitori o professionisti. E quindi situazioni caratterizzate dal fatto che l'opera svolta dall'impovertito ha carattere imprenditoriale ovvero professionale ed in ogni caso consiste in un'attività posta in essere abitualmente e professionalmente onde procurarsi un guadagno. In tale ottica Cass. 14 marzo 1983 n. 1890, affrontando il problema della quantificazione dell'indennizzo dovuto ad un professionista, in relazione all'arricchimento conseguito dalla p.a., pur avvertendo i rischi che comportava la diretta applicazione della tariffa professionale, che di fatto "rendeva priva di conseguenze giuridiche la sanzione di nullità del contratto", questa anzi traducendosi in un vantaggio per il depauperato che conseguiva anche la rivalutazione monetaria, consentì il ricorso alla suddetta tariffa quale mero parametro di indole tecnica: affidandone l'applicazione al prudente apprezzamento del giudice di merito, ed avvertendo che comunque il compenso secondo tariffa rappresenta il limite massimo al quale la determinazione può pervenire.

Subito dopo, Cass. sez. un. 5833/1984 in fattispecie in cui l'amministrazione aveva espressamente riconosciuto con apposito atto il proprio debito per competenze professionali, dichiarò che la stessa fosse obbligata al pagamento di tali competenze, nella misura prevista dalle tariffe; e negli stessi anni Cass. 4275/1983 e 3627/1986 attribuirono a chi abbia venduto merci alla pubblica amministrazione, in base ad un negozio e non possa conseguire la restituzione per avere l'amministrazione medesima consumato od utilizzato irreversibilmente quelle cose, il diritto di essere indennizzato dalla subita diminuzione patrimoniale, nei limiti in

cui l'amministrazione, consumando od utilizzando detti beni, abbia ricevuto ed implicitamente riconosciuto un proprio arricchimento: e, quindi, il diritto di ottenere, in tali limiti, il pagamento di una somma corrispondente al prezzo di mercato dei beni medesimi.

È stata tuttavia Cass. 12 aprile 1995 n. 4192, ad affrontare in termini generali il problema del computo del lucro cessante nella "diminuzione patrimoniale" subita dall'impovertito, ed a risolverlo in senso favorevole all'esecutore della prestazione: che cioè tale formula deve comprendere quanto costui, ove il contratto fosse stato valido, avrebbe percepito a titolo di guadagno per l'espletamento di essa. Pur dando atto, infatti che la disposizione codicistica, se interpretata in senso letterale potrebbe indurre all'esclusione dell'indennizzabilità del mancato guadagno, la pronuncia ne ha ritenuto necessaria un'interpretazione estensiva fondata sulla *ratio* della norma di evitare che un soggetto ottenga senza causa un incremento patrimoniale a danno di altro soggetto; con la conseguenza che tale incremento non può che essere eliminato avendo riguardo all'intero pregiudizio subito da chi ha effettuato la prestazione priva di causa.

Da qui la regola che l'impovertimento, allorquando riguardi l'appaltatore, deve essere costituito innanzitutto dalle spese affrontate per effettuare la prestazione, senza che possa distinguersi tra valore dei materiali e della mano d'opera impiegate: da quelle generali destinate ad essere ammortizzate con la loro vendita, alle imposte corrisposte in relazione alle forniture effettuate ed ai costi di realizzazione del servizio o di consegna delle merci. E, quindi, da ogni ulteriore pregiudizio economico del soggetto a svantaggio del quale l'*accipiens* si è arricchito, perciò comprendente anche il profitto dell'appaltatore per utile d'impresa connesso a prestazioni erogate posto che questo è il risultato dell'organizzazione dei fattori della produzione da lui posta in essere.

Questi principi sono stati immediatamente estesi (Cass. 7136/1996) all'indennizzo dovuto ai professionisti "con riguardo alla entità dell'effettiva perdita patrimoniale subita, da accertarsi tenendo a tal fine conto delle spese anticipate per l'esecuzione dell'opera, e del guadagno (mancato) da determinarsi eventualmente anche *ex art.* 1226 c.c., che lo stesso avrebbe ricavato dal normale svolgimento dell'attività professionale nel periodo di tempo dedicato all'esecuzione dell'opera di poi utilizzata dall'ente pubblico..."; e le decisioni successive oltre a riportarli quasi testualmente hanno cercato sempre più di liquidare a favore dell'indennizzato una somma in tutto e per tutto corrispondente al corrispettivo contrattualmente previsto, attraverso una valutazione rivolta il più possibile a ricostruire condizioni equivalenti a quelle nelle quali è stata resa la prestazione, nonché ad applicare le tariffe previste per la particolare tipologia di queste.

Con il temperamento apportato da Cass. 6570/2005, secondo cui il mancato guadagno indennizzabile deve considerarsi soltanto quello che il professionista avrebbe ricavato dal normale svolgimento della sua attività professionale nel periodo di tempo dedicato invece all'esecuzione dell'opera utilizzata dall'ente pubblico: senza la possibilità di far ricorso a parametri contrattuali, stante la carenza di un valido vincolo contrattuale, o di commisurare, *sic et simpliciter*, la perdita patrimoniale alla *utilitas* derivatane all'ente sotto il profilo della spesa risparmiata.

4. Si è già anticipato che la prima interpretazione dell'art. 2041 c.c., ne aveva invece ricondotto l'utilizzo alla sola eliminazione della diminuzione patrimoniale subita dal soggetto coinvolto, escludendovi la categoria del lucro cessante. Cass. 12 luglio 1965 n. 1471, aveva infatti precisato che il mancato guadagno dell'imprenditore esula dall'ambito della mera diminuzione patrimoniale di cui la norma prevede l'indennizzo, nei limiti dell'arricchimento, con la conseguenza di escludere dal suo

computo sia le spese generali dell'imprenditore, sia il profitto di questo, nonché la retribuzione dell'opera non consistente nella progettazione e direzione dei lavori: posto che tutte dette voci sono "connesse non con la consistenza materiale dell'opera, ma con l'esecuzione di una prestazione, nei confronti della quale non sussiste obbligo di corrispettivo".

Questo indirizzo, pur in mancanza di nuove ed espresse conferme negli anni successivi ad eccezione di quella del tutto generica contenuta in Cass. 1992/1969, non è stato mai abbandonato del tutto dalla Corte che ne ha talvolta sotteso la ricorrenza, facendovi implicito riferimento pur nel periodo di maggiore affermazione di quello opposto, per attenuarne gli effetti estensivi: come dimostrano Cass. 6981/1986 secondo cui per la liquidazione dell'indennizzo non rileva l'utilità che l'autore dell'opera o della prestazione mirava a far conseguire o che il destinatario di esse sperava di realizzare, bensì quella che quest'ultimo ha in effetti conseguito, non consistente necessariamente in un conguaglio o in una riduzione delle spese. E Cass. 1753/1987 secondo la quale nel caso dell'elaborazione, a favore di un ente pubblico, di un progetto di opera pubblica non preceduto dal conferimento di un valido incarico professionale, occorre accertare soltanto l'entità della effettiva perdita patrimoniale subita dal professionista: senza possibilità né di fare riferimento a parametri contrattuali, non utilizzabili stante la nullità dell'incarico, né di equiparare *sic et simpliciter* detta perdita alla *utilitas* derivatane al comune sotto il profilo della spesa risparmiata.

Mentre secondo Cass. 22667/2004 (e la conforme 20747/2007), nell'ipotesi di arricchimento senza causa per i miglioramenti apportati al fondo altrui l'indennizzo «dev'essere rapportato, nei limiti dell'arricchimento ricevuto dal concedente, all'importo della diminuzione patrimoniale, cioè alle spese sostenute dall'affittuario». E Cass. 21292/2007 ha ulteriormente

ridotto la possibilità di ricorso alle tabelle professionali, pur come mero parametro di valutazione, subordinandolo alla prova gravante sul professionista «che le stesse corrispondano, da un lato, al suo impoverimento (e cioè che egli, nel tempo dedicato alla redazione del progetto per conto del Comune, avrebbe potuto esplicitare altri incarichi nella stessa misura remunerativi) e, dall'altro, all'arricchimento della p.a. (la quale, se avesse conferito l'incarico *secundum legem*, avrebbe dovuto pagare, per onorario e rimborso spese, in relazione a quell'importo dei lavori, esattamente la stessa somma indicata nella parcella)».

L'interpretazione restrittiva è stata, invece, nuovamente riproposta dapprima da Cass. 23 luglio 2003 n. 11454, la quale, proprio in tema di lavori effettuati da un imprenditore in favore di un ente pubblico in assenza di un valido contratto ha affermato che «la diminuzione patrimoniale subita da questi è costituita da ogni genere di spese affrontate per effettuare le opere richieste»; e poi in modo più articolato da Cass. 26 settembre 2005 n. 18785 per la quale l'art. 2041 c.c., considera solo la diminuzione patrimoniale subita dal soggetto e non anche il lucro cessante, che è altra componente, separata e distinta, del danno patrimoniale complessivamente subito alla stregua dell'art. 2043 c.c., ma espressamente escluso dall'art. 2041 c.c.

Con l'ulteriore duplice limite che «non è l'intero arricchimento che la legge prende in considerazione, ma solo quello corrispondente al danno o pregiudizio subito dall'altro soggetto; e non è l'intero pregiudizio che può essere risarcito solo quello corrispondente ad un profitto o vantaggio dell'arricchito». E da ultimo è apparsa più convincente anche alla menzionata ordinanza interlocutoria 19944/2007, sia per la chiara lettera della disposizione suddetta; sia perché «l'argomento della *ratio* della norma si risolve nella sostanza in una petizione di principio e cioè nel ritenere che scopo della norma sia quello di impedire l'arricchimento al quale corrisponda il danno di un altro

soggetto anziché, come sembra suggerire la lettera della norma, quello di impedire l'arricchimento al quale corrisponda la diminuzione del patrimonio di un altro soggetto»; sia, infine perché attraverso il computo nella diminuzione patrimoniale anche del lucro cessante, si «finisce per attribuire all'istituto dell'arricchimento senza causa una funzione che sembra ad esso estranea e cioè quella di trovare, in una ottica redistributiva, un equilibrio tra le prestazioni».

5. Anche fra gli studiosi dell'arricchimento senza giusta causa non vi è univocità di vedute in merito allo specifico tema se il mancato guadagno possa rientrare in una nozione lata di diminuzione patrimoniale indennizzabile. La maggior parte di essi si è preoccupata di rivendicare l'autonomia della nozione di diminuzione patrimoniale sottesa alla tutela residuale e sussidiaria offerta dall'art. 2041 c.c., rispetto alla nozione di danno ingiusto peculiare della tutela aquiliana *ex art.* 2043 c.c.; ed ha evidenziato che il principio di ingiustificato arricchimento è un principio altrettanto generale e centrale dell'ordinamento, che sta a fondamento anche delle altre fonti legali delle obbligazioni: accomunate dal postulato che il conseguimento di un vantaggio patrimoniale a carico di altri deve essere giustificato da un interesse meritevole di tutela.

E tuttavia da tali premesse alcuni autori hanno tratto la conseguenza della non indennizzabilità del lucro cessante che ci si attendeva in cambio dell'attività svolta, assumendo che il ristoro integrale del danno che lo comprende, è previsto dalla legge solo in caso di fatto illecito: ed allorché, dunque ne ricorrono i presupposti del dolo o della colpa.

Altri invece, si sono dichiarati favorevoli all'inclusione del mancato guadagno nella depauperazione indennizzabile (o l'hanno rimessa al prudente apprezzamento del giudice di merito), ora riproponendo le considerazioni della giurisprudenza prevalente; ora invocando principi di carattere generale, quale

quello del “giusto prezzo” in base al quale l’azione di cui all’art. 2041 c.c., sarebbe finalizzata a procurare all’impoverito una somma pari a quello che sarebbe il giusto corrispettivo del bene o della prestazione, del suo godimento secondo l’andamento del mercato.

O infine, ricorrendo a principi di giustizia distributiva, in base ai quali se non si tenesse conto anche del lucro cessante, tutto ciò che non viene riconosciuto all’impoverito, resterebbe definitivamente acquisito all’arricchito. Ma il problema ha perduto di rilevanza nella dottrina più moderna che, prendendo spunto dall’esperienza comparativistica, ha svalutato la concezione dell’indebito incentrata

sul binomio danno - diminuzione patrimoniale e vi ha sostituito quale punto di riferimento, il profitto, realizzato mediante fatto ingiusto: in particolare rivolgendo il proprio interesse alla ed. teoria del profitto creato, che autorizza il ricorso all’istituto ogni volta che si sia determinato un profitto per l’arricchito, senza perciò più richiedere alcuna correlazione tra locupletazione e perdita economica che in ipotesi può pure mancare.

In base a questa prospettiva - che in Italia ha consentito di estendere l’indebito arricchimento ai diritti sui beni immateriali (cfr. Cass. 3599/1999) e specificamente ai comportamenti lesivi di brevetti industriali, per l’utilizzazione di invenzioni non brevettate e delle informazioni e/o dei segreti industriali, nonché per lo sfruttamento abusivo del nome e dell’immagine altrui, ed in genere a tutela dei diritti della personalità - diviene indispensabile soltanto la realizzazione di un profitto o di un plusvalore prodotto attraverso l’utilizzazione di risorse altrui, o di utilità spettanti ad altri; e l’istituto viene ad assumere la funzione di nuova clausola generale, mirante questa volta alla sua integrale restituzione, indipendentemente dalla esistenza e dall’entità del danno cagionato: a somiglianza di quanto impongono già l’art. 2032 cod. civ., al gestore di affari altrui qualunque sia il suo stato soggettivo,

nonché il successivo art. 2038 c.c., a carico di chi abbia alienato una cosa ricevuta indebitamente.

Con l’indubbio merito non solo di giustificarne la piena dignità ed autonomia rispetto alle altre fonti delle obbligazioni, ma di avere enucleato nel suo ambito la categoria del lucro o profitto ottenuto a spese di un altro soggetto, perciò integralmente da restituire; e di tenerla distinta dalle fattispecie in cui si è di fronte ad ingerenze lecite negli altrui diritti, ovvero attuate in buona fede, o ancora dovute ad iniziative e comportamenti stessi dell’impoverito (ed. arricchimento imposto o mediato).

Siffatta concezione che dichiara di fondarsi su noti principi enunciati dalla giurisprudenza romana classica (“*neminem...fieri locupletioem...*”), a livello legislativo, è ampiamente diffusa nei Paesi di *common law*, dove ai fini della configurabilità dell’azione in questione si ritiene sufficiente che qualcuno abbia realizzato un profitto a spese di un altro, ed è assurta a regola generale in altre legislazioni europee (cfr. art. 812 ed 818 BGB cit.; art. 10.0 cod. Sp.; art. 473 n. 1 cod. Portog.). Ed anche il nostro legislatore non ha mancato di condividerne l’idea di fondo sia pure in fattispecie specifiche: come quella dell’art. 18 L. n. 349 del 1986, il quale in materia di tutela civilistica dell’ambiente, dopo avere attribuito prevalenza alla riparazione in forma specifica, ha disposto, ove una tale reintegrazione non sia più possibile, la devoluzione a favore dello Stato di una somma di denaro, che tenga conto non solo dei danni effettivamente inferti, ma anche del profitto realizzato mediante il comportamento illecito (cfr. altresì il riferimento all’art. 1 sub b) d.lgs. n. 480 del 1992, al “vantaggio indebito”; nonché dell’art. 125 comma 1 d.lgs. n. 30 del 2005, agli “utili realizzati in violazione del diritto”).

6. Le Sezioni Unite ritengono che il contrasto debba essere composto privilegiando l’interpretazione dell’art. 2041 c.c., che esclude dal calcolo dell’indennità richiesta per la “diminuzione patrimoniale” subita dall’esecutore di una prestazione in virtù di un

contratto invalido, quanto lo stesso avrebbe percepito a titolo di lucro cessante se il rapporto negoziale fosse stato valido ed efficace. A questo risultato induce anzitutto la chiara lettera della norma, saldamente ancorata alla tradizione romanistica rivolta a riparare il *detrimentum* sofferto dall'impovertito, attraverso le numerose *condictiones* indebiti via via apprestate a partire dal diritto classico i onde garantirgli la restituzione di quanto avesse dato in base ad una giustificazione mancante fin dall'inizio, o venuta meno successivamente. E pure la maggior parte delle decisioni che hanno recepito l'orientamento opposto (c.d. estensivo) ha dato atto del significato testuale inequivoco della formula, che secondo gli studiosi, trova un significativo completamento nell'espressione "pregiudizio" utilizzata dall'art. 2042 c.c., a riprova dell'intento del legislatore di evitare qualsiasi confusione con il "danno ingiusto" ex art. 2043 c.c., e con le sue componenti.

D'altra parte, l'invocata esigenza di sacrificare la lettera della norma alla asserita *ratio* che, intendendo eliminare ogni pregiudizio (nei limiti dell'arricchimento) subito dall'impovertito, ne imporrebbe una interpretazione estensiva comprendente anche il mancato guadagno per utile d'impresa connesso a prestazioni erogate *sine* causa, non si sottrae all'addebito rivoltogli dall'ordinanza interlocutoria 19944/2007 di risolversi in una mera petizione di principio: posto che ciò che doveva dimostrarsi era proprio che la "diminuzione patrimoniale" nel contesto della menzionata disposizione legislativa acquistasse, malgrado la diversa terminologia, la medesima estensione di quella dell'art. 1223 c.c. (recepita dell'art. 2043 c.c. ss.) contenente espresso riferimento non soltanto alla perdita subita dal creditore (c.d. danno emergente), ma anche all'intero pregiudizio di costui, e quindi, anche all'accrescimento patrimoniale che avrebbe conseguito se ad impedirlo non fosse intervenuto il fatto generatore del danno.

Detta equiparazione è invece smentita sia dalle origini che dalle finalità dell'istituto: come è noto non considerato quale rimedio generico dal codice del 1865 che riconosceva e disciplinava, invece, unitamente ad alcune leggi speciali (art. 67 L. camb.; art. 59 L. assegno) singole tipologie (artt. 447, 704 705, 1145 - 1150 ecc.), oltre alla ripetizione di indebiti ed alla gestione di affari altrui; e che tuttavia non aveva impedito di enucleare una autonoma azione di arricchimento sia alla dottrina alla giurisprudenza, inducendo la Cassazione a configurarla in termini generali ed a denominarla azione "*de in rem verso*": quasi ad evidenziarne la funzione restitutoria identica alla originaria fattispecie conosciuta dal diritto romano, e fonte delle successive *condictiones* (Cass. Torino 19 dicembre 1887 e Cass. Firenze 24 febbraio 1888). Essa venne quindi introdotta nel progetto di codice delle obbligazioni del 1936, ove un unico articolo stabiliva che "Chi si arricchisce senza legittima causa a danno di un'altra persona, è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, ad indennizzarla "di ciò di cui questa si è impoverita"; ed accolta nel vigente codice che l'ha significativamente collocato dopo la previsione di numerosi casi particolari (art. 31 comma 3 c.c., art. 535 c.c., art. 821 comma 2 c.c., artt. 935, 940, 1150 c.c., art. 1185 comma 2 c.c., artt. 1190, 1443, 1769 c.c., art. 2037 comma 3 c.c., art. 2038 comma 3 c.c.): assolutamente eterogenei, ma ispirati al medesimo principio, ed accomunati dall'obbligo di "restituire" all'impovertito esclusivamente perdite, esborsi, spese, prestazioni ed altri elementi, utilità o valori già sussistenti nel suo patrimonio "nei limiti dell'arricchimento". Sicché si è mantenuto un sistema di figure tipiche spesso disciplinate in modo minuzioso cui - quale unica novità - ha fatto seguito l'enunciazione del principio generale privo di innovazioni rispetto ad esse, ispirato al modello francese ed avente le medesime caratteristiche già individuate dalla giurisprudenza precedente (arricchimento di un soggetto, correlativo impoverimento di un altro soggetto, mancanza di una

giusta causa); il quale ha assunto, come espressamente reso palese dalla Relazione al progetto del codice, la funzione di norma di chiusura formulata onde coprire anche i casi “che il legislatore non sarebbe in grado di prevedere tutti singolarmente”.

Esso necessariamente partecipa, in conseguenza, della disciplina e delle finalità sostanziali cui sono rivolte ed ispirate le disposizioni suddette, di eliminare l'iniquità prodottasi mediante uno spostamento patrimoniale privo di giustificazione di fronte al diritto, sancendone la restituzione: perciò disposta in funzione e nei limiti dell'arricchimento, e non già in dipendenza di una variabile legata al concreto ammontare del danno subito, come avviene nell'azione risarcitoria. Sicché soltanto questo e non altro può ritenersi il fondamento dell'istituto, sintetizzato da qualificati studiosi nella formula che l'azione è data non contro l'arricchimento o il danno, ma “per evitare l'arricchimento a danno altrui”.

Il fatto, poi, che il legislatore abbia inteso rimarcare la valenza di rimedio generale dell'ordinamento al pari del principio del *neminem laedere* in materia di responsabilità civile, nonché del principio *pacta sunt servanda* in materia contrattuale, e che nella ricordata Relazione sia definito “uno di quei precetti ampi ed elastici” deputati ad abbracciare “un gran numero di casi oggi non tutti prevedibili”, ne comporta l'idoneità a recepire una serie illimitata di ipotesi indefinite e non predeterminabili, via via riconosciute meritevoli di protezione giuridica; e, quindi la possibilità di estenderne sia l'ambito che i criteri legali di applicazione (fino a raggiungere i diritti della personalità, i diritti sui beni immateriali). Ma non autorizza il sostanziale equivoco che sta alla base dell'orientamento tuttora prevalente, di annullarne l'autonoma funzione recuperatoria, onde inglobarlo per imprecisati motivi di giustizia sostanziale, nell'ottica panacqueiana propria dell'art. 2043 c.c.

7. Non mancano, peraltro, ipotesi specifiche in cui è lo stesso legislatore a spostare il baricentro dell'istituto dalla sua tradizionale ragione giustificatrice alla persona del “danneggiato” in ossequio ora alla preoccupazione che la lesione della sua posizione giuridica sia meritevole di particolare protezione, ora a quella di trovare in un'ottica redistributiva un equilibrio tra le prestazioni (e comunque

tra i due patrimoni): considerando il pregiudizio pari al valore del bene o del suo uso, o al valore della prestazione. Ma con ciascuna di queste soluzioni confermando che si tratta di altrettante deroghe dell'oggetto e della funzione della disposizione generale che sono rispettivamente la locupletazione e la restituzione; e non il danno ed il suo risarcimento.

È sufficiente al riguardo ricordare esemplificativamente le fattispecie di consumazione della cosa altrui di cui agli artt. 935 e 939 c.c., in cui spetta un'indennità pari al suo valore.

Laddove se la consumazione è stata compiuta in malafede è dovuto il risarcimento dei danni ulteriori, peculiari della responsabilità da illecito: con ciò introducendosi una tutela differenziata in base alla quale il danno rilevante per l'azione di arricchimento ha una misura inferiore a quella del danno rilevante per l'azione da illecito e la responsabilità non va oltre quella misura, quale che sia la consistenza dell'arricchimento o dell'impoverimento.

E, per converso, nel l'ipotesi di opere eseguite da un terzo sul fondo altrui prevista dall'art. 936 c.c., (ed in quella di specificazione di cui all'art. 940 c.c.), ove il proprietario ne voglia acquistare la proprietà per accessione, si realizza una fattispecie tipica di arricchimento ingiustificato, che la norma ha disciplinato specificamente ponendo a carico di quest'ultimo l'obbligo di pagare al terzo oltre al valore dei materiali anche “il prezzo della mano d'opera”. Con la conseguenza che, essendo detto prezzo dovuto anche nel caso in cui il proprietario dei materiali abbia



eseguito personalmente l'attività lavorativa, secondo alcuni autori in tale fattispecie si è in presenza di una sorta di indennizzo per mancato guadagno, rivolto a compensare la perdita della possibilità di svolgere altre attività remunerative. Mentre, secondo altri l'azione mira a conseguire, entro i limiti dell'arricchimento soltanto il giusto prezzo del godimento o della prestazione (prezzo che può essere superiore o inferiore al lucro cessante).

Ancor più marcata è la tutela dell'impovertito nella nota ipotesi prevista dall'art. 2126 c.c., in cui egli abbia eseguito una prestazione lavorativa in esecuzione di un contratto di lavoro nullo o annullato: posto che equipara gli effetti del contratto invalido a quello valido "per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione", al fine di tutelare il diritto del lavoratore alla retribuzione (ed alle altre prestazioni connesse previste dalla legge).

Se si considera che pur in assenza della norma, il lavoro di fatto avrebbe potuto essere compensato ricorrendo allo strumento dell'art. 2041 c.c., risulta evidente, da un lato, che il legislatore ha inteso in detta fattispecie privilegiare soprattutto la prestazione di lavoro subordinato, attribuendo al suo titolare una tutela rafforzata cui corrisponde un obbligo restitutorio integrale ed in forma specifica a carico dell'arricchito: commisurato all'intero valore della prestazione ottenuta senza causa; e che prescinde perfino da qualsiasi accertamento circa l'esistenza di un effettivo arricchimento e giovamento per il datore di lavoro. Ma, dall'altro, diviene ancor più palese la distanza tra la peculiarità di detta riparazione completa e l'obbligazione generale dell'art. 2041 c.c., correlata (e limitata) alla diminuzione patrimoniale dell'impovertito, già evidenziata del resto negli anni 80 dalle Sezioni Unite allorché limitarono l'applicazione dell'art. 2126 c.c., nell'ambito del lavoro pubblico, escludendola in presenza di specifiche norme che ne vietino comunque la costituzione in difetto di determinate condizioni all'uopo tassativamente prescritte

e sanciscono espressamente la assoluta improduttività di qualunque effetto per l'assunzione o l'affidamento di attività lavorative. Ed in tal caso consentendo al prestatore di lavoro di esperire soltanto l'azione di indebito arricchimento di cui l'amministrazione abbia beneficiato per effetto delle sue prestazioni (Cass. sez. un., 1494/1981; 4198/1982; 3098/1985).

8. Il realtà l'indirizzo giurisprudenziale ed. maggioritario ha operato una mera trasposizione di concetti e contenuti propri della responsabilità aquiliana alla materia dell'arricchimento; e ponendo in primo piano l'interesse leso dell'arricchito, ed individuando un nesso di causalità

ex artt. 40 e 41 c.p., tra di esso e la locupletazione, ha ritenuto di perseguire quale logico risultato la *restitutio in integrum* del patrimonio dell'impovertito: perciò includendovi sia la perdita subita che il mancato incremento, questa volta riparato togliendo il valore corrispondente ad altra persona a cui vantaggio l'utilità è stata rivolta.

Ma, pur convenendo sul fatto che l'elaborazione dell'azione di arricchimento ad opera dei compilatori del codice è sicuramente avvenuta con particolare riferimento ai casi di locupletazione ottenuta mediante fatto ingiusto, le Sezioni Unite non ritengono di condividere tale commistione tra le due azioni: esclusa, già, dallo loro autonoma collocazione nel libro quinto delle obbligazioni ove il legislatore ha posto l'arricchimento senza causa nel titolo 8, e dedicato ai fatti illeciti un successivo e distinto titolo, il nono con ciò mostrando l'intendimento di separarne in modo netto ed inequivoco anche disciplina e funzione.

Si tratta del resto di una scelta assolutamente coerente con la diversità delle fonti delle rispettive obbligazioni, addirittura di origine contrapposta nella disposizione dell'art. 1173 c.c., posto che quella risarcitoria nell'art. 2043 c.c., nasce da un comportamento illecito che è - esso - origine dell'obbligazione in quanto fatto esclusivo causante il danno. Laddove con riguardo al

rimedio dell'art. 2041 c.c., impoverimento ed arricchimento non sono in rapporto di causa ed effetto, ma sono entrambi due effetti, i quali producono direttamente la nascita dell'obbligazione in quanto fatti causati da circostanze esterne al meccanismo di produzione della fonte; per cui, dal punto di vista giuridico l'arricchimento può essere l'effetto economico di un fatto qualunque che il legislatore non ha

avuto interesse a qualificare, significativamente enunciando una "correlazione" tra di esso (allorché sia ingiustificato) e "diminuzione patrimoniale" dell'attore.

E proprio perché le relative obbligazioni sorgono e si pongono su piani non comparabili, ne sono affatto diversi anche il contenuto ed il risultato che si propone ciascuna, che nell'azione risarcitoria è quello, congenito alla sua funzione, di approntare un rimedio contro il danno, ristabilendo la situazione patrimoniale alteratasi per effetto dell'illecita ingerenza; laddove l'altra è rivolta ad apprestare tutela contro il profitto realizzato secondo modalità ingiuste e riparare il grave squilibrio che in forza del relativo spostamento patrimoniale si è formato. Con la conseguenza che in detta azione la centralità del danno viene necessariamente meno, e non mirando la norma ad operare la ricomposizione del patrimonio dell'impoverito, manca in radice il titolo idoneo a compensare il suo mancato incremento attraverso i profitti non realizzati. Il che non significa che si è in presenza di una tutela debole o secondaria rispetto a quella aquiliana, perché se è vero che in numerose fattispecie - quelle in particolare di appropriazione di beni ed utilità che competevano all'impoverito - si produce una diminuzione del suo patrimonio che viene riparata soltanto nei limiti dell'arricchimento, è pur vero che la casistica giudiziaria ne evidenzia altrettante perfettamente speculari, in cui l'ingerenza arreca un beneficio patrimoniale al convenuto senza tuttavia provocare al soggetto leso alcun danno effettivo (o un pregiudizio facilmente individuabile); o ancora in cui l'arricchimento ottenuto

può essere nettamente superiore al danno cagionato: fattispecie nelle quali non potrebbe comunque invocarsi l'obbligazione risarcitoria, ed ha invece piena cittadinanza, come già si è visto a proposito delle ipotesi particolari disciplinate dagli art. 936 e 940 c.c., l'azione di arricchimento per la cancellazione del profitto prodotto da quell'ingerenza ingiustificata. Tanto da indurre questa Corte già in pronunce assai lontane nel tempo (Cass. 966/1965) all'elaborazione di complesse formule onde evitare un arricchimento dell'impoverito, con le quali si prendevano le distanze dalla ricostruzione incentrata sull'illecito, chiarendosi che "non è l'intero pregiudizio che deve essere risarcito, ma solo quello che

corrisponde ad un profitto o vantaggio dell'arricchito. L'indennità deve perciò essere contenuta nei limiti della locupletazione, se questa è inferiore all'altrui impoverimento, e nei limiti dell'impoverimento, anche se l'arricchimento sia maggiore".

Anche sotto questi profili non è conclusivamente consentito sovrapporre la funzione risarcitoria propria dell'azione aquiliana a quella restitutoria dell'indebito arricchimento, mantenendo quest'ultima in un rapporto di subalternità al precetto del *neminem laedere*, ed al parametro di natura soggettiva che lo stesso comporta al fine di conseguire la reintegrazione patrimoniale del danno ingiusto. E neppure raggiungere analogo risultato attraverso un abnorme cumulo delle loro discipline, ripristinando di fatto la relativa costruzione prospettata durante la vigenza del codice civile del 1865, da qualche autore; che, tuttavia, avvertendone l'anomalia, l'aveva fondata su di un fatto illecito ravvisato nella mancata restituzione dell'arricchimento (o su un quasi - delitto, consistente nello stesso fatto di arricchirsi a spese altrui).

Senza considerare, infine, che la trasposizione del regime peculiare dell'obbligazione risarcitoria è resistita anche dal ruolo indispensabile svolto dall'elemento soggettivo: il quale, in essa

presupponendo un problema di responsabilità, postula un comportamento antiggiuridico del danneggiante, che nell'indebito arricchimento dovrebbe tradursi in una condotta colposa o dolosa dell'arricchito.

Ma questa non può né potrebbe essere richiesta dalla normativa ad esso relativa, dato che ove fosse configurabile, l'impovertito, come rilevato da attenta dottrina, avrebbe a disposizione proprio l'azione generale di cui all'art. 2043 cod. civ.: con ciò facendo venir meno il presupposto della sussidiarietà indispensabile per esperire quella di indebito arricchimento; con la conseguenza che il rimedio prescinde necessariamente dal comportamento tenuto dall'agente.

A differenza dell'azione risarcitoria, ove se il danneggiante non è in colpa nella produzione del danno, non gli si può a maggior ragione addossare il profitto perduto dal danneggiato.

Ed allora, questa voce di danno gli viene attribuita dalla giurisprudenza ad essa favorevole in base ad una sorta di responsabilità oggettiva che da istituto eccezionale ed utilizzabile in ipotesi specificamente individuate, nell'azione in esame è assunta al rango di regola generale (seppur inespressa dalla norma); e per di più indiscriminatamente applicabile, dato il carattere unitario del rimedio, sia ai casi di arricchimento conseguito appropriandosi di utilità insite nell'altrui situazione protetta, sia a quelli che dipendono da comportamenti dell'impovertito.

In relazione ai quali invece la dottrina più moderna si è posta sempre più frequentemente (cfr. 5) la questione basilare di evitare l'imposizione di una responsabilità da arricchimento non desiderato, e le legislazioni di numerosi stati europei hanno messo in forse la stessa esperibilità dell'azione: come dimostrano esemplificativamente l'art. 814 BGB tedesco, per il quale "ciò che è stato prestato per l'adempimento di un'obbligazione non può essere ripetuto se l'adempiente era consapevole di non essere obbligato alla prestazione..."; nonché il sistema del *Common Law*

in cui nessuna pretesa può essere fatta valere nei confronti di chi abbia ricevuto un servizio senza volerlo o senza la consapevolezza di doverlo pagare.

9. Nella seconda di dette categorie rientrano le prestazioni professionali o imprenditoriali eseguite, come nella specie, in conseguenza di un contratto invalido o giuridicamente inesistente, allorché non sia perciò possibile ottenerne altrimenti il corrispettivo stabilito; ed in essa a differenza della prima, ove l'approfitto che ha provocato l'arricchimento, presenta innegabili punti di contatto con la responsabilità civile, ne sussistono altrettanti, questa volta con il regime di esecuzione dei contratti. In effetti, è proprio questa la strada alternativa percorsa dalla giurisprudenza, anche di merito, favorevole ad includere il mancato guadagno tra i criteri di calcolo dell'indennizzo dovuto al professionista o all'imprenditore; la quale, a partire dagli anni 80 in tali casi, ha ragionato in un'ottica di adempimento della prestazione dedotta nel contratto invalido (così come nell'altra categoria di condotte era stata perseguita la finalità della reintegrazione integrale del danno subito): ritenendo - in ricordo della natura di quasi contratto attribuita alle relative obbligazioni fin dal periodo giustiniano - che chi ha eseguito la prestazione ha diritto, onde evitare lo squilibrio che si verrebbe altrimenti a provocare, ad una determinazione indennitaria estremamente aderente a quanto egli avrebbe percepito ove avesse stipulato un negozio valido.

E ad essere ricollocato in posizione sostanzialmente analoga a quella nella quale si sarebbe trovato in quest'ultimo caso: perciò nella medesima prospettiva di chi si propone effettivamente di trarre un guadagno dalla propria attività. Pur dando atto, infatti, che detto soggetto non ha diritto ad una controprestazione, né tanto meno a quella stessa prestazione che gli sarebbe spettata se il contratto stipulato fosse stato valido ed efficace, per l'insussistenza di un rapporto sinallagmatico, queste

decisioni hanno fatto ricorso alla finzione che il negozio sussistesse al limitato fine di determinare le utilità spettanti all'impoverito: con sistematico riferimento sia pure in via indiretta e meramente parametrica, al corrispettivo contrattualmente previsto ovvero a quello stabilito dalle tariffe professionali, nonché ad ogni ulteriore condizione contrattuale più favorevole all'autore della prestazione; ed attribuendo al riguardo ampio valore probatorio perfino alle fatture emesse dall'imprenditore (dal fornitore, o dal professionista), quanto all'importo ivi riportato mediante richiamo all'obbligo di fatturazione unitamente al rischio, anche penale inerente all'inesatta o addirittura falsa fatturazione (Cass. 9690/1999; 5021/1997).

Ne è scaturita una liquidazione estremamente favorevole all'impoverito, ed il più delle volte addirittura premiale, già avvertita da Cass. 1890/1983, non soltanto perché il relativo importo, avente pacificamente natura di credito di valore, viene rivalutato dal giudice alla data della pronuncia automaticamente e senza necessità della prova del maggior danno richiesta al creditore di pretese contrattuali dall'art. 1224 comma 2 c.c.; ma anche perché nella quantificazione non si tiene conto delle condizioni di particolare favore per la p.a., normalmente inserite nei contratti dalla stessa predisposti, nonché delle clausole e condizioni cui è subordinato il compenso, comunque prestabilito nella convenzione o nel capitolato e non rimesso a successive parcelle o alle tariffe professionali, che non consentirebbero di preventivarne la spesa.

Per cui, in questo settore l'azione di cui all'art. 2041 c.c., da rimedio residuale è divenuto sempre più l'obbiettivo principale di quanti hanno volontariamente eseguito una prestazione, pretermettendo del tutto l'osservanza dei normali canoni che presiedono alla conclusione dei contratti con la P.A., o non avendo convenienza ad utilizzarli; e mostrando, invece, interesse a far valere essi la nullità o l'inesistenza del contratto.

Da qui le pronunce di questa Corte rivolte a rimediare a tali incongruenze sia pure in relazione allo specifico caso concreto: ora incidendo in modo più rigoroso sul "riconoscimento dell'utilità dell'opera o della prestazione" da parte dell'amministrazione, che è stato escluso comunque nei casi di mera presentazione all'ente senza formale incarico, di un progetto o di un'opera, a prescindere dal fatto che questi li abbia ricevuti: con l'enunciazione del principio che tale attività non si identifica nella utilizzazione proficua della prestazione richiesta dalla norma (Cass. 5638/1995). Ora richiedendo che il riconoscimento debba provenire soltanto da atti degli organi deliberanti dell'ente pubblico o che ne abbiano per legge la rappresentanza esterna (Cass. 11133/2002; 9694/2001; 8285/2000). Mentre altre decisioni hanno cercato di introdurre maggior rigore nell'ambito dell'onere probatorio a carico del professionista o dell'imprenditore che agisce *ex art.* 2041 cod. civ., rilevando che il ricorso alle tabelle professionali o ai capitolati di appalto, è una mera finzione del tutto inaccettabile una volta stabilita la nullità dell'incarico o dell'appalto che costituisce la *conditio sine qua non* della loro applicazione; e che grava comunque sul richiedente l'onere di dimostrare, da un lato che egli nel tempo dedicato al compimento della prestazione per conto dell'ente pubblico avrebbe potuto espletare altre equivalenti attività, anch'esse egualmente remunerative. E, dall'altro, che se la p.a. avesse dovuto conferire l'incarico o l'opera *secundum legem*, avrebbe dovuto pagare, per rimborso spese e compensi, una somma analoga a quella indicata nella parcella o nel contratto (Cass. 1753/1987 e da ult. 6570/2005; 21292/2007, cit.). Pur con tali apprezzabili contemperamenti, neanche la rilettura in chiave contrattuale dell'istituto appare convincente, anzitutto per le ragioni inerenti alla sua ben precisa identità ed alla esclusiva finalità di indennizzare lo spostamento di ricchezza senza giusta causa dall'uno all'altro soggetto, già evidenziate per escluderne possibili funzioni risarcitorie (p. 6 ed 8); le quali ragioni non

consentono neppure di ricondurlo tra gli strumenti che l'ordinamento predispone per porre rimedio allo squilibrio nelle prestazioni, come invece avviene in ambito contrattuale. Sicché a maggior ragione gli è estraneo il ruolo, pur attribuitogli da non poche pronunce giurisdizionali, di assicurare all'autore di una prestazione eseguita malgrado l'invalidità di un contratto, il medesimo profitto che avrebbe ricavato nello stesso periodo di tempo da altre attività remunerate: soprattutto quando detta esecuzione derivi da una iniziativa propria e non sia rispettosa della legge.

Esso, per di più, non tiene in alcun conto che l'attività negoziale della p.a. è comunque soggetta a specifiche condizioni e limitazioni apposte direttamente dal legislatore, costituite dalle regole c.d. dell'evidenza pubblica che presidiano e condizionano l'attività negoziale della p.a.: costituenti un vero e proprio sistema rigido" e vincolante, per il quale: A) i comuni, le Province e gli altri enti locali indicati nel T.U. appr. con R.D. n. 383 del 1934, ancora vigente all'epoca dell'appalto affidato alla Cooperativa Ravennese, non possono assumere obbligazioni senza rendersi conto del loro ammontare e senza conoscere se e come farvi fronte: perciò dovendo indicare (artt. 284 e 288 c.c.) nelle relative deliberazioni a pena di nullità l'ammontare di esse e i mezzi per farvi fronte (Cass. sez. un. 12195 e 13831/2005, nonché 8730/2008); B) all'assunzione della spesa deve necessariamente seguire una fase preliminare, caratterizzata dalla formazione della volontà della P.A., che resta sul piano del diritto amministrativo, ed è disciplinata dalle regole ed. dell'evidenza pubblica, poste dalla legge, da un regolamento nonché da atti generali della stessa amministrazione (Cass. 17697/2005; 14789/2003; 2235/1998; 7151/1983); che si conclude con la delibera a contrarre, destinata a disporre in ordine alla stipulazione del negozio; C) e quindi la sussistenza di un atto contrattuale redatto nelle forme di legge e sottoscritto dal rappresentante esterno dell'ente stesso e dal

privato, da cui deve desumersi la concreta instaurazione del rapporto negoziale con le indispensabili determinazioni in ordine alle prestazioni da svolgersi ed al compenso da corrispondergli; che deve perciò essere stabilito all'interno del contratto (Cass. 19670/2006; 11930/2006; 4635/2006; 1702/2006; 24826/2005); D) seppure è vero che detti principi devono essere temperati con la regola di carattere generale che non sono ammessi arricchimenti ingiustificati né spostamenti patrimoniali ingiustificabili neppure a favore della p.a., è pur vero che le regole suddette rivolte a sollecitare un più rigoroso rispetto dei principi di legalità e correttezza da parte di coloro che operano nelle gestioni locali, come già rilevato da queste Sezioni Unite, sono ricollegabili al buon andamento, di dette amministrazioni in un quadro di certezza e di trasparenza, e trovano oggi fondamento nello stesso art. 97 Cost..

Si tratta, dunque, di regole ritenute da dottrina e giurisprudenza assolutamente inderogabili ed aventi forza talmente cogente da invalidare e travolgere qualsiasi convenzione con esse confliggente, per cui è per lo meno illogico utilizzare il rimedio dell'art. 2041 c.c., per renderle inoperanti e ricollocare 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: perciò consentendone la sostanziale neutralizzazione in nome di imprecisate esigenze equitative. Ed è ancor più contraddittorio dopo avere invocato la funzione riequilibratrice del modello contrattuale, prenderne inopinatamente le distanze onde giustificare detta elusione, in nome del postulato, più volte ripetuto dalla sentenza impugnata, che nell'azione di indebito arricchimento non rilevano né il pregresso titolo negoziale né la disciplina dallo stesso introdotta proprio per l'invalidità del negozio o per la sua avvenuta caducazione: anche perché questo principio comporta soltanto che una ragione di tutela sussiste per

l'impovertito anche quando il titolo principale sia venuto meno o non abbia comunque raggiunto alcuna operatività (cfr. l'art. 812 comma 1 del ricordato codice civile tedesco, per il quale "L'obbligazione sussiste anche quando la ragione giuridica viene meno successivamente...").

Ma solo un salto logico può indurre ad attribuire a detta tutela il carattere di rimedio *extra ordinem*, che, da un lato, comprenda tutti i benefici derivanti da un contratto valido, e dall'altro lo trascenda per aggiungervi anche quelli altrimenti non consentiti dalle condizioni e dai limiti che nell'ordine normativo presidiano l'attività negoziale degli enti pubblici a meno di non trasformarla in uno strumento utilizzabile per sottrarsi all'applicazione delle leggi che dettano le "normali regole di contabilità pubblica in tema di copertura di spesa" allorquando appaiono inique (pag. 7 - 8 sent. imp.).

Il che è quanto è avvenuto nella fattispecie, in cui la cooperativa aggiudicataria di un appalto in base ad una gara annullata ha comunque eseguito la prestazione in luogo dell'effettivo aggiudicatario in base a regolare asta pubblica; ed ha conseguito tramite l'azione di cui all'art. 2041 c.c., interpretata nel senso di non tener conto di esse, un compenso ben più elevato rispetto a quello che sarebbe spettato al contraente adempiente e rispettoso di dette regole.

Proprio per impedire tale risultato, di apportare di fatto, attraverso il rimedio in esame, singole modifiche e/o correzioni agli istituti giuridici di cui si tratta o a singoli aspetti di essi, e comunque di ovviare a conseguenze non gradite del sistema giuridico imperniato sull'evidenza pubblica - peraltro in base a valutazioni meramente soggettive - il legislatore, in un'ottica di risanamento delle finanze locali, ne ha radicalmente modificato la possibilità di applicazione nei confronti dei comuni e di altri enti locali.

Ed a partire dalla L. n. 144 del 1989, non ha più consentito il ricorso alla prassi di conferire, senza il rispetto di dette normative, appalti, incarichi e forniture, poi egualmente remunerati con il ricorso alla regola dell'indebito arricchimento, rendendo l'amministratore o il funzionario locale direttamente responsabile del conferimento, ed attribuendo all'autore della prestazione le normali azioni contrattuali direttamente nei confronti di costui; con conseguente impossibilità di esperire l'azione di indebito arricchimento senza causa nei confronti dell'ente locale, stante il difetto del necessario requisito della sussidiarietà. 10. Anche l'interpretazione logico - sistematica dell'art. 2041 c.c., induce, conclusivamente, il Collegio a ribadire che nel periodo antecedente alla legge suddetta il rimedio debba mantenere il carattere di mezzo di tutela residuale e sussidiaria che l'ordinamento mette a disposizione del privato - allorché non dispone nei confronti della P.A. di nessun'altra specifica azione sia essa contrattuale, o al di fuori del contratto - al fine di garantirgli la conservazione della posizione patrimoniale.

Ovvero (se si segue la dottrina più moderna), la restituzione del beneficio (e/o del profitto) conseguito dall'amministrazione.

Neppure nell'ambito di quest'ultima via, residua perciò spazio per trasformare l'azione restitutoria in un meccanismo rivolto ad assicurare il "giusto corrispettivo" dell'incarico, o dei lavori eseguiti; e comunque, più in generale, per garantire gli effetti sostanziali dell'azione contrattuale attraverso l'artificio di valutazioni parametriche. Ed anche allorché esperita nei confronti della P.A., la depauperazione di cui all'art. 2041 c.c., deve comprendere, come già affermato dalla lontana Cass. 1471/1965, tutto quanto il patrimonio ha perduto (in elementi ed in valore) rispetto alla propria precedente consistenza; ma non anche i benefici e le aspettative connessi con la controprestazione pattuita quale corrispettivo dell'opera, della fornitura, o della prestazione

professionale, non percepito: quale esemplificativamente, per quanto qui interessa, il profitto di impresa, le spese generali e “la retribuzione dell’opera che non sia consistita nella progettazione o direzione dei lavori”, con i relativi accessori, nonché ogni altra posta rivolta ad assicurare egualmente al richiedente - direttamente o indirettamente, tramite il ricorso ai parametri di cui si è detto - quanto si riprometteva di ricavare dall’esecuzione del contratto; o che è lo stesso dall’esecuzione di analoghe attività remunerative nello stesso periodo di tempo.

Resta da queste statuizioni assorbita e risolta anche la questione della utilizzabilità della revisione prezzi nella determinazione dell’indennizzo dovuto all’imprenditore che ha eseguito l’opera al di fuori di un valido contratto di appalto, che la Corte siciliana ha contraddittoriamente liquidato dopo aver ripetutamente escluso di voler far ricorso all’istituto - tipico del contratto suddetto introdotto dal d.l.c.p.s. 1501 del 1947 (o dall’art. 1664 cod. civ. per gli appalti privati): senza saper peraltro indicare quali norme o principi giuridici prevedano un rimedio simile nell’ambito della nozione di “impoverimento patrimoniale”: perciò solo apoditticamente affermato (pag. 9).

D’altra parte, se lo scopo dell’inclusione dell’importo suddetto è soltanto quello indicato dalla Corte nella prima parte della motivazione, di compensare i maggiori esborsi dovuti sostenere dal Consorzio ravennate per la realizzazione dell’opera a causa dell’aumento dei prezzi dei materiali e della manodopera, allora lo stesso doveva essere subordinato esclusivamente alla prova rigorosa da parte dell’impresa, di averli effettivamente sostenuti (in misura superiore a quella riconosciuta dal Comune con la delibera 648/1991); e dovendo l’indennizzo essere calcolato nei soli limiti in cui la relativa prova era stata fornita, non aveva senso il riferimento al valore dei beni realizzati e dei servizi utilizzabili, né tanto meno all’aumento percentuale dei prezzi correnti di mercato subito nel periodo considerato, che è lo

strumento di analisi tipico dell’istituto contrattuale: anche perché nel caso non poteva esservi il dato iniziale di raffronto solitamente costituito dai prezzi di capitolato, indispensabile per quantificare l’eventuale differenza.

Mentre se la decisione ha inteso remunerare “l’utile d’impresa” e comunque l’aumento percentuale subito dai prezzi di mercato nel periodo considerato, si da determinare (e compensare) la variazione assoluta presunta della spesa complessiva dell’opera (da qui il riferimento al suo valore effettivo), perciò avvalendosi del meccanismo esclusivo dell’istituto della revisione e peraltro conseguendone la precipua funzione, non bastava escludere ripetutamente di avervi inteso fare ricorso, una volta che era stato interamente applicato; ed il consueto espediente di precisare che l’utilizzazione è avvenuta a titolo meramente parametrico per quantificare la diminuzione patrimoniale in base a dati certi e non arbitrari, non poteva valere per quanto si è detto a superare la considerazione della stessa Corte di appello che l’istituto non era applicabile perché ne difettavano i presupposti previsti dalla legge: a cominciare dall’esistenza di un valido contratto di appalto tra le parti, senza il quale dunque il compenso revisionale non poteva essere corrisposto né direttamente, né per via indiretta (Cass. 5951/2008; 10868/2007).

Il Collegio deve aggiungere che esso non poteva essere liquidato neppure se fosse stato previsto dal contratto di appalto caducato dalle pronunce del giudice amministrativo: posto che la legge 37 del 1973 ha vietato ogni genere di patti in materia, perciò escludendo che il riconoscimento della revisione possa avvenire in via preventiva in sede di stipulazione del contratto e consentendolo soltanto mediante un atto successivo, unilaterale dell’amministrazione che può, dunque, sopravvenire soltanto durante lo svolgimento dell’appalto ovvero al termine di esso (Cass. sez. un. 21292/2005; 18126/2005; 6993/2005).

In relazione alla cui concessione la posizione dell'appaltatore è stata tradizionalmente qualificata di interesse legittimo (Cass. sez. un. 23072/2006; 22903/2005; 1996/2003).

Per cui, attribuendo al rimedio in esame anche la funzione di adeguare altresì i prezzi ai mutati costi dei fattori produttivi da utilizzare per l'adempimento dei lavori, che è invece il ruolo assegnato dal legislatore esclusivamente all'istituto della revisione prezzi, è stato ancora una volta conseguito il risultato di neutralizzare le regole sui presupposti, sui termini e sui procedimenti tassativamente posti dalla legge per la sua applicazione; e la Corte territoriale si è in concreto sostituita alla stazione appaltante nella valutazione discrezionale della "facoltà" di autorizzare la revisione riservata fin dal d.l.c.p.s.1501/1947 esclusivamente a quest'ultima: perciò incorrendo in una palese violazione del divieto posto dall'art. 4 L. n. 2248 del 1865, e trasformando la tradizionale posizione di interesse legittimo dell'appaltatore che non gli avrebbe consentito di pretenderla nell'azione contrattuale, in quella di diritto soggettivo perfetto a conseguirla automaticamente per il solo fatto che a causa della invalidità del contratto sia ammesso ad esercitare la tutela residuale e sussidiaria concessa dall'art. 2041 c.c.

Per queste ragioni, il Collegio deve concludere che la revisione prezzi non può costituire neppure un parametro di riferimento di cui tener conto ai fini della liquidazione dell'indennizzo anche perché l'utilizzabilità del relativo meccanismo è sottoposto dalla legge a precisi limiti e condizioni, peraltro sempre all'interno di un valido contratto di appalto di o.p.; per cui non è corretto estrapolarlo dal suo contesto ed utilizzarlo senza i limiti di legge cui esso è soggetto, nonché a maggior ragione per eludere i limiti suddetti, e porre l'appaltatore che ha stipulato un contratto nullo o addirittura inesistente in una situazione più vantaggiosa di quella cui avrebbe avuto diritto in esecuzione di un contratto valido.

...*Omissis*....

## LA NOTA

SOMMARIO: 1. Sentenza Cassazione Civile, sez. un., 11 settembre 2008, n. 23385. – 2. Arricchimento senza giusta causa *ex art.* 2041 c.c. – 2.1. Arricchimento. – 2.2. Danno. – 3. Quantificazione della restituzione. – 4. Rapporto tra tutela restitutoria *ex art.* 2041 c.c. e risarcitoria. – 5. Sussidiarietà dell'azione *ex art.* 2042 c.c.

1. La sentenza che si annota<sup>1</sup> investe l'interpretazione dell'art. 2041 c.c., con riguardo all'indennizzo da liquidare

---

<sup>1</sup> Cass. s.u. 11-9-2008, n. 23385: «Per la cassazione della sentenza l'amministrazione comunale ha proposto ricorso per quattro motivi, cui resiste il Consorzio Ravennate con controricorso illustrato in memoria. La prima sezione della Corte, con ordinanza interlocutoria 19944 del 26 settembre 2007, ha trasmesso la controversia al Primo presidente per l'eventuale assegnazione alle S.U., rilevando che sussiste un contrasto con le sezioni semplici circa i criteri di calcolo dell'indennizzo *ex art.* 2041 cod. civ.; e considerando di particolare importanza la questione della utilizzabilità della revisione prezzi quale criterio per la determinazione del valore dell'indennizzo al momento del verificarsi dell'arricchimento.

1) Con il primo motivo del ricorso, il Comune, deducendo violazione dell'art. 2041 cod. civ. e vizi di motivazione, addebita alla sentenza impugnata di avere erroneamente attribuito alla controparte una somma superiore a quella contrattualmente dovuta; di avere applicato la revisione prezzi calcolata dal direttore dei lavori, malgrado la stessa fosse stata immediatamente contestata dall'amministrazione con il richiamo dei criteri dettati dall'art. 2041 cod. civ.: peraltro a partire dal 29 ottobre 1986, data della gara d'appalto, e perciò da epoca addirittura anteriore alla sottoscrizione del contratto, e di avere ritenuto irrilevante il regolamento contrattuale che, invece, doveva rappresentare l'indice di riferimento al fine di stabilire non l'impoverimento, ma l'arricchimento delle parti; di avere, infine, ricompreso nell'impoverimento il lucro cessante, operando una sorta di *restitutio in integrum*, mentre l'arricchimento, nella disciplina dell'art. 2041 cod. civ. non rappresenta il quantum della pretesa dell'impoverito, ma il suo limite massimo, nel senso che l'indennità dovuta dell'arricchito trova un secondo



all'imprenditore-professionista per l'esecuzione, a favore della P.A., di un'opera al di fuori di un valido contratto di appalto.

A seguito ai primi due gradi di giudizio<sup>2</sup>, in cui si è adottata un'interpretazione estensiva del concetto di diminuzione patrimoniale, allargando il danno indennizzabile fino a comprendere il lucro cessante, la Cassazione ha avvallato invece una visione restrittiva dell'obbligazione restitutoria derivante

---

punto di riferimento nell'ammontare del danno. 2) Con il secondo motivo, deduce la violazione dell'art. 2041 cod. civ. ed il vizio di motivazione, lamentando che la Corte territoriale, abbia dapprima affermato l'inesistenza di un contratto di appalto, e, poi, contraddittoriamente l'esistenza di una cessione a titolo oneroso, che invece era da escludere poiché il diritto all'indennità nasce da uno spostamento patrimoniale privo di una causa; che lo giustificò; che l'IVA comunque non era dovuta sull'importo revisionale, punto sul quale la sentenza aveva contraddittoriamente taciuto. 3) Con il terzo motivo, deducendo violazione dell'art. 2041 cod. civ., dell'art. 103 del regolamento n. 350/1895, della L. n. 2248 del 1965, art. 344 e ss. del D.Lgs. n. 1501 del 1947, art. 1, si duole che la Corte territoriale abbia ritenuto ammissibile l'azione di arricchimento senza causa nei confronti di un comune; ed abbia riconosciuto al Consorzio una revisione prezzi, che invece è espressione di un potere discrezionale dell'Amministrazione. 4) Con il quarto motivo, deducendo violazione dell'art. 33, legge 41 del 1986, art. 33, censura nuovamente la sentenza impugnata per avere riconosciuto il diritto ad un compenso revisionale in assenza dei presupposti di legge».

<sup>2</sup> Il Tribunale di Catania con sentenza del 31 marzo 2000 condannava il comune di Acireale al pagamento, in favore del Consorzio Ravennate delle Cooperative di produzione e lavoro, della somma di L. 992.363.470 a titolo di arricchimento senza causa, corrispondente alla differenza tra quanto il comune aveva riconosciuto a titolo di indennizzo ed il valore effettivo delle opere realizzate nell'ambito di un contratto di appalto annullato dal Consiglio di giustizia amministrativa della Regione siciliana. In accoglimento dell'appello incidentale del Consorzio, la Corte di appello di Catania con sentenza del 21 febbraio 2003, dopo la conferma della giurisdizione del giudice ordinario, ha elevato l'importo dell'indennizzo ad € 571.136,00, oltre a respingere l'appello principale del Comune. Ha osservato al riguardo: 1) l'ammontare dell'indennizzo non può essere limitato con riferimento al corrispettivo contrattualmente determinato ed al relativo impegno di spesa; 2) l'indennizzo deve tenere conto sia del valore effettivo sia del mancato guadagno dell'impegno; 3) la stazione appaltante è altresì tenuta al pagamento dell'IVA sull'importo corrisposto.

dall'arricchimento senza giusta causa. Alla base dell'intervento chiarificatore della Suprema Corte si colloca il richiamo, in tema di appalto con la P.A., al sistema della revisione dei prezzi, quale criterio di calcolo nella quantificazione dell'indennizzo, sulla scorta della decisione del giudice di merito di secondo grado.

Ai fini di una chiara ed esaustiva trattazione della materia, le S.U. hanno individuato i presupposti<sup>3</sup> che caratterizzano l'istituto che poggia sul combinato degli artt. 2041 e 2042 c.c.: a) nell'arricchimento senza causa di un soggetto; b) nell'ingiustificato depauperamento di un altro; c) nel rapporto di causalità diretta ed immediata tra le due situazioni, di modo che lo spostamento risulti da un unico fatto costitutivo; d) nella sussidiarietà dell'azione che, a differenza dei suddetti elementi, è riportata nell'articolo 2042 c.c.

La nozione di arricchimento da utilizzare nel presente contesto, nella sua valutazione economico-giuridica, non desta particolari problemi, poiché coincide con l'opinione radicata, tanto nella dottrina quanto nella giurisprudenza, secondo cui attribuzione economica va intesa in senso estensivo, includendovi, oltre l'incremento effettivo nella sfera patrimoniale, anche la depauperazione economica di un soggetto ove abbia portato ad evitare un esborso producendo un risparmio di una spesa o l'esclusione di una perdita<sup>4</sup>.

Sulla questione relativa alla delimitazione tra la tutela restitutoria e quella risarcitoria, invece, la Corte di cassazione prende una posizione netta, anche se in linea con i precedenti, ponendo un ulteriore elemento a favore dell'orientamento che si oppone ad una possibile coincidenza tra l'azione restitutoria ed il

---

<sup>3</sup> Cass. 30-5-2007, n. 12700, secondo la quale ai sensi dell'art. 2041 c.c. l'azione generale di arricchimento senza causa annovera tra i suoi elementi costitutivi, oltre al pregiudizio dell'attore e all'arricchimento dell'obbligato, anche la correlazione fra i suddetti elementi, oltre alla mancanza di una giusta causa.

<sup>4</sup> Cass. 11-5-2007, n. 10884.

risarcimento del danno *ex art.* 1227 c.c., comunemente accordato nei casi di responsabilità contrattuale ed aquiliana.

Tale problema si è posto inizialmente, allorché si è cristallizzato nelle pronunce giurisprudenziali, la possibilità di esperire l'azione in commento nei confronti della P.A., ove questa abbia usufruito della prestazione del professionista a fronte della nullità del contratto causa. Ma è soltanto a metà degli anni novanta che la Corte<sup>5</sup> affronta la questione dell'inclusione del mancato guadagno nella "diminuzione patrimoniale", risolvendola alla luce di un'interpretazione estensiva. In tale contesto, appare di tutta evidenza il favore accordato al fruitore dell'azione: tale lettura permette di affiancare alla restituzione delle spese sostenute, quale voce nel più ampio *genus* del danno emergente, quanto costui avrebbe conseguito a titolo di guadagno qualora il contratto fosse risultato valido<sup>6</sup>.

Quello che è stato compiuto a livello dottrinale e giurisprudenziale con riguardo a tale indirizzo altro non è che una mera trasposizione dei contenuti sviluppati in tema di responsabilità aquiliana alla materia dell'arricchimento, con il risultato di computare all'interno dell'indennizzo da restituire anche il mancato guadagno. In senso contrario a tale indirizzo, sulla scorta di precedenti decisioni<sup>7</sup>, le sezioni unite in epigrafe

<sup>5</sup> V. in tal senso Cass. 12-4-1995 n. 4192, in *Foro it.*, 1995, I, 1716, e in *Giur. It.*, 1996, I, 1, 505, la quale si è espressa in termini favorevoli all'inclusione del mancato guadagno nell'ambito della diminuzione patrimoniale; Cass. 5-8-1996, n. 7136.

<sup>6</sup> Cass. 5-8-1996, n. 7136, cit.; Cass. 29-3-2005, n. 6570.

<sup>7</sup> Cass. 18-5-1965, n. 966, *GI*, 66, I, 1143 si pronuncia in maniera decisa contro l'ipotesi di arricchimento dell'impoverito, al fine di escludere dalla tutela restitutoria ogni pregiudizio che non corrisponda ad un profitto dell'arricchito; Cass. 12-7-1965, n. 1471, riporta la prima interpretazione restrittiva del danno *ex art.* 2041 c.c., inquadrando tale azione restitutoria nei limiti del danno emergente e non anche del lucro cessante; Cass. 26-11-1986, n. 6981, *FP*, 89, I, 291 secondo cui non rilevarebbe l'interesse dell'autore dell'opera al guadagno che avrebbe

hanno ritenuto di dirimere il contrasto privilegiando un'interpretazione dell'art. 2041 c.c. che esclude dal calcolo dell'indennità richiesta per la "diminuzione patrimoniale" quanto il professionista avrebbe lucrato dal corretto adempimento del contratto, eliminando il mancato guadagno dalle voci indennizzabili tramite tale tutela restitutoria.

Alla luce di quanto detto, l'eventuale profitto conseguibile, che pur costituisce componente del danno patrimoniale subito *ex art.* 2043 c.c., rimane escluso dall'ambito dell'art. 2041 c.c.<sup>8</sup>. In questa prospettiva, il sostanziale punto di approdo del ragionamento dei giudici di legittimità consiste nell'escludere dalle finalità proprie della tutela restitutoria la vocazione redistributiva con finalità riequilibratrice che potrebbe derivare dall'inclusione del lucro cessante nelle voci del danno *ex art.* 2041 c.c.

Questo *iter* argomentativo vuole ribadire che l'indirizzo dottrinario volto ad equiparare l'arricchimento senza causa all'azione risarcitoria *ex art.* 2043 c.c. non trova giustificazione nel sistema, a causa della radicale differenza delle fonti delle due distinte obbligazioni, quella restitutoria e quella risarcitoria<sup>9</sup>. Si tratta di una decisione coerente con la disciplina delle obbligazioni, da cui si desume, attraverso la lettura dell'art. 1173 c.c., l'origine distinta delle due tutele: mentre quella risarcitoria nasce da una condotta illecita, specificamente indicata nel suddetto articolo, quella restitutoria, *ex art.* 2041 c.c., presenta due elementi non riconducibili al rapporto di causa-effetto, bensì consistenti negli

conseguito stante un contratto valido; Cass. 18-2-1987, n. 1753, riguardo all'impossibilità di affidarsi a parametri contrattuali, al fine di determinare il mancato guadagno, alla luce della nullità del negozio stesso; Cass. 2-12-2004, n. 22667, le quali trattano in termini specifici la nozione di diminuzione patrimoniale nel contesto in specie, limitandolo alle spese sostenute; Cass. 23-7-2003, n. 11454.

<sup>8</sup> V. in tal senso Cass. 26-9-2005, n. 18785.

<sup>9</sup> A. di Majo, *Danno e mancato profitto nell'arricchimento senza giusta causa*, in *Corr. giur.*, I, 2009, 68 s.

effetti causati da «circostanze esterne al meccanismo di produzione della fonte», al contempo produttori di un'obbligazione restitutoria.

A voler allargare lo spettro visuale, anche il contenuto e la funzione si attestano su piani diversi, poiché l'azione risarcitoria vuole reagire ad un danno mediante un rimedio che ristabilisca la situazione patrimoniale antecedente all'illecita ingerenza, il che giustifica l'inclusione del lucro cessante nel concetto di danno da tutelare; mentre la restituzione sposta l'attenzione sul profitto ingiustamente realizzato, al fine di riparare lo squilibrio derivante dallo spostamento patrimoniale. L'intenzione è quella di rivendicare l'autonomia semantica della nozione di danno combinata nell'art. 2041 c.c. e quella propria dell'art. 2043 c.c.: le stesse norme richiamano concetti sostanzialmente diversi, utilizzando in un caso il concetto "pregiudizio" e nell'altro quello di "danno ingiusto", quale conseguenza di un fatto illecito e frutto, a sua volta, di condotte dolose o colpose del tutto estranee al contesto letterale dell'arricchimento senza causa. Qualora figurasse l'elemento soggettivo anche nelle ipotesi di arricchimento si assisterebbe, infatti, ad una sovrapposizione tra le due tipologie di tutela, riducendo a mero simulacro normativo il principio di sussidiarietà riportato nel dettato dell'art. 2042 c.c.<sup>10</sup>. Tali argomentazioni mirano a definire tutele assolutamente distinte sotto molteplici angoli visuali e la possibilità di raffigurare l'azione restitutoria come regola generale, che possa fungere da complemento del rimedio risarcitorio, conferendo copertura normativa alle fattispecie in cui si ravvisino la mancanza di elementi richiesti dall'art. 2043 c.c., onde evitare di collocare in

<sup>10</sup> La conseguenza è quella di far prescindere il rimedio *ex art.* 2041 c.c. da ogni ingerenza dell'elemento soggettivo, a differenza dell'azione risarcitoria in cui tale elemento è condizione per addossare il profitto perduto dal danneggiato al danneggiante.

un'ottica panaquiliana l'art. 2041 c.c., annullandone l'autonoma funzione recuperatoria.

Le stesse S.U. ritengono che il problema vada inquadrato in una prospettiva differente alla luce delle letture dottrinali di stampo moderno, le quali spostano l'attenzione dal binomio danno-diminuzione patrimoniale al profitto conseguito dall'arricchito. L'idea è di spostare il punto di riferimento sul profitto realizzato mediante fatto ingiusto in ossequio alla cd. "teoria del profitto creato", la quale riconosce la possibilità di ricorrere all'azione restitutoria ove si manifesti un incremento nella sfera patrimoniale dell'arricchito, prescindendo dalla correlazione tra locupletazione e perdita economica. In base a questa prospettiva diviene centrale il solo «plusvalore prodotto attraverso risorse altrui», il che conferisce all'istituto una funzione di clausola generale che mira alla totale restituzione del profitto, «indipendentemente dall'esistenza e dall'entità del danno»<sup>11</sup>. Il punto che la Cassazione vuole evidenziare, così da distinguere i presupposti di danno e arricchimento e conseguentemente risolvere la questione dell'incidenza del lucro cessante nella tutela restitutoria *de qua*, va ravvisato nella funzione del rimedio *ex art.* 2041 c.c. la quale consiste nell'eliminazione delle iniquità derivanti da uno spostamento patrimoniale che non trovi giustificazione di diritto: la restituzione, pertanto, viene disposta nei limiti dell'arricchimento e non già in dipendenza dell'ammontare dell'elemento del danno, come invece accade nell'ottica dell'art. 2043 c.c.

In un quadro descrittivo particolarmente accurato, come quello che prospetta la sentenza in commento, l'interprete deve farsi carico dell'onere di cogliere la reale natura dell'azione di arricchimento nell'ambito dell'apparato normativo, sulla scorta

<sup>11</sup> Questa prospettiva ha permesso di estendere l'azione di arricchimento senza giusta causa sino ai diritti sui beni immateriale, con specifica incidenza in materia di comportamenti lesivi di brevetti industriali. V. sul punto Cass. 12-4-1999, n. 3599.

della sua collocazione sistematica e funzionale. L'art. 2041 c.c. assurge al ruolo, precedentemente ammesso dalla Relazione al progetto del codice e ad oggi confermata dalla Cassazione, di norma di chiusura volta a garantire tutela anche ai casi non previsti singolarmente dal legislatore, ora per ragioni puramente economiche, ora per la naturale evoluzione sociale delle situazioni giuridiche: ne discende «l'idoneità a recepire una serie illimitata di ipotesi indefinite» di volta in volta ritenute meritevoli di tutela *ex post*.

Il bisogno di estendere al massimo la portata applicativa dell'art. 2041 c.c. anima anche la scelta, chiara in dottrina ma soprattutto in giurisprudenza, di escludere l'elemento soggettivo dai presupposti caratterizzanti di tale azione, con il risultato di non attribuire peso alcuno alla sussistenza del dolo o della colpa, almeno per quanto riguarda il concretizzarsi della fattispecie<sup>12</sup>, raffigurandosi come una sorta di istituto di carattere oggettivo che, a dispetto della sua connotazione di istituto eccezionale, quindi applicabile a specifiche ipotesi, diviene regola generale, pertanto liberamente applicabile tanto nei casi di «arricchimento conseguito appropriandosi di altrui utilità», quanto nei casi che derivano da comportamenti dell'impovertito. Tutto ciò incide sulla natura dell'azione la quale dipende dal fondamento dell'istituto che, ancora grazie alle S.U., viene individuato nell'evitare un arricchimento a danno altrui e non come reazione riequilibrativa del danno. Ciononostante, non mancano casi in cui è lo stesso legislatore a rielaborare la figura in esame per spostarne il baricentro sull'elemento del danno, creando una fattispecie che manifesta la necessità sia di proteggere la posizione giuridica del

<sup>12</sup> Diverso è a dirsi relativamente alla quantificazione dell'indennizzo, nel quale l'elemento soggettivo potrebbe trovare un peso, ma il punto è oggetto di trattazione successiva ed a questa si rimanda.

danneggiato, sia di ricercare, in ottica ridistribuiva, un equilibrio tra le prestazioni<sup>13</sup>.

Non vanno però dimenticate le caratteristiche della fattispecie concreta all'esame della Suprema Corte: per un caso di prestazione professionale o imprenditoriale eseguita in forza di un contratto invalido, del quale non è stato possibile ottenere il corrispettivo dalla P.A.<sup>14</sup>. A partire dagli anni ottanta il *leit motiv* vuole l'inclusione del mancato guadagno all'interno dell'indennizzo spettante al professionista, dando rilievo all'adempimento della prestazione dedotta nel contratto stipulato, seppur invalido: il favore nei confronti del professionista si estrinsecava nell'ottenere una controprestazione strettamente aderente a quanto avrebbe percepito in presenza di un negozio valido. L'*iter* logico alla base di tale posizione muove dall'assunto che il professionista non ha diritto alla prestazione che gli sarebbe spettata in esecuzione del contratto, a causa del venir meno del rapporto sinallagmatico, ma fa ricorso alla finzione secondo cui il negozio continua a sussistere limitatamente alla determinazione del *quantum* di spettanza dell'impovertito.

<sup>13</sup> È interessante al riguardo ricordare, in maniera esemplificativa, le fattispecie di consumazione della cosa altrui di cui agli artt. 935 e 939 c.c., la cui tutela si esplicita nel riconoscimento di un'indennità pari al valore della cosa in oggetto. Ancora più marcata è la garanzia dell'impovertito nell'ipotesi dell'art. 2126 c.c., qualora si sia data esecuzione ad un a prestazione lavorativa in esecuzione di un contratto di lavoro nullo o annullato: risulta chiaro che il legislatore ha inteso privilegiare la prestazione di lavoro subordinato, conferendo una tutela restitutoria forte al danneggiato, il quale avrà diritto a vedersi corrisposto l'integrale valore della prestazione svolta, e simmetricamente ottenuta, senza causa.

<sup>14</sup> In tal senso v. Cass. 15-4-2008, n. 9906, in cui si dispone che l'annullamento dell'aggiudicazione di una gara ad evidenza pubblica conferisce il diritto, al professionista aggiudicatario che ha svolto l'opera, al risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale e alla restituzione *ex art.* 2041 c.c., per via della automatica caducazione del contratto per mancanza di legittimazione ad negoziare.

La decisione delle S.U.<sup>15</sup> ritiene sproporzionata, se non addirittura eccessiva, la liquidazione prospettata, quasi si trattasse di un credito di valore, come tale automaticamente rivalutato dal giudice alla data della pronuncia. Una tale soluzione renderebbe quasi più conveniente per i professionisti operanti in tale settore l'invocazione dell'invalidità del contratto, e quindi dell'azione restitutoria, piuttosto che il corretto svolgimento dei rapporti con la P.A. Di qui le pronunce della Corte rivolte a rimediare a tali incongruenze, tramite la più rigorosa valutazione dell'utilità dell'opera o della prestazione<sup>16</sup> per l'Amministrazione<sup>17</sup>, oltre che tramite l'inasprimento dell'onere probatorio in capo al professionista che voglia agire *ex art.* 2041 c.c. Alla luce di quanto esposto, sembra pressoché illogico porre il professionista nella medesima situazione in cui si sarebbe trovato ove il contratto, nel caso giuridicamente inesistente, avesse avuto regolare

<sup>15</sup> La sensazione era già stata avvertita da Cass. 14-3-1983, n. 1890, ma il panorama giurisprudenziale non avrebbe permesso il pieno affermarsi di questa lettura.

<sup>16</sup> Si è ammessa la possibilità che tale riconoscimento possa derivare per implicito dal concreto utilizzo dell'opera da parte della P.A., come statuisce la Cass. 5-11-1982 n. 6096. Si esclude, al contrario, la necessità che la P.A. indichi il vantaggio economico conseguito, v. Trib. Roma 27-10-2006, n. 32299, in cui si concerta che l'azione di arricchimento senza giusta causa può essere legittimamente esperito nei confronti della P.A. laddove sussista il riconoscimento dell'utilità della prestazione da parte dell'ente pubblico, quale indefettibile elemento. Sarebbe proprio questo che caratterizzerebbe tale azione nell'ambito pubblico, in quanto sarebbe richiesto, non solo la sussistenza dell'esecuzione di una prestazione vantaggiosa senza causa per l'ente, ma anche l'ulteriore requisito del riconoscimento dell'*utilitas* della prestazione stessa. Detto riconoscimento può risultare tanto esplicitamente da atto formale, quanto implicitamente *per facta concludentia*, dall'utilizzo della stessa ovvero dalla mancata contestazione.

<sup>17</sup> È stato richiesto, inoltre, che il riconoscimento di pubblica utilità provenga da atti degli organi deliberanti dell'ente pubblico o che ne abbiano rappresentanza esterna *ex lege*. In tal senso Cass. 26-2-2002, n. 1113; Cass. 27-6-2001, n. 9694.

esecuzione<sup>18</sup>. E le stesse tabelle professionali sono una finzione inaccettabile alla luce della nullità del rapporto contrattuale, che altro non è che la *condicio sine qua non* del loro utilizzo.

La conclusione da scongiurare consiste nel permettere, attraverso il rimedio in esame, di beneficiare delle utilità del contratto nonostante la sua invalidità, aggirando così i limiti a presidio della contrattazione con gli enti pubblici<sup>19</sup>. La stessa interpretazione logico-sistematica dell'art. 2041 c.c. ha indotto il Collegio a ribadire che il rimedio mantiene la natura di tutela residuale e sussidiaria e che l'ordinamento mette a disposizione del privato nei casi di assenza di altre azioni esperibili nei confronti della P.A., di matrice tanto contrattuale quanto aquiliana. Questa funge da riprova dell'esclusione del mancato guadagno, quale controprestazione dedotta nel contratto, dall'indennizzo dovuto.

Sulla base di queste ragioni la Suprema Corte ha ripudiato la revisione dei prezzi come parametro per identificare la liquidazione dovuta, per la rigidità dei limiti e delle condizioni di utilizzo e ciò rende impossibile, pertanto, estrapolare tale parametro dal contesto e innestarlo in fattispecie come quella in commento, per mettere il professionista in una posizione più vantaggiosa rispetto a quella collegata all'esecuzione di un contratto valido, invertendo la gerarchia di utilità tra tutela e prestazione.

Nel corso della motivazione la sentenza ripercorre le principali posizioni della dottrina, i pregressi orientamenti

<sup>18</sup> A maggior ragione deve essere smentito qualsivoglia indirizzo, pur attribuitogli da alcune pronunce giurisprudenziali, che permetta di indennizzare «il profitto eventualmente ricavato nello stesso periodo di tempo da altre attività remunerate».

<sup>19</sup> Questa fattispecie è quanto successo nel caso in specie, in cui «la cooperativa aggiudicataria di un appalto, in base ad una gara annullata, ha comunque eseguito la prestazione ed ha conseguito», tramite l'azione di arricchimento senza causa, un compenso ampiamente più elevato di quello che le sarebbe spettato nel caso di corretto adempimento del contratto.

giurisprudenziali ed i principali riferimenti legislativi. Ciò offre l'occasione per analizzare e discutere una forma di tutela che, al pari di quella contrattuale ed aquiliana, gode di autonomia e specificità, ma che, a differenza delle predette, non ha goduto del medesimo livello di elaborazione dottrinale<sup>20</sup>.

L'obiettivo è di colmare le lacune normative ed interpretative che accompagnano l'art. 2041 c.c., vista la limitata attenzione riservata dal codice a questo tipo di tutela, con le inevitabili ripercussioni in punto di chiarezza concettuale e applicativa. Solo una riorganizzazione dell'istituto che riesca a definire tanto la nozione sostanziale, quanto gli ambiti applicativi più squisitamente pratici, può consentire un utilizzo corretto e mirato della figura di arricchimento. L'incertezza che ruota attorno all'arricchimento, il non sufficientemente chiarito rapporto con le altre forme di tutela, la non piena omogeneità col contesto normativo, piuttosto che determinare il ricorso residuale, quale rimedio di chiusura a cui appigliarsi in assenza di altri, ha determinato soltanto incertezza applicativa<sup>21</sup>, compromettendone l'utilizzo nella pratica. In definitiva, il divieto generale che non consente di arricchirsi senza causa e a danno altrui rischia di «rimanere nel vago»<sup>22</sup>, come se si trattasse di un generico principio equitativo nel campo dei rimedi restitutori, privato della fattispecie che ne possa permettere l'applicazione.

<sup>20</sup> Significativo a tal proposito è il codice Napoleonico, il quale contiene un'elaborazione piuttosto particolareggiata del contratto, una disciplina embrionale della responsabilità civile e la totale assenza di riferimenti all'istituto dell'arricchimento senza causa, prendendo in considerazione, nell'alveo dei rimedi restitutori, l'indebito e la gestione d'affari altrui. In tal senso P. Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, Torino, 2008.

<sup>21</sup> P. Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, passim; Facchino, *L'azione generale di arricchimento dopo la riforma del codice civile*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1957, 434 s., si spinge fino a definire priva di utilità la previsione contenuta nell'art. 2041 c.c.

<sup>22</sup> Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit.

Il compito della dottrina è quello di calare nella realtà procedurale l'arricchimento, riempiendone il contenuto e disciplinando concretamente le ipotesi cui ricondurlo. A tal fine va data precedenza alla valutazione degli elementi strutturali che permettono l'accesso all'azione restitutoria, per poi meglio comprendere i limiti che caratterizzano e differenziano l'art. 2041 c.c., quale autonoma fonte di obbligazione, dalle altre forme di tutela. Lo scopo è quello di trovare una chiara collocazione dell'azione di arricchimento senza causa nell'apparato normativo del codice civile, mediante una chiara definizione concettuale.

2. Il Codice civile del 1942<sup>23</sup> ha sancito il divieto di arricchirsi a danno altrui: seguendo il tenore letterale dell'art. 2041 c.c., infatti, chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona, è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale. Al suddetto principio di ordine generale, il legislatore ha aggiunto ulteriori regole a completamento della disciplina: l'art. 2041, co. 2, c.c., obbliga alla restituzione in natura della cosa determinata qualora sia stata oggetto dell'arricchimento, e l'art. 2042 c.c., sancisce il carattere sussidiario dell'azione.

Questo quadro normativo ha permesso una pacifica individuazione degli elementi necessari per ricorrere a siffatta forma di tutela, ma ha determinato un'ambiguità del contenuto sostanziale che, per quanto esprima un principio piuttosto elementare, quello di scongiurare e porre rimedio a spostamenti

<sup>23</sup> Il divieto di arricchirsi senza causa a danno di un'altra persona non era previsto nel codice civile del 1865: tale azione, infatti, era ammessa dalla giurisprudenza quale principio generale di diritto dedotto dal sistema e avvalorato dalla tradizione. V. in tal senso F. Astone, *Dell'arricchimento senza causa*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Cendon, sub artt. 2041-2042, Torino, 2002.

patrimoniali non sorretti da adeguata giustificazione<sup>24</sup>, ha determinato, a causa della sua laconicità, incertezza applicativa. Questa difficoltà di definizione dell'ampiezza della tutela ne ha, di fatto, frustrato le finalità<sup>25</sup> permettendo una lettura dell'istituto ora come *genus*, che riassume la somma degli istituti particolari, ora come norma rifugio, in ragione del suo carattere sussidiario.

Il contributo di dottrina e giurisprudenza al riguardo è stato assai scarso: la prima<sup>26</sup> sembra orientata verso una lettura volta a ridurre la portata pratica dell'istituto in commento, mentre la seconda, seppure esigua e concentrata nel settore della P.A., pare attribuire un ruolo di primaria importanza all'istituto, nonostante la diffidenza manifestata dai privati. L'eco che l'istituto ha avuto nelle dispute dottrinali a cavallo degli anni Sessanta<sup>27</sup> non ne ha però propiziato appieno l'affermazione in giurisprudenza, che ha continuato ad occuparsi principalmente dell'applicabilità dell'azione in commento nei confronti della P.A., relegando fortemente il suo spettro applicativo.

Tale marginalità va criticata: l'impressione è che l'attuale configurazione dell'arricchimento senza causa miri a integrare la responsabilità civile, cercando di assicurare una forma di tutela a fattispecie di illecito non ricoducibili all'art. 2043 c.c., così da colmare le lacune della fattispecie di responsabilità aquiliana, sia nei casi in cui la buona fede ne impedisca l'applicazione, sia nei casi di assenza di un vero e proprio danno. L'istituto si

<sup>24</sup> S. Di Paola - R. Pardolesi, *Arricchimento*. I), *Azione di arricchimento*, in *Dir. civ., Enc. giur.*, Roma, 1987.

<sup>25</sup> E' stato lo stesso legislatore ha percepire la necessità che dottrina e giurisprudenza inquadrassero l'istituto, non potendo essere chiarito legislativamente.

<sup>26</sup> Tra gli altri Rescigno, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1995.

<sup>27</sup> Ci si riferisce alle monografie di L. Barbiera, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964; R. Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto. Contributo alla teoria della responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1959, passim; Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, cit.

configurerebbe come il cerchio esterno che comprende i due cerchi della responsabilità contrattuale e della responsabilità extracontrattuale, cui ricorrere in assenza di requisiti per il ricorso a queste ultime forme di tutela<sup>28</sup>, ma che, al contempo, rischia di disperdersi tra contratto e fatto illecito.

La realtà è che per comprendere la portata degli artt. 2041 c.c. e 2042 c.c., frutto del recepimento di concetti della giurisprudenza francese<sup>29</sup> e della codificazione tedesca, è necessario non arrestarsi alla prospettiva di tipo esegetico-nazionalista, ma aprirsi al quadro ove l'arricchimento veste i panni di categoria di matrice romanistica<sup>30</sup>.

Basti pensare che a livello internazionale i modelli che si stanno affermando maggiormente sono quello di *common law* e quello di *civil law* di sponda germanica, che, a differenza di quello francese ed italiano, non annovera tra i suoi elementi la prova del danno e del nesso di correlazione, né attribuisce carattere sussidiario al rimedio giacché si basa semplicemente, e forse in

<sup>28</sup> Agli inizi del secolo scorso si è tentato di ricondurre l'arricchimento nell'alveo della responsabilità civile, ma in maniera convinta si può obiettare la validità della stessa tesi in assenza di colpa dell'arricchito, elemento imprescindibile della responsabilità contrattuale ed aquiliana.

<sup>29</sup> In tal senso A. Nicolussi, *Proprietà intellettuale e arricchimento ingiustificato: la restituzione degli utili nell'art. 45 TRIPS*, in *Europa dir. priv.*, 2002, 1003 s. «Come già ho ricordato, infatti, l'arricchimento è giunto nel c.c. 2942 soprattutto nel cono d'ombra della tradizione francesizzante della cultura giuridica italiana, nella quale l'arricchimento veniva riguardato come rimedio residuale per una serie di ipotesi in cui l'estensione della *negotiorum gestio* appariva insopportabilmente finzionistica [...] Ma il codice italiano del 1942 non è solo figlio della tradizione francesizzante. A ben guardare il co. 2 dell'art. 2041 c.c., in cui giustamente la dottrina ha visto la suggestione del BGB, getta un ponte con la disciplina dell'indebito e in particolare con la ripetizione di cosa determinata rifacendosi alla medesima concezione reale, e non patrimoniale, fatta propria dagli artt. 2037 e s. c.c.».

<sup>30</sup> Nicolussi, *Proprietà intellettuale e arricchimento ingiustificato: la restituzione degli utili nell'art. 45 TRIPS*, cit. 1018 s.

modo eccessivamente sbrigativo, sulla prova dell'arricchimento a spese altrui, che rischia di ampliarne a dismisura la portata, rispetto alla limitata prospettiva franco-italiana.

In definitiva, il problema dell'arricchimento senza giusta causa, per lo meno nella chiave franco-italiana, sembra già porsi nel versante linguistico, in quanto elementi di natura aquiliana vengono applicati ad una fattispecie che esula dall'illecito. La soluzione potrebbe passare tramite un'operazione ermeneutica di valorizzazione delle potenzialità economico-giuridiche dell'istituto, e a tal fine si rende necessaria una rilettura del testo che consenta una chiara definizione degli elementi, nel tentativo di far convivere concetti patrimoniali come arricchimento e danno con categorie giuridiche quali la correlazione causale e l'ingiustizia.

2.1. L'arricchimento è il primo dei presupposti dell'azione *ex art.* 2041 c.c. e si concretizza nell'aver «conseguito una qualche forma di profitto, lucro o incremento patrimoniale»<sup>31</sup>. Per quanto per il senso comune il concetto assuma significati piuttosto univoci e di sicura qualificazione, nella prospettiva giuridica va compreso quale tipo di arricchimento inneschi tutela restitutoria.

L'espressione ha un connotato più economico che giuridico<sup>32</sup>, soprattutto rispetto alla natura: dottrina e giurisprudenza prevalenti richiedono l'esistenza di un vantaggio «patrimoniale»<sup>33</sup> per l'attivazione della tutela *ex art.* 2041 c.c. al

<sup>31</sup> Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., 30.

<sup>32</sup> di Majo, *Danno e mancato profitto nell'arricchimento senza giusta causa*, cit., 68 s.

<sup>33</sup> Così, P. Schlesinger, *Arricchimento (Azione di) (Diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1958, 1004-1009; A. Trabucchi, *Arricchimento (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, 70 s.; P. d'Onofrio, *Arricchimento senza causa*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Libro quarto, *Delle*

fine di scongiurare che l'arricchimento di natura non patrimoniale o morale si possa affermare.

L'azione di arricchimento non consegue esclusivamente al danno o alla lesione, come accade invece nelle ipotesi di responsabilità<sup>34</sup>, ma in coerenza ai riflessi economici di un fatto la cui rilevanza non poggia sulla sua natura illecita ma sull'esistenza di un arricchimento ingiusto, valutato quale effetto economico. Non importa la natura del fatto, bensì il risultato patrimoniale dello stesso.

Nel dettaglio l'arricchimento si può configurare sia come un profitto economico, inteso quale incremento diretto, sia come «risparmio di spesa»<sup>35</sup>, quale incremento indiretto che costituisce pur sempre un beneficio patrimoniale<sup>36</sup>. Non è mancato chi ha ritenuto di includere anche la mancata perdita economica<sup>37</sup>, quale

*obbligazioni* (artt. 2028-2042), Bologna-Roma, 1981, 584; di Majo, *Danno e mancato profitto nell'arricchimento senza giusta causa*, cit., 69 s.

<sup>34</sup> Nella responsabilità aquiliana danno e lesione sono elementi che possono concretizzarsi anche attraverso una condotta omissiva, mentre l'arricchimento necessita, per sua stessa natura, una condotta fattiva.

<sup>35</sup> L'espressione la si deve a F. Leone, *L'azione di arricchimento nel diritto moderno*, Napoli, 1915, ed è stata accolta da autori più recenti: Schlesinger, *Arricchimento (Azione di)*, cit.; Trabucchi, *Arricchimento (diritto civile)*, cit., 70 s.; Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, cit.; Barbiera, *L'ingiustificato arricchimento*, cit. 313 s.; U. Breccia, *L'arricchimento senza causa*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1984, 835 s. In giurisprudenza v. Cass., 12-7-1965, n. 1471, in *Giur. It.*, 1966, 1142.

<sup>36</sup> Gallo, op. cit. 30 s.; Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, cit.; V. Frattarolo, *L'azione di arricchimento nella giurisprudenza*, Padova, 1974, passim; Ciò detto, non è mancato chi ha valutato con cautela il concetto di risparmio di spesa, asserendo che, ove non si tratti di estinzione, deve essere valutato alla luce dell'importanza dei bisogni soddisfatti: tra gli altri Trimarchi, op. cit.; Frattarolo, *L'azione di arricchimento nella giurisprudenza*, cit.

<sup>37</sup> Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., 31: «È indubbio che in mancanza dell'intervento del beneficiario avrebbe conseguito una perdita netta. In queste condizioni il beneficio conseguito è esattamente pari alla perdita evitata»; Barbiera, *L'ingiustificato arricchimento*,



conservazione della ricchezza che si manifesta nell'impedimento al sorgere di un obbligo, costituendo una sorta di *pendant* del risparmio di spesa<sup>38</sup>: in questo caso, la consistenza patrimoniale non risulta realmente incrementata, pur essendo indubbio che in mancanza dell'attività altruistica di un terzo si sarebbe concretizzata una perdita netta nei confronti del beneficiario.

Si tratta dunque di una concezione squisitamente patrimonialistica che tende ad escludere vantaggi non patrimoniali, per loro natura insuscettibili di determinare variazioni positive della sfera economica dell'arricchito. Si è anche tentata un'apertura che fa leva sulla circostanza che tali vantaggi possono essere valutati nei limiti del risparmio del costo che sarebbe stato sostenuto per il loro conseguimento<sup>39</sup>, ma per quanto l'interesse dell'arricchito assume connotazioni estranee al vantaggio economico, una tale lettura finisce per sfociare in un risparmio di spesa, ossia un dato patrimoniale<sup>40</sup>. Va, dunque, ribadita l'impostazione che include nell'arricchimento i casi di incremento positivo e quelli di mancata diminuzione del patrimonio. Come

---

cit.; P. Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 1996, 33 s.; E. Moscati, *Arricchimento (Azione di) nel diritto civile*, in *Dig. civ.*, I, Torino, 1987, 453; U. Breccia, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974.

<sup>38</sup> In tal senso Barbiera, op. cit.; Si è ritenuto applicare a questa categoria i principi relativi al risparmio di spesa, d'Onofrio, *Arricchimento senza causa*, cit., 584 s.

<sup>39</sup> Trabucchi, voce *Arricchimento (diritto civile)*, cit., prende ad esempio uno studente che riceve lezioni senza causa da un insegnante, che per tale motivo sarà obbligato ad un indennizzo pari al normale costo delle lezioni ricevute; v. in tal senso Cass. 1-2-1974, n. 281, *FI*, 74, I, 2733, la quale esorta a comprendere le spese di mantenimento di un animale con il fine di metterlo a disposizione della P.A., in quanto presenterebbe i crismi della perdita suscettibile di valutazione economica, con conseguente arricchimento del terzo.

<sup>40</sup> Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit. 30 s.; nel medesimo senso Di Paola-Pardolesi, *Arricchimento*, I, *Azione di arricchimento*, cit. ; Schlesinger, *Arricchimento (Azione di)*, cit.

affermato dall'1174 c.c. con riguardo alle obbligazioni, l'arricchimento deve essere suscettibile di valutazione economica e ciò impone l'esclusione delle locupletazioni di natura meramente morale conseguite dall'*accipiens*<sup>41</sup>. Alla medesima conclusione giunge chi preferisce collegare l'irrelevanza dell'arricchimento morale al requisito del danno, in quanto in presenza di un vantaggio non patrimoniale difetterebbe l'elemento della perdita, altrettanto necessaria per il concretizzarsi della fattispecie<sup>42</sup>.

V'è dunque una generale convergenza nel riconoscere soltanto la rilevanza del risparmio di spesa di cui il soggetto arricchito "moralmente" ha beneficiato, sul presupposto della preminenza che la suscettibilità economica della prestazione da cui scaturisce il danno esercita rispetto alla natura non economica dell'arricchimento<sup>43</sup>. In altre parole la mancanza di patrimonialità della locupletazione viene superata dall'incidenza economica dell'attività da cui deriva il risparmio di spesa<sup>44</sup>. Si è, dunque, in presenza di un bilanciamento di interessi tra il bisogno di limitare le forme di arricchimento e la necessità, piuttosto forte nonostante la rubrica del'art. 2041 c.c., di reagire ad ipotesi di danno di natura economica nel senso segnato dalla disciplina generale dell'obbligazione, all'uopo applicato anche nella gestione di affari e nell'indebito.

Un particolare interesse suscita il disposto del comma 2 dell'art. 2041 c.c., il quale esprime una concezione elementare di

---

<sup>41</sup> Moscati, *Arricchimento (Azione di) nel diritto civile*, cit; Mori-Checucci, *L'arricchimento senza causa*, Firenze, 1943, 108; Schlesinger, op. cit.; Barbiera, *L'ingiustificato arricchimento*, cit.; d'Onofrio, *Arricchimento senza causa*, cit. 584.

<sup>42</sup> Schlesinger, op. cit., 1007.

<sup>43</sup> Stessa prospettiva viene accolta in Francia, dove dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere necessaria la suscettibilità economica dell'arricchimento, anche nei casi di quello morale.

<sup>44</sup> F. Astone, *L'arricchimento senza causa*, in *Diritto privato oggi*, a cura di P. Cendon, Milano, 1999.

arricchimento, trattando l'ipotesi in cui un bene determinato si sia aggiunto al patrimonio dell'arricchito<sup>45</sup>. In tal caso si è di fronte ad un incremento patrimoniale di stampo "reale", coincidendo con la "cosa" che deve essere restituita in natura, sempre che sussista al tempo della domanda, in caso contrario, residuerà un'obbligazione di indennizzo parametrata all'eventuale arricchimento derivato dall'eventuale prezzo di vendita del bene<sup>46</sup>.

Il problema investe, dunque, la natura da conferire all'arricchimento: può essere inteso nel senso "reale", così come emerge dall'art. 2041 c.c., co. 2, riferendosi alla cosa determinata che entra a far parte del patrimonio, la quale comporta ora la restituzione della medesima, ora, nel caso di cose fungibili, del *tantundem*<sup>47</sup>. L'attenzione è incentrata sul bene e non sul riflesso che lo stesso assume all'interno della sfera economica dell'arricchito, importando una visuale strettamente oggettiva dell'avvenimento.

Una prospettiva diversa si ha qualora si dischiude nell'ottica della concezione "patrimoniale": in tal caso l'incremento va letto nell'esclusivo contesto del patrimonio del ricevente, in conseguenza dell'utilità ricevuta senza causa, senza limitarsi alla semplice valutazione della *res*, bensì incentrandosi sulla ripercussione economica soggettiva<sup>48</sup> del caso specifico. E'

<sup>45</sup> Astone, *Dell'arricchimento senza causa*, cit., 1969 s.

<sup>46</sup> Astone, op. cit., 1969 secondo il quale «Potrà farsi rinvio alle stesse regole applicabili al soggetto che, per effetto del pagamento non dovuto, abbia ricevuto in buona fede una cosa determinata e debba restituirla».

<sup>47</sup> Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, cit.

<sup>48</sup> Discorso a parte deve essere fatto rispetto alla pretesa connotazione "soggettiva" o "oggettiva" da dare all'arricchimento: a favore della prima ipotesi coloro che preferiscono valutare l'utilità meramente soggettiva, in quanto vantaggio sarebbe ciò che è ritenuto tale dall'*accipiens*, v. in tal senso Trabucchi, voce *Arricchimento (diritto civile)*, cit.; Moscati, *Arricchimento (Azione di) nel diritto civile*, cit., passim; in senso contrario si veda Gallo, *Arricchimento senza*

indubbia la preferenza del nostro ordinamento per quest'ultima concezione, se non altro per le eccessive restrizioni che la soluzione diversa comporterebbe: sono escluse dalla nozione di arricchimento tutte le ipotesi in cui un bene non venga effettivamente ad essere attratto nella sfera patrimoniale dell'*accipiens*, come nella fattispecie del risparmio di spesa o della mancata perdita.

Non altrettanto chiara sembra la portata assunta dalla concezione reale all'interno dell'ordinamento italiano. Alcuni ne ritengono residuo il ruolo sostanzialmente limitato al riferimento al comma 2 dell'art. 2041 c.c., in quanto l'azione del *solvens* ha per oggetto la cosa e non la differenza di valore del patrimonio dell'*accipiens*. Un'altra tesi sostiene che il legislatore del 1942 ha del tutto abbandonato la concezione in commento, giacché il comma 2<sup>49</sup> dell'art. 2041 c.c. delinea in realtà un'ipotesi più che residuale, in quanto la fattispecie di un bene pervenuto senza causa nel patrimonio di un terzo e ancora esistente integra gli estremi dell'indebito che, dunque, prevale sulla disciplina dell'arricchimento sia alla luce della sussidiarietà del secondo *ex art.* 2041 c.c., sia alla luce della maggiore snellezza del primo. Ciò implica che l'arricchimento legato alla concezione reale rimarrebbe confinato nelle zone d'ombra dell'indebito.

Alcuni problemi nascono in ordine alla modalità di valutazione dell'arricchimento, come, ad esempio, al momento in cui deve essere accertata la presenza del vantaggio patrimoniale. E' necessaria l'attualità della locupletazione al momento della proposizione della domanda, oppure è sufficiente che l'incremento sia persistito in un momento precedente? La questione è rilevante

*causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, cit.; Barbiera, *L'ingiustificato arricchimento*, cit.

<sup>49</sup> Astone, *Dell'arricchimento senza causa*, cit., 1968; F. Astone, *L'arricchimento senza causa*, cit., 55 s.

nel momento in cui l'arricchimento svanisce, tutto o in parte, in un momento anteriore all'esercizio della tutela.

La soluzione avanzata in ambito giurisprudenziale<sup>50</sup> ha escluso la possibilità di ripetere somme che, devolute per errore, sono state spese o la cui restituzione avrebbe comportato eccessive difficoltà di ordine pratico<sup>51</sup>, ma non si può certo ritenere che la questione abbia assunto confini chiari<sup>52</sup>, in assenza di precisi riscontri giurisprudenziali o dottrinari, per quanto proprio la dottrina sembra essersi spinta verso una soluzione che esclude l'attualità dell'arricchimento quale presupposto dell'azione: il credito del danneggiato sorgerebbe al momento in cui si verifica lo spostamento patrimoniale, non anche al momento in cui la pretesa restitutoria viene esercitata<sup>53</sup>.

Secondo questa linea di pensiero la valutazione circa l'entità dell'indennizzo andrebbe compiuta al momento del fatto che ha determinato lo spostamento patrimoniale ingiustificato<sup>54</sup>, relegando l'evento estintivo l'incremento patrimoniale ad una rilevanza successiva, collegando l'attualità dell'arricchimento all'elemento soggettivo, della buona o della cattiva fede,

<sup>50</sup> C. Stato, 28-6-1984, n. 669, Cons. Stato, 1984, I, 681; C. Stato, 9-11-1985, n. 505, *FI*, 1986, III, 146.

<sup>51</sup> È una soluzione comune anche ad altri paesi, come la Germania che nel BGB, al § 818, co. 3, dispone che l'obbligo di restituzione è escluso se l'*accipiens* non è più arricchito. Altri spunti dello stesso tenore si raccolgono negli ordinamenti di *Common Law*.

<sup>52</sup> Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, cit.; Barbiera, *L'ingiustificato arricchimento*, cit.; Frattarolo, *L'azione di arricchimento nella giurisprudenza*, cit. Non si conoscono sentenze che abbiano affrontato la questione, salvo Cass., 5-12-1952, n. 3120, la quale richiama il progetto ministeriale che stabiliva il dovere di restituire nei limiti dell'arricchimento sussistente al tempo della domanda, salvo il caso in cui sia venuto meno a causa della sua mala fede. V. a tal proposito anche Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., 61 s.

<sup>53</sup> Schlesinger, *Arricchimento (Azione di)*, cit.

<sup>54</sup> Gallo, op. cit., 61 s.

dell'*accipiens*: nel caso in cui il vantaggio patrimoniale sia venuto meno per causa non imputabile al locupletato, questo ne risponderà ugualmente qualora fosse stato a conoscenza dell'obbligo di restituzione<sup>55</sup>.

Questa prospettiva è stata portata poi alle sue estreme conseguenze da coloro i quali ritengono, al contrario, del tutto privo di rilievo il perdurare del vantaggio nel patrimonio dell'*accipiens*, sostenendo che a partire da un dato momento si debba considerare conclusa la serie causale delle eventualità negative prodotte dall'arricchimento e ciò accade «quando essa sarà interrotta da un accadimento che non sia riconducibile all'arricchimento suddetto»<sup>56</sup>, al fine di salvaguardare la certezza del diritto e non permettere appesantimenti probatori.

L'individuazione di una soluzione soddisfacente in assoluto incontra svariate difficoltà soprattutto alla luce dell'esiguità delle statuizioni giurisprudenziali, ma sembra che la prospettiva da ultimo proposta si presti a colmare un numero di lacune maggiori rispetto alle diverse ipotesi. Se la tutela inizia a reagire al nocumento del danneggiato e, parallelamente, a colpire ogni forma di arricchimento svincolato da una giusta causa, non si comprende come l'attualità dell'arricchimento possa rilevare: non sarebbe altro che un inutile aggravamento probatorio, con ripercussioni inevitabili sul piano processuale, in definitiva a tutto vantaggio dell'arricchito, che l'art. 2041 c.c. invece rende soggetto passivo dell'obbligo restitutorio. Lo stesso bilanciamento di interessi tra avvantaggiato e danneggiato, che è invocato da chi ritiene necessario il perdurare della locupletazione, perderebbe qualsivoglia significato se soltanto si ponesse attenzione alla circostanza che l'arricchimento vi è stato ed è ormai parte di una

<sup>55</sup> C. M. Bianca, *Diritto Civile*, V., *La responsabilità*, Milano, 1994. 813 s., il quale ritiene, evidentemente, scontata l'imputabilità dell'indennizzo nel caso in cui la perdita del vantaggio sia a lui imputabile.

<sup>56</sup> Barbiera, *L'ingiustificato arricchimento*, cit.

fattispecie compiuta in tutti i suoi elementi. In sintesi, non sussiste alcuna necessità di aggravare l'azione, già onerosa di suo, di un ulteriore elemento per di più esterno alla fattispecie, a tutela di un elemento, l'attualità dell'incremento, estraneo all'avvenimento che causa lo spostamento patrimoniale ingiustificato.

2.2. Maggiori difficoltà incontra la definizione dell'elemento del danno all'interno della fattispecie dell'art. 2041 c.c., soprattutto a causa delle sue particolarità rispetto alle ipotesi di pregiudizio legate agli artt. 2043 c.c. e 1218 c.c.

L'impovertimento, così come l'arricchimento, va considerato come un evento derivato, sicché esso deve essere valutato solamente alla stregua di elementi oggettivi e ciò spiega il perché della scelta legislativa di enunciare soltanto i presupposti che innescano tale forma di tutela, prescindendo dall'esame del comportamento e relegando l'elemento soggettivo nella fase della valutazione dell'obbligazione restitutoria.

Il danno consiste nel «correlato negativo dell'arricchimento»<sup>57</sup>, del quale si riscontrano caratteristiche comuni dato il carattere sostanzialmente economico di entrambi gli elementi. Si ritiene che il pregiudizio *ex art.* 2041 c.c. sia identificabile in una diminuzione patrimoniale<sup>58</sup>, così valutando la coppia vantaggio-perdita alla luce delle ripercussioni soggettive subite. Ne consegue che nella fattispecie dell'arricchimento risulterebbe irrilevante, e quindi non indennizzabile, il danno non patrimoniale dell'impovertito<sup>59</sup>.

Tale aspetto deve essere necessariamente riletto in chiave meno restrittiva. Il codice parla di «diminuzione patrimoniale»,

<sup>57</sup> Astone, *L'arricchimento senza causa*, cit.

<sup>58</sup> Tra gli altri Bianca, *Diritto Civile*, cit., 813 s.; Barbiera, *L'ingiustificato arricchimento*, cit.; Schlesinger, op.cit.

<sup>59</sup> Moscati, *Arricchimento (Azione di) nel diritto civile*, cit.; Barbiera, op.cit.

ma, per quanto sembri logico esigere necessario uno spostamento della ricchezza dall'impovertito all'*accipiens*, non sempre tale diminuzione si concretizza in una variazione economica: basti pensare alle ipotesi in cui un soggetto utilizzi beni dell'impovertito o ne leda i diritti riguardo a beni immateriali<sup>60</sup>. La nozione di impoverimento assume la connotazione di perdita economica effettiva, non solo nei casi di mera diminuzione patrimoniale, bensì anche nelle ipotesi di dissipazione o sfruttamento di utilità legalmente spettanti ad un soggetto che venga privato del loro valore economico<sup>61</sup>. Quanto detto impone un'interpretazione estensiva del lemma «diminuzione patrimoniale», così da comprendervi sia la diminuzione patrimoniale dell'attore in senso proprio, sia l'appropriazione di vantaggio altrui pur sempre di natura economica, ma non tale da tradursi in un saldo negativo del patrimonio tra il prima e il dopo, come richiesto *ex art.* 1174 c.c.<sup>62</sup>.

Questa concezione del danno consente di prevedere, in linea con alcuni ordinamenti europei<sup>63</sup>, la possibilità di aprire la tutela in questione a tutte le ipotesi in cui non sia dimostrabile l'esistenza di

<sup>60</sup> In dottrina Barbiera, op.cit.; Mori - Checcucci, *L'arricchimento senza causa*, cit.; Schlesinger, op. cit.; Breccia, *L'arricchimento senza causa*, cit., passim.; Moscati, *Arricchimento (Azione di) nel diritto civile*, cit., 453; Tomei, *L'ingiustificato arricchimento nei confronti della pubblica amministrazione. Tra conferma della tradizione e critica del privilegio*, Torino, 2000, 49. In giurisprudenza: Cass. 5-6-1996, n. 7136, in *Giur. Bollettino legisl. Tecnica*, 1997, 4021; Cass. 28-10-1981, n. 5616, in *Giur. It.*, 1982, I, 1, 908.

<sup>61</sup> U. Breccia, *Commento agli artt. 2041-2042 c.c.*, in *Comm. cod. civ.* diretto da P. Cendon, Torino, 1991, 1970.

<sup>62</sup> A tal proposito si noti come nelle ipotesi di sfruttamento delle proprietà intellettuali la giurisprudenza di merito abbia ammesso che il vantaggio lucrato dal danneggiante possa costituire indizio del mancato guadagno del danneggiato, v. Sirena, *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano 2006, 831 s.

<sup>63</sup> In molti ordinamenti europei, quale spagnolo, tedesco, scozzese, portoghese, la prova di un danno effettivo ha perso il peso che viene dato negli ordinamenti nati sul modello francese.

un danno patrimoniale in senso stretto, concedendo all'attore la restituzione dell'arricchimento dell'*accipiens* ove maturato grazie all'ingerenza nella sua sfera giuridica. In questo modo viene sminuita l'importanza assunta dall'elemento del danno nel quadro dell'art. 2041 c.c.<sup>64</sup>. Quanto esposto trova conferma nelle normative degli altri ordinamenti: il riferimento al danno non trova corrispondenza nel BGB, ove vige il concetto di «*auf dessen Kosten*», per evidenziare come sia sufficiente la sola presenza di un profitto realizzato attraverso lo sfruttamento abusivo delle altrui risorse<sup>65</sup>; la dottrina spagnola più recente ha ammesso la restituzione anche oltre il limite dell'impovertimento<sup>66</sup>; il codice portoghese utilizza l'espressione «*à custa de outrem*», con cui si richiede che l'arricchimento sia derivato dallo sfruttamento di altrui utilità<sup>67</sup>; in tutti i sistemi di *common law* in generale si richiede questa tipologia di nocumento, slegandolo da una concezione meramente patrimonialistica.

Negli ordinamenti che non si richiamano al modello francese, dunque, la prova di un'effettiva diminuzione economica e

<sup>64</sup> P. Gallo, *L'arricchimento senza causa*, Padova, 1990, 450: «le difficoltà maggiori derivano dall'esigenza che all'arricchimento corrisponda una correlativa diminuzione patrimoniale. Il che come possiamo ricordare non ha mancato di creare molto spesso notevoli problemi nella pratica ed a tradursi in un diniego di tutela. Così intesa, l'azione di arricchimento può apparire come un inutile doppione dell'azione di responsabilità civile. Questo può spiegare per lo meno in parte la scarsa propensione della pratica a farne applicazione», l'Autore conclude considerando che «molto meglio sarebbe dunque eliminare tra i requisiti dell'azione di arricchimento il requisito del danno [...] tanto più che a questi fini non pare necessario un intervento legislativo; il concetto di danno può, infatti, sfumare in quello di perdita patrimoniale, di semplice pregiudizio, naturalmente inteso *latissimo sensu*, e così via».

<sup>65</sup> Gallo, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, in *Tratt. Dir. Comp.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1997, 74.

<sup>66</sup> Chaperochipi, *El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, in RDP, 1977, 882 s.

<sup>67</sup> Per una ricostruzione della letteratura giuridica portoghese v. De Almeida Costa, *Noções de direito civil*, Coimbra, 1991, 76 s.

della sua correlazione con la locupletazione non sono necessarie. Questa considerazione non deve, però, trarre in inganno e fare ritenere che altrove vi sia un'assoluta svalutazione dell'elemento del danno, giacché quello che altrove prende il nome di ingerenza nella altrui sfera giuridica e nello sfruttamento delle sue risorse altro non è che la nostra diminuzione patrimoniale, la quale ormai, nelle considerazioni di larga parte della dottrina, ha assunto le sembianze dello sfruttamento dell'altrui diritto, come inteso in ambito europeo.

Nella qualificazione del danno gioca un peso rilevante il ruolo che il legislatore ha voluto conferire all'istituto dell'arricchimento senza causa, quale meccanismo legale di riverzione degli spostamenti patrimoniali senza causa.

La questione esaminata dalla Corte di Cassazione rinviene nell'individuazione del danno giuridicamente rilevante sia il problema, sia la possibile soluzione. A tal proposito va sostenuta con particolare convinzione l'impossibilità di far scivolare il mancato guadagno nell'alveo dell'impovertimento<sup>68</sup>, proprio alla luce delle differenze che intercorrono tra il nocumento di cui agli art. 2041 c.c. e 2043 c.c. La possibilità di risarcire integralmente il danno nella duplice componente del lucro cessante e del danno emergente<sup>69</sup> (art. 1223 c.c.), costituisce esclusivo appannaggio delle fattispecie di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, mentre non altrettanto si può predicare con riguardo all'istituto dell'arricchimento che va ricondotto nell'alveo della tutela restitutoria. Se si estendesse quest'ultima anche al mancato guadagno si commetterebbe l'errore sia di attribuire a tale rimedio

<sup>68</sup> In particolare Trabucchi, *Arricchimento (diritto civile)*, cit.; Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, cit.; Facchino, *L'azione generale di arricchimento*, cit.

<sup>69</sup> In tal senso Barbiera, op. cit.; Mori - Checcucci, *L'arricchimento senza causa*, cit.; Schlesinger, op. cit.; in giurisprudenza v. le decisioni meno recenti di Cass. 19-5-1953, n. 1449, in *Giur. It.*, 1953.

una finalità ad esso estranea, in quanto mero strumento di riequilibrio di ingiustificati spostamenti patrimoniali, sia di permettere il cristallizzarsi di una situazione che lo stesso art. 2041 c.c. tende ad eliminare. L'idea di danno quale perdita patrimoniale, anche riguardo a ipotesi di sfruttamento della sfera di diritti altrui deve, pertanto, far propendere per la tutela restitutoria del danno emergente.

E' dunque chiara la finalità logica, e in un certo qual senso anche morale, dell'istituto: garantire all'individuo il diritto di godimento esclusivo dei suoi beni (materiali e immateriali) e delle sue utilità, oltre che il controllo dello sfruttamento commerciale dei suoi diritti<sup>70</sup>, escludendo, a tal proposito, ogni rilevanza del mancato guadagno nella nozione di danno e, conseguentemente, dal computo dell'obbligazione restitutoria.

3. A questo punto se il danno non presuppone necessariamente un trasferimento di ricchezza, in linea con l'idea del profitto creato, sorge il problema di individuare i criteri di determinazione dell'obbligazione restitutoria<sup>71</sup>.

Secondo la dottrina tradizionale, che si basa sull'idea di trasferimento patrimoniale, si dovrebbe far riferimento alla minor somma tra arricchimento e danno<sup>72</sup>, ma - come si è anticipato -

<sup>70</sup> È stata la stessa Cassazione italiana a definire il diritto all'integrità patrimoniale come complemento della libertà negoziale, quale «diritto di determinarsi liberamente nello svolgimento dell'attività negoziale relativa al patrimonio»; Cass. 4-5-1982, n. 2765, in *Giust. Civ.*, 1982, I, 1745.

<sup>71</sup> Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., 56.

<sup>72</sup> Cass. 22-4-1970, n. 1151; Trib. Nocera Inferiore, 16-10-2007, determina che in tema di arricchimento senza giusta causa, ai fini della quantificazione dell'obbligazione restitutoria deve farsi riferimento, giusta l'art. 2041 c.c., al minor valore tra il lucro conseguito e la perdita subita. L'indennizzo dovuto dall'*accipiens*, pertanto, è soggetto ad un duplice limite: quello dell'arricchimento e quello della correlativa diminuzione patrimoniale. Non è l'intero arricchimento che deve essere restituito, bensì deve essere contenuto nei limiti della locupletazione, se questa è inferiore all'altrui impoverimento, e nei

sarebbe del tutto insoddisfacente ricondurre la figura della perdita in ambiti così ristretti: una volta appurato che il danno e la locupletazione non si reggono su un parallelismo perfetto tale da considerare restituibile soltanto il nocumento causato dall'arricchimento dell'altra parte va riconosciuta la possibilità di incrementi patrimoniali derivanti da ulteriori investimenti dell'*accipiens*<sup>73</sup>.

Il terreno su cui ci si muove è particolarmente rischioso, giacché si prospetta la possibilità di snaturare il rimedio in questione e di sovrapporlo ad altre forme di tutela. Il ragionamento muove dall'idea l'art. 2041 c.c. tende a tutelare ogni forma di ingiustificato arricchimento e, quindi, sulla scorta di un'interpretazione puramente letterale, va scongiurato ogni ipotesi di incremento economico non sorretto da una causa giustificatrice.

A tal proposito appare necessario rendere il discorso più schematico mediante la proposizione di due modelli. Il primo postula una locupletazione inferiore rispetto al nocumento sofferto: qualora l'*accipiens* avesse agito in buona fede, non vi sarebbero dubbi a limitare la restituzione all'arricchimento, come la lettera della norma ci impone, mentre nell'ipotesi di mala fede si dovrebbe valutare la possibilità di ricondurre la fattispecie nell'alveo della responsabilità aquiliana, con il conseguente risarcimento *ex art.* 1223 c.c.

Il secondo modello presuppone che i vantaggi si rivelino superiori rispetto ai danni sofferti, ogni eventuale maggiore incremento derivante da investimenti dell'arricchito dovrebbe essere oggetto di restituzione, anche qualora gli stessi non siano direttamente connessi al danno, così da evitare che l'autore

limiti dell'impoverimento, anche se l'arricchimento sia maggiore; Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, cit.

<sup>73</sup> Nella letteratura giuridica italiana il problema è stato posto nella sua monografia da Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto. Contributo alla teoria della responsabilità extracontrattuale*, cit. passim.

dell'atto conservi il *surplus* economico<sup>74</sup>. Sul punto è necessario tuttavia precisare che soltanto nelle ipotesi in cui vi sia stata la mala fede dell'*accipiens* tale che l'ulteriore incremento sia frutto di dolosa preordinazione, si dovrebbe riconoscere l'integrale restituzione<sup>75</sup> perché viceversa si lascerebbe il profitto creato nella sfera dell'arricchito, tutelando il danneggiato soltanto nella misura del danno sofferto.

La funzione deterrente della tutela restitutoria finirebbe per disincentivare esclusivamente i comportamenti dolosi, commissivi od omissivi, del locupletato, superando il parametro del danno, fino a spingere il rimedio sino al limite dell'incremento patrimoniale. Tale prospettiva si giustifica ritenendo che, nel caso di buona fede, seppure i profitti siano stati conseguiti attraverso la lesione di un interesse meritevole di essere tutelato

<sup>74</sup> Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., 56 s.

<sup>75</sup> P. Sirena, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Europa dir. priv.*, Milano, 2008, 70 s. «Si avvalorà un principio generale di diritto privato europeo, in base al quale l'autore di un'iniziativa economica anti-giuridica è obbligato a restituire il profitto netto nel solo caso in cui l'abbia intrapresa in mala fede; in caso contrario, vice versa, l'ordinamento giuridico gli consente di lucrare l'eventuale plus-valore da lui creato». Sul punto v. Trimarchi, *L'arricchimento derivante da atto illecito*, in *Scritti in memoria di Sacco*, II, Milano 1994, 1149 s. «gli atti di utilizzazione, trasformazione e disposizione del bene altrui da parte del possessore in buona fede non sono fonte di responsabilità, salvo il caso che la buona fede dipenda da colpa grave», permettendo alla legge di escludere ogni forma di responsabilità. Lo stesso Autore sente la necessità di «domandarsi se davvero si vuole scoraggiare il compimento dell'atto illecito anche quando esso procuri a chi lo commette un arricchimento superiore al danno della vittima» e sul punto sembra concludere affermando che «se la somma potesse implicare il versamento al danneggiato». A riguardo non ci sono uniformità di vedute, ma come interpretato da Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 116 s., nel nostro ordinamento si desumerebbe, alla stregua dell'art. 2032 c.c., l'esistenza di un principio generale secondo cui il profitto realizzato mediante l'ingerenza nella sfera del diritto altrui andrebbe integralmente restituito al di là di ogni valutazione riguardante la buona o cattiva fede.

dall'ordinamento giuridico<sup>76</sup>, vada salvaguardato pur sempre il risultato utile dell'iniziativa economica, seppur di origine anti-giuridica, dell'autore dell'atto, la quale ha il merito di apportare un «incremento netto della ricchezza della società complessivamente considerata»<sup>77</sup>, senza cercare un correlativo nocumento<sup>78</sup>. A tal proposito sembra evidente che l'appropriazione del profitto da parte di chi lo ha creato si ispira alla logica di premiare chi ha sfruttato un capitale improduttivo di ricchezza ancorché altrui, il che va considerato un vantaggio per la collettività in quanto ottimale sfruttamento delle risorse a disposizione<sup>79</sup>. La soluzione trova conferma anche dalla prospettiva del danneggiato poiché, qualora si sganciasse del tutto il computo dell'obbligazione restitutoria dal danno, con il versamento di somme non proporzionate a quest'ultimo, si potrebbe giungere a favorire «un allentamento delle misure di prevenzione»<sup>80</sup>, piuttosto che sfiduciare la condotta dell'arricchito.

<sup>76</sup> Sirena, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, cit., 75 s.

<sup>77</sup> Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit.

<sup>78</sup> Secondo Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 134, «Il profitto con seguito in modo anti-giuridico sarà forse privo di una causa *secundum ius*, ma non è privo di una causa qualsiasi. Il profitto ricavato dall'autore della lesione è il premio della sua iniziativa; l'iniziativa potrà essere biasimevole; ma è pur sempre un fatto dell'autore della lesione». L'unica causa che permetterebbe l'attribuzione del profitto al titolare del diritto leso si avrebbe qualora egli dovesse essere titolare di ogni risultato positivo conseguito mediante il bene oggetto del suo diritto. A tal proposito Sacco consta che la restituzione integrale dell'arricchimento avrebbe «una causa altrettanto labile e controvertibile, quanto l'avrebbe l'attribuzione del profitto all'autore della lesione».

<sup>79</sup> La valutazione è di analisi economica del diritto, individuando nella restituzione integrale una contraddizione rispetto alla c.d. teoria dell'inadempimento efficiente, la quale propende per il criterio dell'afflusso delle ricchezze verso la loro utilizzazione più efficiente. Questa prospettiva accomuna la figura dell'arricchimento *ex art. 2041 c.c.* con la gestione d'affari.

<sup>80</sup> Trimarchi, *L'arricchimento derivante da atto illecito*, cit., 1156.

L'obbligo di restituire l'integrale profitto conseguito configurerebbe una funzione punitiva che non è propria dell'istituto, il quale al contrario vuole scongiurare eventuali arricchimenti *sine causa*: lo scopo è quello di riequilibrare spostamenti patrimoniali ingiustificati, trascurando ogni valutazione personalistica e spostando il baricentro esclusivamente sulla coppia vantaggio conseguito-danno sofferto. In questa prospettiva, la tutela restitutoria accordata nelle ipotesi dell'art. 2041 c.c. non assolve alla funzione satisfattoria della responsabilità civile, né all'effetto punitivo della responsabilità penale.

Questa constatazione permette di inquadrare l'art. 2041 c.c. nella prospettiva di tutela degli interessi del danneggiato, prima ancora nelle tecniche di reazione contro l'arricchimento. La conferma di tale assunto sembra rintracciarsi nella circostanza che l'ambito della restituzione è parametrato nel pregiudizio sofferto e non già alla locupletazione dell'*accipiens*, che riveste il ruolo esclusivo di limite massimo della restituzione: in caso contrario si dovrebbe prendere in considerazione l'intero arricchimento, compresi gli eventuali maggiori investimenti, a prescindere dalla perdita subita. La tutela dell'istituto va, dunque, imperniata sul danno: a nulla vale obiettare che l'allargamento della nozione di perdita, financo all'ambito non strettamente patrimoniale, implicherebbe la possibilità di colpire l'arricchimento anche oltre il danno, poiché, una volta accertato che l'ingerenza nella sfera giuridica altrui causa, direttamente o indirettamente, una diminuzione di *chance* o di sfruttamento economico dei propri diritti, la nozione di danno si accredita nuovamente come concetto squisitamente collocato nella dimensione patrimoniale necessaria a fungere da indice guida della restituzione e, quindi, da punto di partenza della tutela in esame<sup>81</sup>. Bisogna tuttavia ricordare – come

<sup>81</sup> In senso contrario si veda A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, 2003, Milano, 332: «In realtà, impiegare il concetto di danno per il rimedio

si è sottolineato in precedenza - che il danno in questione va slegato da quello *ex art. 1223 c.c.*, ossia comprensivo del danno emergente e del mancato guadagno, e va riqualficato come un mutamento ingiustificato di una situazione di fatto, al quale è estraneo qualsivoglia collegamento con il lucro cessante.

L'arricchimento in sé, anche nelle ipotesi in cui non sia sorretto da una ragione giustificatrice a condizione che non sia fondato su di una condotta colposa, non è giuridicamente né moralmente un disvalore da colpire tramite la tutela restitutoria, della quale semmai funge da limite. Ciò che qualifica la locupletazione come evento da colpire è il concretizzarsi di un danno in capo al soggetto titolare delle utilità o dei diritti oggetto di ingiustificato sfruttamento. L'antigiuridicità dell'evento si configura anche sulla base del pregiudizio arrecato e non solo in ragione dell'arricchimento conseguito: in caso contrario si tutelerebbe un soggetto, il titolare del diritto vittima della locupletazione, senza che l'attività dell'*accipiens* abbia concretamente causato il danno contro cui la tutela restitutoria

dell'arricchimento può essere un criterio fuorviante, giacché la risposta che il rimedio intende offrire è in primo luogo *versus* l'arricchimento ingiustificato ove esso trovi riscontro nella diminuzione patrimoniale subita da altri. La diminuzione patrimoniale è solo il *pendant* dell'arricchimento e non certo fondamento del rimedio»; Nicolussi, *Proprietà intellettuale e arricchimento ingiustificato: la restituzione degli utili nell'art. 45 TRIPS*, cit., 1018. «Diversamente, riguardo all'arricchimento, non è un evento distruttivo il paradigma, ma al contrario un'iniziativa, per quanto lesiva della sfera giuridica altrui, che si è rivelata produttiva di ricchezza o almeno di spostamento di ricchezza. E infatti ora il sintagma è "arricchimento a danno di altri" dove l'accento è sull'arricchimento, e non sul danno. Non si tratta qui di un danno da mettere in relazione causale con un comportamento colpevole; il problema di giustizia riguardando adesso invece il *suum cuique tribuere*, cioè i criteri di attribuzione dell'arricchimento come vicenda di circolazione o creazione di ricchezza allorché essa sia stata prodotta mediante sfruttamento di un fattore della produzione che compete a un soggetto diverso dall'arricchito. Questione che negli ordinamenti capitalistici deve essere affrontata tenendo conto che vi sono situazioni giuridiche soggettive, sul modello della proprietà, connotate da esclusività del potere di slittamento economico».



opera, come dimostrato dalla lettera dell'art. 2041 c.c. nella parte in cui richiede che lo spostamento patrimoniale sia «a danno dell'altra parte».

Questa prospettiva è avallata dalla circostanza che non è l'intero arricchimento ad essere preso in considerazione dalla legge, ma soltanto quello corrispondente al danno subito dall'altro soggetto e, di contro, non è l'intero nocumento che va restituito, ma soltanto quello che corrisponde ad un profitto o vantaggio dell'*accipiens*.

Il rapporto tra locupletazione e danno è quello di causa-effetto: la vicenda che funge da indice di attivazione rimane l'arricchimento quale causa che innesca e conferisce rilevanza alla perdita integrando la fattispecie di cui all'art. 2041 c.c., come succede nella responsabilità aquiliana con il verificarsi del fatto illecito. E' soltanto con il concretizzarsi della coppia locupletazione-danno che si legittima la tutela restitutoria, come accade con il danno ingiusto nel campo dell'art. 2043 c.c. Questo è reso possibile dall'allargamento della nozione di nocumento fino ad ambiti non puramente economici, cosicché si permette di includervi ipotesi di mero sfruttamento di utilità altrui, visto che la fattispecie di danno si può concretizzare anche soltanto nell'aver abusivamente sfruttato un diritto spettante ad altri, pur in assenza di una perdita patrimoniale.

A sostegno di tale prospettiva, va segnalata la possibilità di configurare il danno in una dimensione di pura eventualità: un tale esito però renderebbe l'arricchimento l'istituto centrale in tema di restituzione e ciò potrebbe provocare diseconomie e sovrapposizioni con l'istituto dell'indebito oggettivo<sup>82</sup> (art. 2033

<sup>82</sup> A titolo esemplificativo si vedano le differenze che intercorrono tra i due istituti nel campo delle obbligazioni, a tal proposito F. Piraino, *Il pagamento al debitore apparente nella prospettiva di un diritto Europeo dell'obbligazione*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 282 secondo cui «Il diritto di credito estinto viene sostituito dal diritto nei confronti dell'*accipiens* alla restituzione di quanto

c.c.) e soggettivo (art. 2036 c.c.). L'indebito è del tutto slegato dalla prova dell'eventuale avvenuto impoverimento e trova, invece, primariamente nell'arricchimento l'evento da colpire: la ripetizione ha nel fatto oggettivo di un pagamento senza causa il suo presupposto, rispetto al quale l'arricchimento e l'impoverimento sono irrilevanti<sup>83</sup>. Un ulteriore indice si acquisisce dalla lettura dell'art. 2042 c.c. dal quale si evince che l'istituto trovi nella difesa dal danno il fondamento della sua funzione, che coincide nell'indennizzazione del pregiudizio subito. Si deve pertanto accettare l'assunto che il danno, quale correlato negativo della locupletazione, rientri a pieno titolo non solo tra gli elementi costitutivi dell'arricchimento *sine causa*, ma anche tra i requisiti cui l'ordinamento collega la giustificazione della tutela restitutoria

ricevuto, che è però un diritto nuovo ed autonomo, la cui fonte risiede nell'arricchimento ingiustificato del creditore apparente (art. 2041 c.c.), e non già nell'indebito oggettivo del debitore-*solvens* né nella surrogazione legale del vero creditore nel diritto di ripetizione del *solvens*. In particolare, va respinta la ricostruzione che qualifica il pagamento al creditore apparente come ipotesi di indebito soggettivo *ex latere accipientis*, sulla base dell'idea che la tutela del creditore a fronte del pagamento al creditore apparente passi attraverso l'azione di indebito giacché il debitore-*solvens* nella fattispecie di cui all'art. 1189 c.c. agisce in forza di un titolo nuovo, che deriva dall'aver eseguito una prestazione non dovuta, mentre il vero creditore, nell'agire per la restituzione, non fa altro che esercitare il suo diritto originario e quindi invoca un titolo preesistente».

<sup>83</sup> Come è stato rilevato dalla giurisprudenza Cass. 7-7-1959, n. 2162, *gc*, 59, I, 1684, secondo cui l'istituto «prescinde dal verificarsi di un danno ed ha natura autonoma e principale, mentre, viceversa, l'azione generale di arricchimento [...] ha per proprio presupposto la locupletazione ingiustificata di una parte a danno dell'altra ed il conseguente danno del *solvens* e, infine, un carattere del tutto sussidiario»; v. anche Cass. 26-3-1968, n. 947, *gc*, 68, I, 991; in dottrina Breccia, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 490-491: «non si ha rilievo al pregiudizio economico che un soggetto abbia subito in conseguenza di un pagamento [...] né ha rilievo il fatto che “ciò che è stato pagato” non sia stato dall'*accipiens* destinato ad incrementare il patrimonio: il “ricevimento” [...] comporta perfezionamento della fattispecie costitutiva dell'obbligazione restitutoria, come obbligazione avente per oggetto *ex art.* 2033 c.c., la ripetizione della prestazione in quanto tale».

*ex art. 2041 c.c.*: la tutela si attiva nei confronti del danno e trova nell'arricchimento il suo limite e non già una patologia da colpire.

Al fine di precisare i parametri di quantificazione dei danni restitutori, quindi, va assunto come parametro il valore d'uso del diritto altrui che è stato abusivamente utilizzato dal soggetto arricchito. Questo criterio permette la copertura di tutte quelle ipotesi in cui il principio della restituzione in natura richiamato nell'art. 2041 c.c., comma 2, non possa essere applicato, vista l'impossibilità di tale ripetizione nell'ipotesi di sfruttamento di un bene. Ne consegue che chi ha utilizzato senza titolo un diritto altrui è obbligato a corrispondere al titolare un'indennità equivalente al suo valore d'uso<sup>84</sup>.

La conclusiva da trarne è che la regola generale di cui al comma 2 dell'art. 2041 c.c., secondo cui il locupletato deve corrispondere una somma di denaro equivalente al suo arricchimento, non deve essere intesa senza limitazione: nell'ipotesi in cui sia eccepito che, prima della domanda di restituzione, l'arricchimento è venuto meno anche per causa a lui imputabile<sup>85</sup>, il soggetto responsabile resta obbligato a restituire soltanto il guadagno eventualmente residuo<sup>86</sup>, alla luce della sua buona fede. Un'ulteriore ipotesi derogativa della regola dell'arricchimento senza causa si prospetta nell'ipotesi di possessore in buona fede *ex art. 1148 c.c.*, il quale sarà esonerato dalla restituzione del valore d'uso della cosa altrui<sup>87</sup>, in ossequio al

<sup>84</sup> Sirena, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, cit., 75. Un esempio può ravvisarsi nell'ipotesi prevista dall'articolo 1591 c.c. nei confronti del locatario in mora nella restituzione della cosa al locatore. Nello stesso senso, si veda l'ipotesi dell'abusivo sfruttamento d'immagine o del nome altrui.

<sup>85</sup> Sirena, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, cit., 75 s.

<sup>86</sup> Bianca, *Diritto Civile*, cit., 813 s.

<sup>87</sup> Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, cit., 56, nota 12.; Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 24, nota 4.

principio generale di tutela del possesso in buona fede, quale ulteriore conferma della volontà, da un lato, di agire al danno sofferto e, dall'altro lato, di mantenere le eventuali creazioni di ricchezza od opportunità nella sfera dell'*accipiens*.

4. Un notevole rilievo ha assunto nella dottrina civilistica la disputa sul rapporto che si verrebbe a creare tra il rimedio della restituzione, di cui l'arricchimento rappresenta il modello, e il rimedio del risarcimento, come disciplinata nell'art. 2043 c.c.<sup>88</sup>.

Il convincimento comune riconosce alle due tutele caratteri e finalità non solo distinte, ma addirittura opposte<sup>89</sup>. Il tratto differenziale non inerisce soltanto al piano degli effetti, ma riguarda anche le differenti fattispecie di danno presupposte dall'uno e dall'altro rimedio: nel campo della responsabilità civile si ha lesione del diritto quale facoltà di godimento, mentre nell'arricchimento il danno è lesione del potere di disposizione<sup>90</sup> di situazioni appartenenti ad altri.

A voler muovere dalla definizione, restituire significa ristabilire le condizioni di fatto e di diritto, in capo ad un soggetto,

<sup>88</sup> In realtà non è mancato chi, lungo gli anni '50, ha intrapreso la via della ricerca di una regola relativa all'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto, la cui tutela sarebbe stata una sorta di completamento alla responsabilità aquiliana. In tal senso Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 11. L'Autore sosteneva che tale categoria dell'arricchimento nasceva dall'incapacità inibitoria dell'azione di danni «quanto alla condanna ai danni, essa non penetra nell'angolo morto degli illeciti che non producono depauperamenti patrimoniali». In questo modo Sacco, invece di diversificare le due tipologie di tutela, trascina il principio restitutorio dell'arricchimento nell'alveo dell'illecito: la centralità si sposterebbe sul comportamento antigiusdicario, fondando la mancata protezione dell'arricchito sulla situazione di torto, invece che dall'assenza di una causa della locupletazione.

<sup>89</sup> Sirena, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, cit., 65 s.

<sup>90</sup> C. Castronovo, *La responsabilità e altre forme di tutela civile*, in Id., *La nuova responsabilità civile*, 3° ed., Milano 2006, 636 s., nota 182.

in una data situazione prima dell'intervento di un evento modificativo, come comunemente accade nelle ipotesi di restituzione di un pagamento ricevuto, ma non dovuto. Centrale risulta, pertanto, la sola «alterazione di una situazione di fatto e/o di diritto», da rimuovere con il ripristino della situazione originaria<sup>91</sup>. Si tratta di una tutela da esaminare indipendentemente dall'illecito seppure si collochi indiscutibilmente ai confini con esso. Ed è da tale vicinanza che nasce l'esigenza di distinguere le due tipologie di tutela<sup>92</sup>.

L'obbligo che sorge con la restituzione ha ad oggetto la riconsegna di quanto l'*accipiens* ha impropriamente acquisito dalla sfera giuridico-patrimoniale del danneggiato, movendo sì dal nocumento causato, ma nei limiti dell'arricchimento conseguito.

Su di un piano diverso si muove invece il risarcimento che è volto a compensare il pregiudizio subito<sup>93</sup>. Come si desume dagli artt. 1223 c.c. e 1226 c.c., tramite il richiamo dell'art. 2056 c.c., il risarcimento è finalizzato a rimuovere il costo del danno che l'atto illecito ha cagionato, a prescindere dall'arricchimento di chi l'ha commesso<sup>94</sup>. In questo contesto è la «distruzione della ricchezza il profilo lesivo a cui la tutela ha riguardo»<sup>95</sup> e il costo dell'evento distruttivo scivola in capo al danneggiante a causa della colpa o del criterio oggettivo di imputazione, poiché è stata lesa una situazione giuridica. Va, quindi, esclusa la possibilità di conferire alla tutela risarcitoria carattere restitutorio, visto che, nell'ipotesi dell'art. 2041 c.c., l'arricchimento dell'*accipiens* non rileva come lucro cessante del danneggiato e non può essere riqualficato quale

<sup>91</sup> A. di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 320.

<sup>92</sup> Nicolussi, *Proprietà intellettuale e arricchimento ingiustificato: la restituzione degli utili nell'art. 45 TRIPS*, cit., 1017.

<sup>93</sup> Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997.

<sup>94</sup> Sirena, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, cit., 65.

<sup>95</sup> Nicolussi, *Proprietà intellettuale e arricchimento ingiustificato: la restituzione degli utili nell'art. 45 TRIPS*, cit., 1017.

oggetto dell'obbligazione risarcitoria<sup>96</sup>, in cui, al contrario, non solo l'*an* del risarcimento, ma anche il *quantum* dipendono dalla condotta dannosa, permettendo alla perdita subita ed al mancato guadagno di divenire voci del danno risarcibile<sup>97</sup>.

Ulteriori tratti differenziali si colgono anche nel campo degli elementi costitutivi delle rispettive fattispecie, in quanto l'art. 2043 c.c., a differenza dell'art. 2041 c.c., è caratterizzato dall'illiceità del fatto, che esige l'elemento soggettivo dell'autore<sup>98</sup>. Tutt'al contrario l'ingiustificato arricchimento non richiede il requisito della buona o mala fede<sup>99</sup>, e ciò rende dolo e colpa del tutto

<sup>96</sup> In tal senso v. Castronovo, op. cit., 629 s., 646 s.

<sup>97</sup> Nicolussi, *Proprietà intellettuale e arricchimento ingiustificato: la restituzione degli utili nell'art. 45 TRIPS*, cit., 1018. «Vista la natura, la funzione e il fondamento del danno risarcibile va da sé che è fuori da questa logica l'idea di caricare il risarcimento di una valenza di arricchimento. E infatti poiché la funzione del risarcimento è di porre il patrimonio del danneggiato nella stessa misura che esso avrebbe attinto ove non si fosse verificato l'illecito, eventuali vantaggi per il danneggiato effetto dell'illecito, giusta l'antica regola della *compensatio lucri cum danno*, devono essere detratti ai fini della quantificazione del danno risarcibile. Il paradigma insomma è l'evento distruttivo, che originariamente era inteso in senso fisico (*damnum corpore corpori datum*), e la tutela è pertanto calibrata in funzione della riallocazione, tramite l'obbligazione risarcitoria, del costo e solo di esso dell'accadimento dannoso (inteso appunto come ripercussione economica effettiva causalmente derivata dalla condotta riprovevole del danneggiante)»; Castronovo, op. cit., 502.

<sup>98</sup> di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 331: «Il rimedio dell'arricchimento ingiustificato non presuppone infatti una particolare condizione soggettiva di colui che si arricchisce a spese di altri. Anche se si arricchisce in buona fede o senza colpa risponderà nei limiti dell'arricchimento verso l'impoverito. Ove invece tale condizione soggettiva ricorra l'impoverito potrà agire per il risarcimento dei danni».

<sup>99</sup> V. A. Nicolussi, *La lesione del potere di disposizione e l'arricchimento*, Milano, 1998, 11 s.: l'autore nel trattare il danno prodotto dall'ingerenza altrui sulla cosa, distingue tra la fattispecie di distruzione ad opera di un terzo, da quella di acquisto *a non domino* da parte di un terzo in buona fede. Mentre nella prima ipotesi si configurerebbe un caso di responsabilità civile, nel secondo si dovrebbe richiamare la figura dell'arricchimento senza giusta causa: «non viene in evidenza una condotta violatrice di un diritto di altri, come nel caso del

irrilevanti ai fini della tutela in questione<sup>100</sup>. Nell'arricchimento senza causa si considera il l'effettivo arricchimento di un patrimonio nella sua oggettività a prescindere dal fattore che lo produce, purché sia ingiustificato: l'evento fondante va ravvisato proprio in quest'ultimo requisito, potendo un fatto essere privo di giustificazione e indifferentemente lecito o illecito, come si desume dall'art. 2041 c.c.<sup>101</sup>.

Quello che sembra certo ormai in dottrina è che la tutela a carattere restitutorio assume una sua autonoma valenza e che con essa si intende colpire una «situazione di fatto che contrasta quella

---

danneggiamento, ma la correlazione fra il pregiudizio subito dal proprietario, quale riflesso dell'effetto della fattispecie acquisitiva, e l'arricchimento che il dante causa, il quale ha fornito il titolo d'acquisto al terzo acquirente di buona fede, trae in conseguenza di tale effetto»; sulla questione v. anche C. Castronovo, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1989, 610: «nei casi in cui manca un preventivo rapporto obbligatorio tra due soggetti, la lesione di un diritto appartenente all'uno ad opera dell'altro, la quale non incida sul bene oggetto del diritto (alterazione, distruzione) ma sulla titolarità, che si acquisti da altri e sia sottratta a colui cui perteneva, non trova forma giuridica nella disciplina della responsabilità civile ma in quella dell'arricchimento ingiustificato: così in particolare nel caso di atti di disposizione aventi ad oggetto diritti spettanti ai terzi di quali la legge attribuisce la titolarità all'acquirente nonostante la carenza di legittimazione dell'autore della disposizione (*acquisti a non domino*)».

<sup>100</sup> Per una visione critica sul punto si veda la teoria dell'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto, il quale ha ormai assunto nella dottrina italiana una posizione del tutto autonoma dall'arricchimento *ex* art. 2041 c.c., in quanto scivolata nell'ambito della teoria dell'illecito, v. a tal proposito Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., passim, la cui tesi non sembra aver accolto il favore di larga parte della civilistica italiana.

<sup>101</sup> Anche nella giurisprudenza il principio il principio è presente in alcune statuizioni, come ad es. App. Bari, 19-3-1947, in *Temi Genovese*, 1948, 27: «Nell'istituto di indebito arricchimento non entra in funzione l'elemento dell'illecito, in quanto trattasi di ristabilire una situazione patrimoniale perturbata obbiettivamente da un'ingerenza aliena, dimostratasi senza causa»; *contra*, definisce "illecito" l'arricchimento App. Milano 17-12-1946, *FP*, 47, II, 13, s.m., pur trattandosi di una posizione rimasta isolata.

di diritto»<sup>102</sup>, tanto nelle ipotesi di violazione di un diritto soggettivo quanto in quelle di superamento del generico principio secondo cui ogni spostamento patrimoniale richiede una causa giustificatrice.

Soltanto l'obbligazione risarcitoria incontra il limite della reintegrazione della posizione attorea, poiché mira a riparare la lesione subita dal danneggiato; mentre l'obbligazione restitutoria ha una funzione indennitaria, giustificata, nello specifico caso dell'azione *ex* art. 2041 c.c., dalla concezione patrimoniale dell'arricchimento, la quale permette una valutazione in termini di variazioni economiche prodottesi nei due patrimoni oltre che – come è ovvio – in termini di abusivo sfruttamento del diritto da parte dell'arricchito: questo permette di prescindere dalle situazioni soggettive per concentrare l'attenzione esclusivamente sull'aspetto economico della questione<sup>103</sup>.

Nella responsabilità aquiliana il danno viene risarcito, invece, sulla scorta dell'ammontare della perdita patrimoniale e del mancato guadagno *ex* art. 1223 c.c., onde ovviare ai nocuenti derivanti dalla commissione di un illecito<sup>104</sup>; mentre nell'ipotesi di arricchimento senza giusta causa si vuole impedire il danno derivante dall'appropriazione delle altrui utilità economiche insite nelle prerogative di proprietà del titolare, col fine di garantire il diritto esclusivo allo sfruttamento economico delle proprie risorse: è evidente, pertanto, che il concetto di «diminuzione patrimoniale *ex* art. 2041 non è destinata a doppiare il danno ingiusto dell'art. 2043»<sup>105</sup>. Il danno alla base dell'art. 2041 c.c. non è *contra jus*, bensì ingiustificato ed ha quale ulteriore peculiarità, rispetto al

---

<sup>102</sup> di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 323.

<sup>103</sup> Tale situazione si concretizza nei sistemi di *common law* attraverso la possibilità di *to waive the tort*.

<sup>104</sup> Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., 27 s.

<sup>105</sup> di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 332.

pregiudizio della responsabilità aquiliana, la non necessarietà del nesso di causalità con l'illecito (art. 1223).

La funzione del risarcimento del danno è intrinsecamente riparatoria e, pertanto, non sembra in grado di penetrare «l'angolo morto degli illeciti che non producono depauperamenti patrimoniali»<sup>106</sup>. Il principio di efficienza della responsabilità civile richiede che la tutela risarcitoria venga affiancata da rimedi ulteriori, che si possono definire come ultracompensativi e di spiccata natura deterrente, qual'è la tutela restitutoria, che per sua natura prescinde dalla bipartizione del danno in perdita subita e mancato guadagno, permettendo la mera restituzione delle utilità di cui l'*accipiens* si è avvantaggiato senza titolo, pur sempre in presenza di un nocumento<sup>107</sup>.

Nel campo dell'arricchimento senza causa il modello di riferimento è costituito, piuttosto, dalla proprietà, poiché l'art. 832 c.c. conferisce in via esclusiva al titolare il potere di disporre e godere, con l'obiettivo di evitare lo sfruttamento dello stesso *invito domino* e al limite di riconoscere al titolare una somma equivalente al valore economico del medesimo potere di disposizione, ove ingiustificatamente sfruttato<sup>108</sup>.

Ciò che va del tutto scongiurato è una lettura "pan-aquiliana" o "pan-contrattuale" del rimedio dell'arricchimento senza causa e un tale esito va evitato tramite la correlazione arricchimento-danno, così ricomprendendo in tale istituto soltanto

<sup>106</sup> Sacco, op. cit., p.11.

<sup>107</sup> Sirena, op. cit., 67.

<sup>108</sup> A tal riguardo v. di Majo, op. cit., 358-359: «Le regole di proprietà tendono a sovrapporsi e ad assorbire i rimedi che si ispirano all'arricchimento senza causa. Esse si comportano come *lex specialis*. Nei rapporti ad es. tra proprietario rivendicante e possessore *sine titulo*, la responsabilità per i frutti, percetti e percipiendi, rende inapplicabile il regime dell'arricchimento (art. 1148). Si ha invece riguardo alla condizione soggettiva (buona o mala fede) del possessore per graduarne diversamente la responsabilità».

le ipotesi in cui il pregiudizio dell'impoverito trovi il suo correlato nella locupletazione dell'*accipiens*<sup>109</sup>.

5. L'art. 2042<sup>110</sup> c.c. permette una sistemazione coerente ed interpretazione dell'istituto alla luce del contesto normativo in cui è stato introdotto<sup>111</sup>. La disposizione in parola prevede quello che può definirsi come l'ultimo dei requisiti richiesti ai fini dell'azione generale di ingiustificato arricchimento: si tratta di una condizione "negativa", che si sostanzia nell'assenza di altre azioni per farsi indennizzare del pregiudizio subito, ossia nell'improponibilità dell'azione quando sia possibile ottenere altrimenti lo stesso risultato<sup>112</sup>.

Il problema di tutela investe il significato della regola in esame per scongiurare che l'istituto dell'arricchimento "simulacro normativo" privo di qualsiasi applicazione pratica a causa del «filtro di chiusura» costituito dalla sussidiarietà dell'azione<sup>113</sup>.

<sup>109</sup> di Majo, *Danno e mancato profitto nell'arricchimento senza giusta causa*, cit., 69 s. il quale evidenzia i tratti differenziali con il sistema tedesco «in cui il rimedio è solo contro l'arricchimento ingiustificato laddove la diminuzione patrimoniale è espressa più riduttivamente nei termini secondo cui l'arricchimento deve avere luogo "a spese" di altri».

<sup>110</sup> Cass. 15-11-1994, n. 9629, *FI*, 1995, I, 1889.

<sup>111</sup> Perplessità interpretative si colgono in Trabucchi, op. cit., 66-70; Breccia, *L'arricchimento senza causa*, cit. 1007; Moscati, *Arricchimento (Azione di) nel diritto civile*, cit., il quale ritiene che l'introduzione dell'art. 2042 c.c. abbia paradossalmente causato complicazioni interpretative dell'art. 2041 c.c.

<sup>112</sup> Cass. 27-10-1977, n. 4625; Cass. 4-10-1978, n. 2087; Cass. 21-7-1979, n. 4398; Cass. 9-6-1981, n. 3716; Cass. 4-6-1983, n. 3806; Cass. 9-3-1983, n. 1738; Cass. 6-9-1985, n. 4640; Cass. 5-3-1987, n. 2318; da ultimo Cass. 20-12-2004, n. 23625, statuisce che l'azione generale di arricchimento ha carattere sussidiario, conseguendone che è inammissibile qualora gli istanti abbiano proposto una domanda ordinaria, fondata su titolo contrattuale, senza offrire prova sufficiente all'accoglimento.

<sup>113</sup> In tal senso E. Moscati, *Fonti legali e Fonti "private" delle obbligazioni*, Padova, 1999, 279, parla di un aggravamento delle «specifiche condizioni richieste dagli interpreti affinché si possa parlare di arricchimento

A tale riguardo occorre prendere le mosse dalla volontà del legislatore del 1942 di inserire l'arricchimento senza giusta causa (artt. 2041-1042 c.c.) dopo la gestione di affari (artt. 2028-2032 c.c.) ed il pagamento dell'indebitato (artt. 2033-2040 c.c.)<sup>114</sup> quale norma «di chiusura dell'ordinamento»<sup>115</sup>, relegando dunque l'azione in posizione marginale e residuale, il che ha suscitato diverse critiche in dottrina sia in Italia<sup>116</sup> sia in Germania. Anche a voler superare il rilievo secondo cui il principio generale deve precedere e non seguire le applicazioni particolari<sup>117</sup>, giacché nel caso di specie una tale regola viene puntualmente disattesa, si sente la necessità di inquadrare tale ruolo marginale, genericamente disegnato dal legislatore, all'interno di uno schema che ne garantisca un'efficiente portata pratica.

La questione attiene all'interpretazione che si vuole conferire al sintagma «possibilità di esercizio di un'altra azione»: naturalmente la «possibilità» di cui parla la norma si riferisce all'esistenza di presupposti che consentano legittimo esercizio un'altra forma di tutela<sup>118</sup>, ma il vero dubbio nasce riguardo alle ipotesi in cui, pur in presenza di tale legittimazione, l'azione non possa essere esperita a causa della sopravvenienza di determinati fattori.

L'opinione prevalente è nel senso di precludere l'azione ex art. 2041 c.c. in tutti i casi in cui l'ordinamento permetta l'esercizio di una specifica azione a tutela del diritto leso, senza che

---

senza causa», anche se in realtà è improprio conferire esclusivamente al principio di sussidiarietà una funzione propria di ogni elemento e requisito dell'istituto.

<sup>114</sup> Moscati, *Fonti legali e Fonti "private" delle obbligazioni*, cit. 249.

<sup>115</sup> L'espressione è di Schlesinger, op. cit.

<sup>116</sup> In particolare D. Barbero, *Sistema del diritto privato italiano*, II, Torino, 1962, 800; per altre considerazioni v. P. Rescigno, *Obbligazioni (Nozioni generali)*, in *Enc. del dir.*, XXIX, Milano, 1979, 133 s., ivi a 159.

<sup>117</sup> Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., 27.

<sup>118</sup> Trabucchi, *Arricchimento (diritto civile)*, cit.; Astone, *Dell'arricchimento senza causa*, cit., 1974-1975.

l'esistenza di cause che ne condizionino l'esperimento, quali la prescrizione o decadenza ovvero l'inutilità pratica dell'esercizio dell'azione, possano incidere sull'esercizio di altra tutela per farsi indennizzare del pregiudizio subito<sup>119</sup>: questa visione consolida la concezione della c.d. sussidiarietà in astratto, secondo cui ai fini dell'esclusione del rimedio è sufficiente che una forma di tutela risulti configurabile, per l'appunto, in astratto<sup>120</sup>. In quest'ottica l'azione sarebbe esercitabile esclusivamente nelle ipotesi in cui non vi sia un altro rimedio concorrente *ab origine*, escludendo la proponibilità dell'azione parimenti nel caso in cui sussista

---

<sup>119</sup> Astone, *Dell'arricchimento senza causa*, cit., 1974-1975; Breccia, *L'arricchimento senza causa*, cit.; la questione è stata trattata dalla giurisprudenza italiana a partire dalla seconda metà degli anni cinquanta, ribadendo l'impossibilità di usufruire della tutela nei casi di prescrizione e decadenza, Cass. 21-4-1955, n. 1125, *GI*, 1956, I, 1, 689, con nota di Salciarini, *Esequie all'art. 2041 c.c.*; Cass. 7-5-1965, n. 837, *GI*, 1966, I, 1, 114; Cass. 28-5-1965, n. 1069, *F. pad.*, 1966, I, 893; Cass. 20-1-1966, n. 2255, *GI*, 1966, I, 1, 1436; Cass. 26-3-1968, n. 947, *FI*, 1968, I, 1906.

<sup>120</sup> Gallo, op. cit., 52; in giurisprudenza v. Cass. s.u. 25-11-2008, n. 28042, nella quale si richiede la semplice valutazione in astratto circa l'esistenza di un'altra forma di tutela per farsi indennizzare del pregiudizio ricevuto, prescindendo dalla previsione del suo esito. L'azione di arricchimento sarebbe inammissibile anche nelle ipotesi in cui chi l'ha esercitata disponeva di un'azione prescritta o decaduta. Nella specie, la S.C., premesso che l'appaltatore di opera pubblica che ritenga di avere diritto alla revisione del prezzo di appalto può far valere la propria pretesa con apposita azione, dinanzi al giudice ordinario ovvero amministrativo, ha ritenuto – in applicazione del principio anzidetto – che detto appaltatore possa richiedere l'importo del compenso che ritiene dovutogli esperendo l'azione ex art. 2041 c.c.; da ultimo Cass. 10-8-2007, n. 17647, secondo cui l'azione di arricchimento può essere proposta in via subordinata rispetto all'azione contrattuale proposta in via principale soltanto qualora l'azione tipica dia esito negativo per carenza «*ab origine*» dell'azione stessa derivante da un difetto del titolo è posto a suo fondamento, ma non anche nel caso in cui il contratto dedotto in giudizio, validamente stipulato tra le parti, si sia rivelato improduttivo di effetti a causa del mancato avveramento della condizione ad esso apposta con il conseguente rigetto nel merito della domanda di adempimento proposta sulla base dell'asserito fittizio avveramento della condizione.

un'azione esperibile verso altri soggetti<sup>121</sup>. A non diverse conseguenze conduce l'ipotesi in cui l'arricchimento sia commesso mediante un fatto illecito, in quanto il danneggiato potrebbe esercitare l'azione di risarcimento del danno che escluderebbe ai sensi del disposto dell'art. 2042 c.c. la tutela restitutoria<sup>122</sup>, in quanto la proponibilità dell'azione di arricchimento sarebbe esclusa dalla, seppur astratta<sup>123</sup>, esistenza della tutela aquiliana a favore del danneggiato.

Tale lettura restrittiva del principio in commento comporterebbe la riduzione del rimedio a una «semplice declamazione del codice civile»<sup>124</sup>, sprovvista di qualsivoglia rilevanza pratico-applicativa<sup>125</sup> rendendone praticamente nullo l'utilizzo. Il concetto ne previsto dall'art. 2042 c.c. non comporterebbe la c.d. regola della sussidiarietà in astratto accolta dalla Corte di Cassazione, permettendo il ricorso all'azione di arricchimento qualora i rimedi concorrenti non siano più usufruibili per prescrizione o decadenza, aprendo le porte ad una sussidiarietà di matrice concreta: cd. sussidiarietà in concreto<sup>126</sup>.

<sup>121</sup> Gallo, op. cit.

<sup>122</sup> Bianca, op. cit., 821, nota 42; di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 332; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 13° ed., Napoli, 2007, 1006; Trimarchi, op. cit., 41.

<sup>123</sup> In giurisprudenza da ultimo Cass. s.u. 4-11-1996, n. 9531, *Studium iuris*, 1997, 186; in dottrina Breccia, op. cit.

<sup>124</sup> Sirena, op. cit., 78.

<sup>125</sup> Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., 53: «Salciarini, in epigrafe alla decisione del 1955 richiamata, non esitava a parlare di esequie dell'art. 2041 c.c., considerando che se un tale principio fosse stato esatto avrebbe praticamente comportato l'annullamento della norma sancita dell'art. 2041 c.c.».

<sup>126</sup> Questa tesi è stata sostenuta soprattutto in dottrina: D. Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II, Torino, 1970, 808-809; Barbiera, *L'ingiustificato arricchimento*, cit., 194; P. Barcellona, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. Tri. dir. e proc. civ.*, 1965, 11 s.; Mori - Checcucci, *L'arricchimento senza causa*, cit.; F. Fenghi, *Sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in

Questo è il concetto utilizzato da coloro che prospettano la possibilità di ridurre teleologicamente l'art. 2042 c.c.<sup>127</sup>, nel senso di restringere la portata della preclusione dell'azione di arricchimento senza causa alle sole ipotesi in cui il soggetto impoverito abbia vittoriosamente esercitato un'altra azione quale riparazione del pregiudizio subito<sup>128</sup>. La ragione sostanziale del principio di sussidiarietà risiede nell'evitare che il danneggiato possa ottenere diverse volte la riparazione del pregiudizio, capovolgendolo in un ingiustificato arricchimento. In questo modo sarebbe del tutto legittimo ipotizzare che il soggetto tutelato possa sia esercitare l'azione di arricchimento in alternativa di un altro rimedio spettantegli, nell'ipotesi di concorso alternativo<sup>129</sup>, sia complementariamente all'esercizio di quest'ultimo, qualora la riparazione patrimoniale non sia stata sufficiente, nel caso di concorso integrativo o cumulativo<sup>130</sup>.

Riguardo a quest'ultima ipotesi, e genericamente alla possibilità che i rimedi della responsabilità aquiliana e dell'arricchimento senza causa possano concorrere, si prenda in

*Riv. dir. comm.*, 1962, II, 121; A. Gambero, *Occupazione acquisitiva*, *FI*, 1993, V, 389, 420; E. Spitali, *L'arricchimento mediante intermediario e l'art. 2038 c.c.*, in *GI*, 1994, I, 1, 1861 s.; aperture riguardo a tale prospettiva si trovano anche in giurisprudenza Cass. 17-10-1973, n. 2621; altre sentenze hanno ammesso la possibilità di proporre l'azione di arricchimento in via subordinata per l'eventualità che l'azione principale non venga accolta Cass. 6-9-1985, n. 4640, *FI*, 1986, I, 1628; App. Perugia, 11-4-1954, in *Foro pad.*, 1955, I, c. 933.

<sup>127</sup> Moscati, *Fonti legali e Fonti "private" delle obbligazioni*, cit., 453; Sacco, op. cit., 237, per il quale l'azione di indebito arricchimento derivante da fatto ingiusto non ha carattere sussidiario.

<sup>128</sup> Sirena, op. cit. 78.

<sup>129</sup> Al contrario Castronovo, *La responsabilità e altre forme di tutela civile*, in Id., *La nuova responsabilità civile*, 3° ed., Milano, 2006, 650, il quale ritiene che il concorso alternativo delle due azioni contrasterebbe con l'art. 2042 c.c.

<sup>130</sup> P. Sirena, *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di Arricchimento senza causa*, in *Riv. trim. d. proc. civ.*, 2005, 105 s.

considerazione la fattispecie tipica recata nell'art. 940 c.c.: nel caso di unione e commistione di una cosa principale ad una accessoria può nascere un'obbligazione di indennizzo, commisurata nella misura massima al valore della cosa, e al risarcimento dei danni nell'ipotesi di colpa grave dell'arricchito. In questo caso, il principio di sussidiarietà non rappresenterebbe una limitazione alla simultanea proposizione dei due rimedi, appurato che ci si trova al di fuori dell'ambito proprio dell'applicabilità del principio, in quanto il rimedio risarcitorio ha un contenuto diverso ma compatibile con l'azione di arricchimento<sup>131</sup>.

Nel presente lavoro si è tentato di approdare ad una soluzione, per così dire, intermedia tramite la ricognizione di un parametro di natura soggettiva. L'azione di arricchimento sarebbe preclusa quando il mezzo di tutela alternativo è divenuto non praticabile per colpa dell'impovertito, come nelle ipotesi di prescrizione o decadenza dell'azione contrattuale<sup>132</sup>. Più difficile da risolvere rimane la questione circa l'infruttuosità del rimedio concorrente a causa di ragioni estranee all'impovertito. In dottrina e in giurisprudenza si è tentato di dare da un lato una soluzione rigorosa della sussidiarietà, precisando che l'azione di arricchimento è preclusa qualora l'azione principale sia stata respinta nel merito<sup>133</sup>, e, dall'altro lato, una visione meno restrittiva, la quale apre alla possibilità di proporre l'azione di arricchimento nella stessa domanda principale, quale rimedio al mancato accoglimento nel merito di quest'ultima<sup>134</sup>.

<sup>131</sup> Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., 51 s.; Breccia, *L'arricchimento senza causa*, cit.

<sup>132</sup> Cass. 19-3-1980, n. 1849, in *Rep. Foro it.*, 1980; in dottrina v. Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, cit., 40, nota 83; Moscati, *Fonti legali e Fonti "private" delle obbligazioni*, 283.

<sup>133</sup> In tal senso Cass. 19-6-1997, n. 1819, in *Rep. Giur. it.* 1964; Trib. Napoli, 14-6-1982, in *Giust. civ.*, 1983, I, 285.

<sup>134</sup> Così Cass. 29-6-1977, n. 2800, in *Rep. Giur. it.*, 1977.

In tale contesto evolutivo il principio di sussidiarietà dell'azione di arricchimento si è radicato quasi esclusivamente nell'ordinamento italiano e francese<sup>135</sup>, anche se più di recente si sono registrati dei progressivi allentamenti volti a consentire il concorso di tale azione, alternativo ovvero cumulativo, con altre forme di tutela come il risarcimento del danno, come auspicato in ambito europeo, quale nucleo di principi generali condivisi dagli Stati Membri della Comunità<sup>136</sup>.

<sup>135</sup> Dalla giurisprudenza francese l'azione è considerata strettamente sussidiaria, come statuito per la prima volta con la sentenza della Corte di Cassazione del 12 maggio 1914 che ha precisato che l'azione è proponibile soltanto qualora l'impovertito non disponga altre forme di tutela «*naissant d'un contract, d'un quasi-contract, d'un délit ou d'un quasi-délit*». Riguardo alla dottrina si è affermato che la sussidiarietà sia «*une mesure de sage précaution*», al fine di evitare un ricorso generalizzato all'azione di arricchimento, sul punto vedi Moscati, op. cit; Gallo, op. cit.

<sup>136</sup> P. Sirena, *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di Arricchimento senza causa*, in *Riv. trim. d. proc. civ.*, 2005, evidenzia come nel diritto inglese la dottrina del *waiver of tort* consente che l'autore di un atto illecito, oltre che al risarcimento del danno, sia obbligato alla restituzione dell'arricchimento lucrato, escludendo dai presupposti dell'azione la sussidiarietà, richiedendo soltanto a) *an enrichment of the defendant*; b) *wich is at the expense of the plaintiff*; c) *which enrichment is unjust*, Gallo, *Waiver of tort*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, XIX, Torino 1999, 747 s.; il *Restatement of restitution* americano (1937), all'interno dei suoi 215 paragrafi, non accenna affatto al requisito della sussidiarietà; medesima regola è accolta nel diritto giurisprudenziale tedesco, il quale ammette che il danneggiato possa alternativamente scegliere l'azione di arricchimento *sine causa* o quella di risarcimento del danno, oltre che all'interno del § 812 BGB, il quale enuncia la regola secondo cui «chi mediante la prestazione di un altro o in altro modo consegue qualcosa senza una causa a spese di un altro, è tenuto verso questi alla restituzione»; lo stesso codice civile olandese non fa menzione alcuna riguardo al concetto di sussidiarietà, anche se il problema fu affrontato durante i lavori preparatori da Meijers, stabilendosi che la questione vada risolta ammettendo la facoltà di scelta da parte dell'attore tra la responsabilità per danni e l'azione di arricchimento, qualora entrambe le fattispecie sia configurabili. Riguardo ai Principi di diritto europeo dei contratti in tema di restituzioni si veda V. Colussi, *Le restituzioni*, in *Manuale Dir. Priv. Europeo*, a cura di C. Castronovo-S. Mazzamuto, II, Milano, 2007, 210.



In realtà il discorso relativo alla portata da assegnare all'art. 2042 c.c., ed al relativo principio di sussidiarietà, prende le mosse dalla natura conferita all'azione di arricchimento. Il presente studio ha confermato che obbligazione restitutoria e obbligazione risarcitoria hanno contenuto distinto ed autonomo, oltre che diverso ambito e oggetto<sup>137</sup>: lo stesso deve affermarsi sul rapporto tra l'art. 2041 c.c., l'azione di rivendica e l'azione contrattuale.

Partendo dall'assunto che tali azioni, oltre ad avere diverso contenuto, si mantengono su piani paralleli, non ha senso parlare di sussidiarietà dell'azione di arricchimento nei confronti delle altre, tanto meno se interpretata in maniera "astratta". La tutela offerta all'impovertito assume, difatti, connotazioni diverse in dipendenza dell'azione esercitata: attraverso l'azione contrattuale si richiede l'adempimento della prestazione dedotta nel contratto; mediante l'azione *ex art. 2043 c.c.* si favorisce il risarcimento del danno sofferto; agendo in rivendica si pretende la restituzione della cosa sottratta.

Non sarebbe possibile ipotizzare una gerarchizzazione di rimedi con funzioni e presupposti autonomi, in quanto soltanto tramite l'azione di arricchimento si potrebbe superare in taluni casi il parametro del danno e slegare la tutela dallo stesso nocumento, come accade nell'ipotesi di mala fede dell'*accipiens*<sup>138</sup>. L'accoglimento della visione "astratta" del principio di sussidiarietà comporterebbe, inoltre, la privazione di efficacia e portata applicativa della tutela *ex art. 2041 c.c.*, riducendone il dettato normativo, e l'azione che ne consegue, ad un mero simulacro normativo. A tal proposito, il rapporto che si viene ad instaurare tra gli artt. 2041 c.c. e 2042 c.c. è di proporzionalità inversa:

<sup>137</sup> Cfr. R. Messinetti, *La tutela della proprietà sacrificata*, Padova, 1999, 50, dove si coglie che «eliminazione di circolazioni ingiustificate e neutralizzazione del danno ingiusto costituiscono [...] contesti normativi separati e autosufficienti»; nello stesso senso di Majò, *La tutela civile dei diritti*, cit., 356.

<sup>138</sup> A tal proposito v. *supra* nt. 77.

all'accrescere dei confini e della portata del principio di sussidiarietà, si riduce la realtà applicativa dell'azione di arricchimento e, quindi, se ne svilisce l'applicazione pratica.

Il nostro ordinamento ammette il concorso di rimedi restitutori e risarcitori, come accade nell'ipotesi dell'articolo 940 c.c.<sup>139</sup>, nella quale non opera il principio di sussidiarietà alla fattispecie poiché le due obbligazioni, quella restitutoria e quella risarcitoria, esibiscono contenuto diverso che esclude una loro sovrapposizione. La sussidiarietà mira a scongiurare, infatti, l'ipotesi del cumulo dei diversi rimedi, qualora il convenuto-arricchito dovesse restituire il profitto e simultaneamente risarcire il danno sofferto dal danneggiato, configurando in concreto un arricchimento senza causa dell'attore. Il principio di sussidiarietà deve essere interpretato in modo da permettere un concorso di tipo "integrativo", concedendo all'impovertito che ha ottenuto la restituzione *ex art. 2041 c.c.* la possibilità di ottenere in più soltanto il risarcimento dell'eventuale danno ulteriore, appurato che nel danno *ex art. 2041 c.c.* non è compreso il lucro cessante e che, inoltre, la restituzione incontra il limite dell'arricchimento dell'*accipiens*. La funzione dell'art. 2042 c.c. è pertanto quella di evitare che si ricorra all'azione di arricchimento qualora si sia già ottenuto il ristoro mediante azioni diverse, doppiando la tutela concessa attraverso rimedi distinti.

Volendo portare il concetto all'estremo si può addirittura asserire che l'art. 2042 c.c. sia obsoleto, in quanto riprodurrebbe un principio già di per sé connaturato nella natura stessa dell'azione di ingiustificato arricchimento, il quale sarebbe stato enunciato volutamente in termini generici proprio per assurgere a clausola generale, quindi applicabile soltanto in assenza di rimedi

<sup>139</sup> V. *supra* nt. 135.

maggiormente analitici<sup>140</sup>. L'art. 2041 c.c. risulta preordinato a riempire le lacune presenti nell'ordinamento a causa dell'assenza, in alcune fattispecie, di elementi che possano legittimare altre forme di tutela, destinando l'art. 2042 c.c. alla funzione di filtro nelle sole ipotesi in cui si voglia scongiurare il cumulo di diverse forme di tutela.

Lo scopo reale dell'art. 2042 c.c. è, pertanto, quello di evitare che l'azione di arricchimento possa divenire il mezzo attraverso cui aggirare o frodare la legge (art. 1344 c.c.)<sup>141</sup>. In questa prospettiva il principio di cui all'art. 2042 c.c. deve leggersi in stretta connessione a quello previsto dall'art. 1344 c.c., creando un combinato per il quale l'applicazione dell'azione di arricchimento dovrà essere esclusa ogni qual volta la sua funzione sia quella di aggirare o eludere l'applicazione di norme imperative<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> Secondo molti Autori la sussidiarietà sarebbe insita nella natura stessa dell'azione di arricchimento senza causa, ipotizzando che la stessa declamazione dell'art. 2042 c.c. sarebbe inutile, visto che l'azione di arricchimento si dovrebbe invocare soltanto nell'ipotesi in cui la situazione di squilibrio non possa essere riequilibrata in altro modo: C. Scuto, *L'ingiustificato arricchimento*, Perugia, 1912, 275-281; A. Graziani, *L'azione di in giustificato arricchimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1922, 67; Trabucchi, op. cit., 74; Barbiera, op. cit., 194 s.; Breccia, *L'arricchimento senza giusta causa*, cit., 847 s.

<sup>141</sup> Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., 55; Cons. St., 22-3-1977, n. 209, *Cons. Stato*, 1979, I, 288.

<sup>142</sup> Gallo, op. cit. 55: «Se per esempio esiste una specifica disposizione di legge la quale stabilisce che il conduttore o l'usufruttuario non ha diritto ad indennizzo per le spese od i miglioramenti effettuati in costanza di rapporto, non sarà possibile cercare di aggirare una tale disciplina per il tramite dell'azione di arricchimento; se vi sono disposizioni in base alle quali non è consentito rimettere in discussione il giudicato, non sarà possibile cercare di aggirarle per il tramite dell'azione di arricchimento, e così via»; sul punto v. P. Gallo, *Vizi e guasti nella locazione alla luce dell'efficienza economica*, in *GI*, 1995, I, 1, 782.