



Rivista di diritto amministrativo

Publicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale

Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 11-12/2016

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe, Fabrizio Cerioni.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

L'azione di arricchimento senza causa nei confronti della p.a., dal riconoscimento dell'*utiliter coeptum* all'imputabilità dell'arricchimento, tra esigenze di controllo della spesa della finanza pubblica ed effettività della tutela giurisdizionale: le sezioni unite oggettivizzano il rimedio

di Massimiano Sciascia¹

ABSTRACT

L'esperibilità dell'azione di ingiustificato arricchimento (o *actio de in rem verso*) nei confronti della P.A. è da sempre questione particolarmente controversa, non tanto per quanto riguarda la sua ammissibilità in astratto (di cui non si è mai dubitato), quanto piuttosto per ciò che riguarda il suo regime applicativo, sia sotto il profilo sostanziale che processuale, in quanto, come si avrà modo di illustrare diffusamente nel corso del presente lavoro, nell'applicazione di tale istituto va a convergere un duplice ordine di esigenze tra loro antitetiche e contrapposte: da un lato, quello di evitare l'assunzione di impegni di spesa da parte della P.A. senza il dovuto rispetto delle norme di contabilità pubblica, prima fra tutte quella della necessaria copertura finanziaria (art. 81, comma 4, Cost.); e dall'altro, quello di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale (artt. 24 e 111 Cost. e 6 CEDU) delle pretese creditorie, in particolare evitando che il giudizio sulla fondatezza o meno della pretesa venga a dipendere dalla mera ed insindacabile volontà del convenuto, che, se non adeguatamente perimetrata e circoscritta, rischia di trascendere nell'arbitrio e nell'irragionevole, fonte di possibili abusi.

¹ Avvocato, docente di Diritto amministrativo presso l'Università telematica Pegaso.

L'esperibilità dell'azione di ingiustificato arricchimento (o *actio de in rem verso*) nei confronti della P.A. è da sempre questione particolarmente controversa, non tanto per quanto riguarda la sua ammissibilità in astratto (di cui non si è mai dubitato), quanto piuttosto per ciò che riguarda il suo regime applicativo, sia sotto il profilo sostanziale che processuale, in quanto, come si avrà modo di illustrare diffusamente nel corso del presente lavoro, nell'applicazione di tale istituto va a convergere un duplice ordine di esigenze tra loro antitetico e contrapposte: da un lato, quello di evitare l'assunzione di impegni di spesa da parte della P.A. senza il dovuto rispetto delle norme di contabilità pubblica, prima fra tutte quella della necessaria copertura finanziaria (art. 81, comma 4, Cost.); e dall'altro, quello di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale (artt. 24 e 111 Cost. e 6 CEDU) delle pretese creditorie, in particolare evitando che il giudizio sulla fondatezza o meno della pretesa venga a dipendere dalla mera ed insindacabile volontà del convenuto, che, se non adeguatamente perimetrata e circoscritta, rischia di trascendere nell'arbitrio e nell'irragionevole, fonte di possibili abusi.

L'istituto dell'arricchimento senza causa è un rimedio di natura sussidiaria (esperibile cioè soltanto in assenza di altri specifici rimedi: art. 2042 c.c.) contemplato in via generale dall'art. 2041 c.c., ai sensi del quale «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».

L'applicazione di questo istituto non pone particolari problemi nel caso in cui l'arricchito sia un soggetto privato ed il depauperato una P.A. Più complessa e problematica è invece l'ipotesi inversa, ossia quella in cui l'arricchito sia una P.A. ed il depauperato un privato. Casi emblematici sono quelli del professionista che svolga prestazioni a favore di un ente pubblico in as-

senza di formale incarico; dell'esecuzione di attività continuative al servizio di un ente senza averne ricevuto investitura; dell'esecuzione di un contratto non ancora approvato oppure nullo. Tali ipotesi sono tutte accumulate dall'assenza di un valido titolo giuridico (legale o negoziale) idoneo a legittimare uno spostamento patrimoniale dal privato a vantaggio dell'amministrazione⁽²⁾.

Anche in relazione all'arricchimento senza causa, affinché l'*actio de in rem verso* possa essere esperita avverso la P.A., la giurisprudenza⁽³⁾ ha in passato ritenuto che dall'art. 4 LAC fosse implicitamente desumibile la necessità di un presupposto ulteriore (rispetto a quelli richiesti in via generale dall'art. 2041 c.c.), costituito dal riconoscimento dell'*utiliter coeptum* da parte del soggetto pubblico (e, segnatamente, ad opera dei suoi organi rappresentativi), ossia della rispondenza diretta o indiretta della prestazione ricevuta all'interesse pubblico. Per avvalersi dell'azione generale di arricchimento nei confronti della P.A. non era cioè ritenuto sufficiente il mero fatto materiale dell'arricchimento, ossia l'esecuzione di un'opera o di una prestazione obiettivamente vantaggiosa per l'ente pubblico, ma sarebbe stato necessario un *quid pluris*, vale

² BODDA, voce «Arricchimento, azione di (diritto amministrativo)», in *Noviss. Dig. it.*, vol. I, Torino, 1958, 1009 e ss.; VELA, voce «Arricchimento II) Azione di arricchimento nei confronti della pubblica amministrazione», in *Enc. giur.*, vol. II, Roma, 1988; ROMANO, voce «Indebito arricchimento nel diritto amministrativo», in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1993, 208; TOMEL, *L'ingiustificato arricchimento nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2002.

³ Cass. civ. sez. I, sent. 7 marzo 2014, n. 5397; Id., sent. 18 aprile 2013, n. 9486; Id., sent. 12 febbraio 2010, n. 3322; Id., sent. 28 ottobre 2005, n. 21079; Id., sent. 11 settembre 1999, n. 9690; Id., sent. 8 gennaio 1979, n. 64; Cass. civ., sez. II, sent. 23 maggio 1995, n. 5638; Id., sent. 18 febbraio 1987, n. 1753; Cass. civ., sez. III, sent. 6 settembre 2012, n. 14939; Id., sent. 27 luglio 2002, n. 11133; Id., sent. 27 giugno 2002, n. 9348; Id., sent. 28 ottobre 1997, n. 10576; Cass. civ., sez. lav., sent. 18 marzo 2004, n. 5506; Id., sent. 2 aprile 2004, n. 6581; Id., sent. 23 marzo 2004, n. 5792.

a dire il riconoscimento dell'utilità dell'opera o della prestazione da parte dell'ente medesimo⁴), per tale intendendosi il vantaggio patrimoniale che, al di là della sua obiettiva consistenza, fosse stato valutato e riconosciuto dall'ente pubblico come rispondente alle proprie esigenze o finalità istituzionali.

Secondo tale impostazione, quindi, il riconoscimento dell'*utiliter coeptum*, in quanto atto valutativo/volitivo unilaterale (di natura quindi provvedimento) riservato esclusivamente alla discrezionalità della P.A. e come tale insindacabile in sede giurisdizionale⁵), sarebbe dovuto necessariamente provenire dagli organi rappresentativi dell'ente⁶), cioè competenti a manifestarne la volontà, nel rispetto altresì delle specifiche regole di spesa e di evidenza pubblica⁷).

⁴ Poiché, la fattispecie prevista dall'art. 2041 c.c. si perfezionerebbe solo dopo il riconoscimento dell'*utiliter coeptum* da parte della P.A., secondo Cass. civ., sez. III, sent. 29 marzo 2005, n. 6570 la prescrizione comincerebbe a decorrere non dall'esecuzione dell'opera o della prestazione vantaggiosa per l'ente pubblico, ma da quella in cui sia intervenuto il detto riconoscimento.

⁵ Cass. civ., sez. III, sent. 12 novembre 2003, n. 17028; Id., sent. 3 agosto 2000, n. 10199; Cass. civ., sez. II, sent. 28 ottobre 1997, n. 10576. Nel senso che al giudice spetta il solo compito di accertare se la P.A. convenuta abbia espressamente o implicitamente riconosciuto l'utilità dell'opera o della prestazione, e non quello di valutare se la P.A. abbia realmente conseguito un arricchimento, se cioè abbia effettivamente ritratto un concreto vantaggio patrimoniale dall'opera o dalla prestazione acquisita, poiché ciò implica apprezzamenti che sono propri ed esclusivi della P.A., v. Cass. civ., sez. III, sent. 28 ottobre 1997, n. 10576; Id., sent. 3 agosto 2000, n. 10199; Cass. civ., sez. II, sent. 2 febbraio 1999, n. 849.

⁶ Cass. civ., sez. III, sent. 6 settembre 2012, n. 14939; Id., sent. 27 giugno 2002, n. 9348; Id., sent. 25 gennaio 1994, n. 715; Cass. civ., sez. I, sent. 20 agosto 2004, n. 16348.

⁷ Cass. civ., sez. I, ord. 7 marzo 2014, n. 5397; Id., sent. 18 aprile 2013, n. 9486; Id., sent. 24 ottobre 2011, n. 21962; Id., sent. 28 ottobre 2005, n. 21079; Id., sent. 27 luglio 2002, n. 11133; Id., sent. 17 luglio 2001, n. 9694; Id., sent. 26 luglio 1999, n. 8070; Id., sent. 11 settembre 1999, n. 9690; Id., sent. 26 aprile 1999, n. 4125; Id., sent. 10 novembre 1993, n. 11107; Cass. civ., sez. II, sent. 31 gennaio 2008, n. 2312; Id., sent. 27 giugno 2002, n. 9348; Id., sent. 23 maggio 1995, n.

Nel richiedere questo presupposto ulteriore, la giurisprudenza intendeva rispondere all'esigenza di scongiurare il pericolo di arricchimenti maliziosamente imposti alla P.A., la quale sarebbe stata altrimenti esposta⁸), in violazione anche delle norme in materia di contabilità pubblica, al rischio di dover fronteggiare spese senza un'adeguata copertura finanziaria preventivamente stanziata nel bilancio di previsione ovvero non correttamente deliberate⁹).

Tale orientamento giurisprudenziale sembrava aver trovato conforto anche nell'art. 23 D.L. 66/1989 (poi riprodotto nell'art. 35 D.Lgs. 77/95 ed oggi confluito nell'art. 191, lett. e) TUEL), ai sensi del quale i contratti per l'acquisto di beni o servizi degli enti locali, stipulati senza adeguata copertura finanziaria o senza previo impegno contabile debitamente registrato, non sono vincolanti per la P.A., ma solo per il pubblico impiegato che li abbia sottoscritti. Si tratta di una peculiare ipotesi di interruzione del rapporto di immedesimazione organica: il contratto non è affetto da nullità (come in passato concordemente ritenuto), ma è valido ed efficace in capo alla persona o alle persone fisiche che lo hanno stipulato o ne hanno permessa la stipulazione¹⁰). In questo caso, la giurisprudenza costituzionale¹¹) ha riconosciuto che l'azione di ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c. può essere esperita dall'amministratore o funzionario o dipendente nei confronti dell'ente pubblico eventualmente arricchito, nonché dal medesimo contraente privato avverso il medesimo ente pubblico, anche contestualmente alla do-

5638; Id., sent. 27 febbraio 1991, n. 2111; Cass. civ., sez. III, sent. 14 ottobre 2008, n. 25156; Id., sent. 29 marzo 2005, n. 6570; Id., sent. 28 ottobre 1997, n. 10576.

⁸ Specie nel caso assai frequente di indebito arricchimento derivante da rapporti negoziali instaurati da dipendenti pubblici privi dei necessari poteri

⁹ Cfr. Cass. Civ. Sez. III, ord. 7 marzo 2014, n. 5397; Id., sent. 18 aprile 2013, n. 9486.

¹⁰ In tal senso, cfr. Corte cost., sent. 30 luglio 1997, n. 295 e Id., sent. 24 ottobre 1995, n. 446.

¹¹ Corte cost., sent. 24 ottobre 1995, n. 446.

manda nei confronti del funzionario, in via surrogatoria ex art. 2900 c.c., per assicurare che siano soddisfatte o conservate le ragioni del proprio debitore (che sia creditore verso la P.A.) quando il patrimonio di quest'ultimo non offra adeguata garanzia. Il D.Lgs. 342/97 (anch'esso confluito nell'art. 194 TUEL) ha poi consentito alla P.A. di riconoscere debiti fuori bilancio derivanti da acquisizione di beni e servizi senza delibera autorizzata o impegno contabile in presenza dell'*utilitas*, sicché, deve ritenersi che in quest'ipotesi peculiare di ingiustificato arricchimento direttamente disciplinata dalla legge, l'obbligazione assunta irrualmente dal funzionario risulta essere imputabile all'ente almeno per la parte riconoscibile come debito fuori bilancio, ai sensi dell'art. 194 TUEL⁽¹²⁾.

Senonché, se portata alle estreme conseguenze, la tesi tradizionale (che richiede il riconoscimento dell'*utiliter coeptum* da parte della P.A.) conduceva ad evidenti paradossi, nella misura in cui, da un lato, precludeva al giudice di condannare la P.A. laddove l'*utiliter coeptum*, benché dimostrato, non fosse stato tuttavia oggetto di riconoscimento da parte della P.A. arricchita; e dall'altro, imponeva al giudice di condannare la P.A. anche laddove l'*utiliter coeptum*, sebbene non provato, fosse stato comunque riconosciuto dalla P.A., senza che il giudice potesse sindacare la scelta compiuta discrezionalmente dalla P.A., pena altrimenti la violazione dell'art. 4 LAC⁽¹³⁾.

¹² Maggiori approfondimenti in TOMEI, *L'ingiustificato arricchimento nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2002; GUCCIONE, *Azione generale di arricchimento nei confronti della pubblica amministrazione e problematiche sulla determinazione del quantum indennizzabile*, in *Rass. avv. Stato*, 2014, 1, 152; LEPRE, *Arricchimento ingiustificato ed esecuzione forzata contro la pubblica amministrazione e gli enti locali*, Milano, 2012.

¹³ In tal senso, SAMBATARO, *Il riconoscimento dell'utilità nell'azione di arricchimento contro la P.A.: evocazioni di un mito*, in *Foro amm.*, 1964, II, 124, secondo il quale l'assunto per cui il giudice dovrebbe essere tenuto quasi a registrare l'an e il quantum dell'arricchimento così come riconosciuto

Per evitare queste conseguenze paradossali, allora, si era sviluppato un altro filone giurisprudenziale⁽¹⁴⁾, il quale aveva iniziato ad affermare che il riconoscimento dell'*utiliter coeptum* sarebbe implicitamente⁽¹⁵⁾ ravvisabile nel fatto stesso che la P.A. avesse utilizzato o si fosse appropriata dell'utilità indebitamente ricevuta o fornita dal privato⁽¹⁶⁾, a prescindere dal fatto che tale riconoscimento provenisse o meno da organi rappresentativi dell'ente pubblico. In particolare, era stato argomentato che, benché il giudizio sull'*utiliter coeptum* dovesse essere esclusivamente riservato alle valutazioni discrezionali della P.A., senza possibilità di surrogazione da parte del giudice, tuttavia spettasse comunque al giudice il compito di accertare se e in che misura la P.A. avesse effettivamente beneficiato dell'opera o della prestazione altrui. In altri termini, fermo restando che il riconoscimento dell'*utiliter coeptum* spettasse comunque esclusivamente alla P.A., tuttavia il fatto stesso della consapevole utilizzazione dell'opera o della prestazione da parte dell'ente

dalla P.A., si pone in contrasto con l'obiettività delle situazioni previste dall'art. 2041 c.c.

¹⁴ Cass. civ., sez. III, sent. 21 aprile 2011, n. 9141; Id., sent. 16 maggio 2006, n. 11368.

¹⁵ Il riconoscimento implicito si sostanzia nella concreta utilizzazione dell'opera o della prestazione secondo una destinazione oggettivamente rilevabile ed equivalente, nel risultato, a un esplicito riconoscimento di utilità: Cass. civ., sez. I, sent. 12 febbraio 2010, n. 3322; Id., sent. 26 luglio 1999, n. 8070; Cass. civ., sez. III, sent. 27 giugno 2002, n. 9348; Cass. civ., sez. II, sent. 11 febbraio 2002, n. 1884; Id., sent. 28 ottobre 1997, n. 10576; Cass. civ., sez. I, sent. 13 aprile 1964, n. 866. Non rileva che l'atto formale di riconoscimento della utilità manchi delle prescritte formalità e dei controlli richiesti o, ancora, presenti vizi sotto il profilo della legittimità o della competenza, poiché questi possono condizionare l'efficacia dell'atto amministrativo sul piano negoziale, ma non anche l'efficacia della dichiarazione di scienza integrante l'intervenuto riconoscimento dell'*utilitas*: Cass. civ., sez. un., sent. 18 marzo 1988 n. 2479; Cass. civ., sez. I, sent. 11 settembre 1999, n. 9690; Cass. civ., sez. II, sent. 23 giugno 1992, n. 7694.

¹⁶ Cass. civ., sez. un., sent. 10 febbraio 1996, n. 1025.

pubblico avrebbe di per sé dimostrato l'avvenuto riconoscimento dell'*utilitas*.

A tale tesi venne però criticamente obiettato di condurre ad una conseguenza paradossale: mentre un riconoscimento esplicito dell'*utiliter coeptum* potrebbe provenire soltanto dagli organi rappresentativi dell'ente pubblico, quello implicito potrebbe invece provenire anche da organi diversi. Non era neppure chiaro, inoltre, in base a quale criterio si dovesse stabilire quando l'utilizzazione dell'opera o della prestazione fosse idonea ad integrare il riconoscimento implicito dell'*utiliter coeptum*: alcuni tendevano infatti a ravvisare tale riconoscimento direttamente nella consapevole utilizzazione dell'opera o della prestazione da parte dell'ente pubblico; altri, all'opposto, negavano che tale riconoscimento potesse riconnettersi alla mera utilizzazione dell'opera o della prestazione, pur se obiettivamente vantaggiosa per la P.A. interessata, e richiedevano invece comportamenti concludenti ed univoci dai quali fosse desumibile l'effettiva valutazione di una rispondenza dell'opera o della prestazione al pubblico interesse⁽¹⁷⁾.

¹⁷ In tal senso, v. Cass. civ. sez. III, sent. 6 settembre 2012, n. 14939; Cass. civ., sez. I, sent. 24 ottobre 2011, n. 21962; Id., sent. 31 gennaio 2008, n. 2312; Id., sent. 10 novembre 1993, n. 11107; Cass. civ., sez. lav., sent. 2 aprile 2004, n. 6581; Id., sent. 23 marzo 2004, n. 5792; Id., sent. 18 marzo 2004, n. 5506, secondo le quali, ad integrare il riconoscimento implicito dell'*utilitas* non sarebbe sufficiente la mera consapevole tolleranza dell'altrui apporto vantaggioso e nemmeno la mera utilizzazione dell'opera o della prestazione, allorché essa si sia realizzata con modalità equivoche o comunque tali da non implicare necessariamente l'ammissione dell'effettiva utilità di quanto ricevuto dal terzo o la sua rispondenza al pubblico interesse. Ai fini del riconoscimento implicito sono stati ritenuti ininfluenti: la delibera con cui l'ente ha riconosciuto nei confronti del privato un proprio debito, in quanto atto interno revocabile *ad nutum* (Cass. civ., sez. I, sent. 21 maggio 2002, n. 7422); la prestazione erogata in favore dei singoli cittadini e non direttamente in favore dell'ente (Cass. civ., sez. I, sent. 10 novembre 1993, n. 11107); l'esecuzione di opere di conservazione e manutenzione su beni pubblici già esistenti, in quanto,

Venne anche evidenziato un ulteriore inconveniente di questa tesi, e cioè la disparità di trattamento e la posizione di ingiustificato privilegio di cui veniva a godere la P.A. rispetto ai privati: laddove l'azione ex art. 2041 c.c. fosse stata esperita nei confronti di un privato, l'impovertito sarebbe stato gravato soltanto dell'onere di dimostrare il proprio depauperamento e l'altrui arricchimento, restando viceversa irrilevante tanto il fatto che l'*accipiens* avesse o meno voluto conseguirlo, quanto il fatto che costui avesse effettivamente tratto beneficio o ritenuto di potere trarre beneficio dall'utilità ingiustificatamente ricevuta; viceversa, laddove invece l'azione fosse stata intentata contro una P.A., l'impovertito sarebbe stato gravato anche dell'onere (non espressamente contemplato dal legislatore) di dimostrare un elemento ulteriore, oltretutto di natura altamente discrezionale (e quindi insindacabile in sede giurisdizionale), quale appunto quello del riconoscimento dell'*utiliter coeptum*, ossia del beneficio che l'*accipiens* avesse tratto o ritenuto di poter trarre dal ricevuto arricchimento.

Ancor più pregnante era l'obiezione incentrata sull'assurdità (difficilmente conciliabile con i principi di cui agli artt. 3, 24, 111 e 113 Cost.) di condizionare la proponibilità di un'azione ad una preventiva manifestazione di assenso del soggetto contro cui essa è diretta.

Pertanto, per superare siffatte obiezioni, una parte della giurisprudenza⁽¹⁸⁾ aveva iniziato ad ritenere non necessaria la prova del riconoscimento (esplicito o implicito) dell'*utiliter coep-*

potendo configurarsi la perdurante fruizione come la mera perpetuazione dell'uso già in essere prima degli interventi manutentivi o di miglioria, essa non implica alcuna consapevole valutazione dell'utilità dell'opera o della prestazione (Cass. civ., sez. I, sent. 16 settembre 2005, n. 18329).

¹⁸ In tal senso, ma ambigualmente, v. Cass. civ., sez. un., sent. 19 luglio 1982, n. 4198; Cass. civ., sez. I, sent. 10 novembre 1993, n. 11107; Id., sent. 20 novembre 1992, n. 12399.

tum, sufficiente essendo dimostrare il fatto oggettivo dell'altrui incremento patrimoniale con correlativo proprio depauperamento. Si era cioè iniziato ad affermare che anche per la P.A. l'arricchimento rilevasse soltanto in termini di oggettivo incremento patrimoniale, a prescindere da ogni apprezzamento discrezionale circa l'utilità di quanto ricevuto. Il giudice avrebbe quindi dovuto accertare non se la P.A. avesse reputato proficuo l'arricchimento conseguito, ma soltanto che tale arricchimento fosse stato oggettivamente ricevuto. La prova dell'*utiliter coeptum* verterebbe quindi soltanto su di un elemento di mero fatto, privo di qualsivoglia valenza provvedimentale, ed al più assimilabile ad una dichiarazione di scienza. Trattandosi quindi dell'accertamento di un mero elemento oggettivo, il giudice non incorre nelle preclusioni di cui agli artt. 2 e 4 LAC, in quanto non si sostituisce in attività o scelte riservate alla P.A. Depurato l'istituto di ogni profilo di discrezionalità derivante dall'ipotizzata necessità di un riconoscimento (esplicito o implicito) dell'*utiliter coeptum* ed equiparata la posizione della P.A. a quella di qualsiasi altro soggetto privato, restava però insoluto il problema di come scongiurare il pericolo per l'ente pubblico di subire arricchimenti imposti, da cui sarebbe scaturita l'assunzione non voluta di impegni di spesa in violazione o elusione delle prescrizioni dell'ordinamento contabile e spesso anche in assenza della necessaria predisposizione di adeguata copertura finanziaria.

Sulla questione sono intervenute le Sezioni Unite nel 2015⁽¹⁹⁾, le quali hanno condiviso l'assunto secondo cui, in assenza di diversa previsione legislativa, i presupposti richiesti per l'azione di ingiustificato arricchimento non possono che essere i medesimi, tanto che si agi-

sca verso un soggetto privato, tanto che si agisca contro un soggetto pubblico. Sicché, l'arricchimento non può che essere valutato in senso oggettivo, ossia quale obiettivo incremento patrimoniale ingiustificatamente conseguito a scapito dell'altrui impoverimento⁽²⁰⁾, a prescindere da qualsiasi elemento di connotazione soggettiva, quale appunto il riconoscimento (esplicito o implicito) dell'*utiliter coeptum* da parte dell'arricchito. Il depauperato ha così solo l'onere di provare il fatto oggettivo dell'arricchimento, senza che l'ente pubblico possa opporre il mancato riconoscimento dell'*utiliter coeptum*. In questo modo non viene più in rilievo i limiti di cognizione di cui all'art. 4 LAC, perché non si tratta di consentire al giudice di sostituirsi alla P.A. nella valutazione discrezionale dell'*utilitas* e del correlato interesse pubblico, ma di accertare il verificarsi di un evento patrimoniale oggettivo, qual è l'arricchimento, senza che venga in rilievo l'esercizio di alcuna discrezionalità amministrativa.

Questa interpretazione è imposta dall'esigenza di evitare posizioni di ingiustificato privilegio a vantaggio della P.A., non apparendo compatibile con i principi di ragionevolezza e di effettività della tutela giurisdizionale (artt. 3, 24, 111 e 113 Cost.) subordinare l'accoglimento di una domanda processuale al preventivo, discrezionale ed insindacabile assenso o apprezzamento soggettivo della controparte nei cui confronti l'azione è rivolta.

¹⁹ Cass. civ., sez. un., sent. 26 maggio 2015, n. 10798, in *Corr. giur.*, 2016, 470 (con nota di BELLANTE, *L'azione di arricchimento senza causa nei confronti della P.A.: le nuove indicazioni delle Sezioni Unite*).

²⁰ Le Sezioni Unite osservano che il legislatore del 1942, nel codificare l'azione di arricchimento (ignota al codice civile del 1865), ne ha privilegiato una connotazione oggettivistica: l'azione, infatti, risulta ancorata alla sussistenza di presupposti esclusivamente materiali (l'arricchimento ed il correlativo depauperamento), entrambi ricondotti dalla norma ad una dimensione fattuale di eventi puramente oggettivi. Manca, al contrario, alcun richiamo a parametri soggettivi, tali da legittimare sul piano interpretativo una valutazione discrezionale dell'arricchito in ragione della sua qualificazione pubblicistica.

Tale approccio ermeneutico è conforme, del resto, alla pacifica qualificazione dell'arricchimento come fonte non di interessi legittimi, bensì di diritti soggettivi perfetti, come tali devoluti al sindacato del G.O. anche quando l'azione viene intentata contro una P.A.⁽²¹⁾. Qualora l'esperibilità dell'azione ex art. 2041 c.c. venisse rimessa al potere discrezionale di riconoscimento dell'*utiliter coeptum* da parte della P.A., la pretesa del depauperato avrebbe natura non di diritto soggettivo, ma di interesse legittimo, come tale sindacabile soltanto innanzi al G.A.

Tuttavia, onde evitare il pericolo di arricchimenti maliziosamente imposti, le Sezioni Unite ritengono la P.A. legittimata ad eccepire e provare che l'arricchimento è avvenuto contro la sua volontà o senza la sua consapevolezza, alla stessa stregua di quanto potrebbe fare un privato. L'applicabilità del rimedio generale dell'azione di ingiustificato arricchimento rinvia un limite ontologico proprio nel principio di intangibilità dell'altrui sfera giuridica, in virtù del quale al terzo (sia esso pubblico o privato) è sempre consentito respingere arricchimenti imposti contro la sua volontà⁽²²⁾. Nessuna pretesa può quindi essere fatta valere nei confronti di chi abbia ricevuto un'attribuzione patrimoniale senza volerlo o comunque senza la consapevolezza di beneficiarne. Il principio generale che vieta l'arricchimento imposto consente così di coniugare adeguatamente il diritto di azione del depauperato con l'esigenza, altrettanto fondamentale, dell'arricchito di non incorrere in conseguenze patrimoniali derivanti dall'attribuzione di beneficio non voluti o di cui non intende avvantaggiarsi.

Ne deriva, in sintesi, che l'arricchimento della P.A., ravvisabile in un qualunque incremento patrimoniale in favore della P.A., dà luogo automaticamente ad un credito indennitario in favore del depauperato, a prescindere da un qualunque atto di riconoscimento dell'*utilitas* da parte dell'ente beneficiario, ferma restando la facoltà della P.A. di rifiutare l'opera o la prestazione resa indebitamente, secondo le stesse regole che disciplinano i rapporti intercorrenti tra privati. Ne consegue altresì che l'impoverito è tenuto a provare il solo fatto dell'arricchimento; il relativo accertamento da parte del giudice non incorre nei limiti di cognizione di cui all'art. 4 LAC, trattandosi di verificare un evento patrimoniale oggettivo, qual è l'arricchimento, senza che la P.A. possa opporre il mancato riconoscimento dello stesso, perché altrimenti si riconoscerebbe alla P.A. una posizione di vantaggio priva di fondamento normativo e dalla dubbia legittimità costituzionale.

Quindi, riassumendo: secondo l'orientamento tradizionale, per l'utile esperimento dell'azione di arricchimento nei confronti della P.A. non era sufficiente il fatto materiale dell'esecuzione di un'opera o di una prestazione vantaggiosa per l'ente pubblico, ma era necessario che l'ente avesse (anche solo tacitamente) valutato tale opera o prestazione come rispondente alle proprie finalità istituzionali; e stante l'impossibilità di sindacare le valutazioni discrezionali della P.A. (art. 4 LAC), compito del giudice sarebbe stato soltanto quello di accertare l'intervenuto riconoscimento dell'*utilitas* da parte della P.A., secondo il proprio insindacabile ed esclusivo apprezzamento discrezionale, in questo modo inaccettabilmente subordinando la proponibilità dell'azione ex art. 2041 c.c. ad una preventiva manifestazione di volontà del soggetto contro cui essa è rivolta, ossia, in ultima analisi, rimettendo la stessa configurabilità del debito ad un atto di ricognizione del debitore; secondo le Se-

²¹ Cfr. Cass. civ., sez. un., sent. 18 novembre 2010, n. 23284.

²² In tal senso, v. anche VIVANI, *Actio de in rem verso nei confronti della pubblica amministrazione: arricchimento imposto e riconoscimento dell'utilità*, in *Resp. civ. prev.*, 1994, 668 e ss. Sul tema generale dell'arricchimento imposto, v. GALLO, *Arricchimento senza causa*, Milano, 2003, 128 e ss.

zioni Unite del 2015, il riconoscimento dell'*utiliter coeptum* non costituisce requisito dell'azione generale di arricchimento, la quale, pertanto, rimane integralmente assoggettata alle regole di diritto comune fissate dagli artt. 2041 e 2042 c.c. anche laddove proposta nei confronti della P.A., la quale è adeguatamente tutelata dal rischio di arricchimenti imposti in quanto conserva sempre la facoltà di respingere un arricchimento non voluto.

Eliminato dalle Sezioni Unite il requisito del riconoscimento dell'*utiliter coeptum* e connotato l'arricchimento in senso esclusivamente oggettivo, tale elemento valutativo non sembra tuttavia essere però del tutto scomparso, sebbene appaia destinato a venire in rilievo sotto un diverso aspetto: la valutazione di conformità dell'arricchimento all'interesse pubblico non viene più veicolata da un atto di esplicito o implicito riconoscimento dell'*utiliter coeptum*, bensì dal mancato rifiuto dell'arricchimento stesso, nel senso cioè che l'aver la P.A. consapevolmente omesso di rifiutare l'arricchimento denota, *in re ipsa*, la volontà di beneficiarne, e quindi sottende la sua valutazione positiva di conformità all'interesse pubblico perseguito. La valutazione di conformità dell'arricchimento all'interesse pubblico non viene più a dipendere da un atto di riconoscimento da parte della P.A. (la cui dimostrazione incombe sul privato), ma è desunta dal fatto stesso del mancato consapevole rifiuto (che invece spetta alla P.A. eccepire e dimostrare).

Pertanto, mentre il privato è tenuto (secondo la regola generale ex art. 2697 c.c.) a dare prova dell'arricchimento e del correlativo suo impoverimento, la P.A. è invece tenuta a dimostrare che l'arricchimento è avvenuto contro la propria consapevole volontà. Al criterio del riconoscimento dell'*utiliter coeptum* viene quindi sostituito quello dell'imputabilità dell'arricchimento.

Il nuovo orientamento inaugurato dalle Sezioni Unite nel 2015 è però destinato ad entrare in frizione con il fatto che l'orientamento tradizionale, che annovera il riconoscimento (esplicito o implicito) dell'*utiliter coeptum* tra i requisiti di esperibilità dell'azione ex art. 2041 c.c. avverso la P.A., sembra esser stato recepito, in tempi relativamente recenti, anche dal legislatore, che lo ha posto a base di alcuni importanti interventi normativi

Ed infatti, è già stato accennato a come con l'art. 23 D.L. 66/1989 (norma riprodotta, senza sostanziali modifiche, nell'art. 35, D.Lgs. n. 77/1995 e, infine, refluita nell'art. 191, lett. e), TUEL) il legislatore, anche se limitatamente ai soli enti locali, ha notevolmente ridimensionato l'esperibilità dell'azione di indebito arricchimento nei confronti della P.A., prevedendo che, nel caso di acquisizione di beni e servizi senza l'apposita delibera autorizzativa della P.A. committente e senza l'attestazione della relativa copertura di spesa, il rapporto obbligatorio si costituisce direttamente tra il privato e l'amministratore o il funzionario che abbia consentito l'acquisizione dell'opera o della fornitura. Stante la natura sussidiaria dell'azione sancita dall'art. 2042 c.c., il privato perde così la possibilità di ricorrere all'azione generale di arricchimento nei confronti dell'ente locale, posto che egli, in virtù delle richiamate norme, ha a disposizione altra azione diretta nei confronti dell'amministratore o del funzionario responsabile per ottenere l'indennizzo del pregiudizio subito⁽²³⁾.

Inoltre, ai sensi dell'art. 194 TUEL, l'ente pubblico può comunque riconoscere la legittimità dei debiti fuori bilancio derivanti da beni e servizi illegittimamente acquisiti, nei limiti

²³ In tal senso, Cass. civ., sez. III, sent. 15 luglio 2003, n. 11067; Id., sent. 20 agosto 2003, n. 12208; Id., sent. 3 agosto 2000, n. 10199; Id., sent. 25 novembre 1998, n. 11969; Cass. civ., sez. II, sent. 28 ottobre 2002, n. 15162; Id., sent. 30 maggio 1997, n. 4820.

dell'utilità accertata e, quindi, del correlativo arricchimento conseguito. Il riconoscimento dell'*utilitas* torna così a riproporsi, in una rinnovata veste normativa, quale condizione imprescindibile affinché il privato possa agire nei confronti della P.A. per ottenere l'indennizzo relativo a prestazioni eseguite in assenza di valido titolo. In virtù delle richiamate disposizioni normative, dunque, i principi formulati dalle Sezioni Unite del 2015 sembrano poter trovare applicazione limitatamente ai soli rapporti obbligatori intercorrenti con enti pubblici diversi da quelli locali⁽²⁴⁾.

Va infine ricordato che le Sezioni Unite⁽²⁵⁾, a partire dal 2008, hanno fortemente ridimensionato il ricorso all'azione di arricchimento nei confronti della P.A., andando incontro a quelle esigenze di tutela delle finanze pubbliche, delle quali per decenni si è fatto carico tradizionalmente il requisito del riconoscimento dell'*utilitas*. In particolare, le Sezioni Unite del 2008 hanno ritenuto che il diritto all'indennizzo per arricchimento senza causa nei confronti della P.A. vada determinato con riferimento alle sole spese sostenute e alle perdite patrimoniali subite (danno emergente), ma non anche al mancato guadagno, e cioè al corrispettivo che il privato si riprometteva di ricavare dall'esecuzione del contratto (lucro cessante). Tale arresto giurisprudenziale ha mutato radicalmente la precedente giurisprudenza⁽²⁶⁾, secondo la quale, invece, nell'impoverimento ex art. 2041 c.c. poteva essere computato anche il

profitto o utile d'impresa connesso all'opera o alla prestazione eseguita *sine causa*, con la conseguenza che l'indennizzo dovuto all'imprenditore o al professionista veniva spesso determinato in una misura prossima al valore di mercato del bene o della prestazione, giungendo financo ad utilizzare, seppure come mero parametro indicativo, lo stesso corrispettivo stabilito nel contratto nullo o le tariffe professionali previste per quella tipologia di prestazioni. Al contrario, secondo le Sezioni Unite del 2008, l'azione di arricchimento mira ad eliminare la sola diminuzione patrimoniale sofferta dall'impoverito e non anche ad assicurare il corrispettivo dell'incarico svolto o dei lavori eseguiti, malgrado l'invalidità o l'inesistenza di un contratto. Soprattutto, poi, quando detta esecuzione derivi da una iniziativa del depauperato, per di più assunta in violazione delle regole della c.d. evidenza pubblica, l'azione di arricchimento non può porsi come lo strumento per legittimare le pretese di quanti abbiano agito pretermettendo deliberatamente l'osservanza di quelle regole né, tanto meno, può garantire gli stessi effetti sostanziali dell'azione contrattuale, rendendo, per di più, priva di conseguenze la sanzione della nullità comminata al contratto.

²⁴ Rimane dubbio se l'azione di arricchimento possa essere esperita nei confronti dell'ente locale, allorché il funzionario responsabile sia insolvente. Sul punto, cfr. Corte cost., sent. 24 ottobre 1995, n. 446, la quale, in un proprio *obiter dictum*, ipotizza l'ammissibilità di una singolare azione surrogatoria ex art. 2900 c.c. del privato nei confronti dell'ente pubblico.

²⁵ Cass. civ., sez. un., sent. 11 settembre 2008, n. 23385.

²⁶ Cfr., *ex plurimis*, Cass. civ., sez. I, sent. 28 ottobre 2005, n. 21079; Id., sent. 11 settembre 1999, n. 9690; Id., sent. 5 giugno 1997, n. 5021; Cass. civ., sez. III, sent. 29 marzo 2005, n. 6570.