Indebito arricchimento e pubblica amministrazione: le sezioni unite ribaltano l'orientamento prevalente.

La regola di carattere generale secondo cui non sono ammessi arricchimenti ingiustificati nè spostamenti patrimoniali ingiustificabili trova applicazione paritaria nei confronti del soggetto privato come dell'ente pubblico; e poiché il riconoscimento dell'utilità non costituisce requisito dell'azione di indebito arricchimento, il privato attore ex art. 2041 cod. civ. nei confronti della P.A. deve provare - e il giudice accertare - il fatto oggettivo dell'arricchimento, senza che l'amministrazione possa opporre il mancato riconoscimento dello stesso, potendo essa, piuttosto, eccepire e dimostrare che l'arricchimento non fu voluto o non fu consapevole.

Lo ha stabilito la Suprema Corte Suprema di Cassazione – sezioni unite civili – con sentenza n.10798 del 26 maggio 2015

Il caso

Nel gennaio 1995 una donna, erede del marito frattanto deceduto, convenne in giudizio l'amministrazione comunale chiedendone la condanna al pagamento di £ 23.967.034, oltre accessori, a titolo di arricchimento senza causa premettendo che nel 1986 era stata contrattualmente affidata l'esecuzione di lavori (poi regolarmente retribuiti) di manutenzione ordinaria degli edifici scolastici della zona sud di quel Comune, e che il proprio coniuge aveva eseguito anche ulteriori lavori non previsti in contratto e per questo mai pagati, che l'Ufficio tecnico comunale gli aveva, tuttavia, richiesto in base a una perizia di variante, ritenendoli *"indispensabili per assicurare la funzionalità degli edifici scolastici".*

Il Comune resistette e l'adito Tribunale di Reggio Calabria, con sentenza n. 383/2003, rigettò la domanda.

L'appello dell'originaria attrice è stato respinto dalla Corte d'appello reggina con sentenza n. 131/2010 sull'assorbente rilievo che, in difetto di deliberazioni da parte del Consiglio o della Giunta, difettava il necessario requisito del riconoscimento dell'utilità della prestazione da parte del Sindaco, organo rappresentativo del Comune. Da qui il ricorso per cassazione.

La qualificazione giuridica della domanda dell'attrice.

Per la Suprema Corte, la domanda attrice, intesa - come si legge nella decisione impugnata – ad *«accertare e dichiarare l'*utilitas *delle opere indiscutibilmente eseguite»,* nonchè alla condanna del Comune al pagamento, a tale titolo, della somma di £ 23.967.034, risulta qualificata, in termini non più in discussione, come azione di indebito arricchimento *ex* art. 2041 cod. civ..

La motivazione della sentenza di secondo grado.

La Corte di appello - premesso in fatto che i lavori di cui trattasi (riparazione dei servizi igienici, impermeabilizzazione dei solai e coloritura), riguardanti alcune scuole della parte sud della città, erano stati disposti dall'Ufficio tecnico comunale, verosimilmente su segnalazione dei dirigenti degli uffici scolastici e precisato, altresì, che la delibera in sanatoria, pur predisposta, non risultava mai deliberata dalla Giunta - è pervenuta alla conferma della statuizione di rigetto della domanda di arricchimento, in forza della dichiarata adesione alla giurisprudenza della Suprema Corte secondo cui il riconoscimento dell'utilitas costituisce requisito speciale di ammissibilità dell'azione di cui all'art. 2041 cod. civ. nei confronti della P.A., segnalando che, nella specie, il riconoscimento, sia pure implicito, avrebbe dovuto provenire dal sindaco ovvero da un atto deliberativo della giunta o del consiglio comunale.

Il primo motivo di ricorso ed il richiamo ad un orientamento minoritario.

Col primo motivo di ricorso, la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 2041 cod. civ., avendo la Corte d'appello disatteso il principio, patrocinato da alcune decisioni della Corte di legittimità, secondo il quale il giudizio di utilità può essere compiuto anche dal giudice, che ha il potere di accertare se ed in quale misura l'opera o la prestazione siano state effettivamente utilizzate dalla pubblica amministrazione.

Il ricorso richiama un orientamento minoritario della Corte di Cassazione, stigmatizzando il mancato accertamento giudiziale della fruizione delle opere di manutenzione da parte dell'ente pubblico nella piena consapevolezza della relativa esecuzione, sebbene nell'assenza di un riconoscimento implicito o esplicito dei suoi organi rappresentativi.

Il contrasto esistente e la devoluzione della controversia alle sezioni unite.

La sezione terza, assegnataria del ricorso, ne ha, dunque, promosso la devoluzione alle Sezioni unite, rilevando nell'ordinanza interlocutoria che sussiste un contrasto interno alla giurisprudenza di legittimità, “tra l'orientamento (prevalente) che assume come assolutamente ineludibile la necessità che il riconoscimento anche implicito dell'utilitas provenga da organi quanto meno rappresentativi dell'ente pubblico e quello (minoritario, ma significativo e fondato su solide argomentazioni) che offre invece spazi all'apprezzamento diretto da parte del giudice”.

Il punto nodale della controversia.

Per la Suprema Corte, il punto nodale della controversia si rinviene:

- sulla necessità o meno di un requisito ulteriore - quello del riconoscimento dell'utilità dell'opera o della prestazione - rispetto a quelli standards fissati dagli artt. 2041 e 2042 cod. civ., allorchè l'azione venga proposta nei confronti della P.A.;
- sul ruolo assegnato al giudice nell'accertamento dell'arricchimento

La tesi prevalente.

La tesi prevalente muove dalla considerazione delle specifiche condizioni e limitazioni, costituite

dalle regole c.d. dell'evidenza pubblica che presidiano l'attività negoziale della P.A. e si radica sul rilievo che l'azione di arricchimento comporta, di fatto, il superamento della regola assoluta a tutela del buon andamento della pubblica amministrazione, secondo cui non si può dar luogo a spese non deliberate dall'ente nei modi previsti dalla legge e senza la previsione dell'apposita copertura finanziaria. Di qui di marcare di "specialità" la domanda di arricchimento proposta nei confronti della P.A., posto che il relativo oggetto è costituito quasi sempre da prestazioni o opere eseguite da privati in dipendenza di contratti irregolari, nulli o addirittura inesistenti.

E', dunque, ricorrente nella giurisprudenza di legittimità l'affermazione che per l'utile esperimento dell'azione nei confronti della P.A. occorre la prova di un duplice requisito, e cioè, non solo il fatto materiale dell'esecuzione di un'opera o di una prestazione vantaggiosa per l'ente pubblico, ma anche il cd. riconoscimento, espresso o tacito e, in sostanza, che l'amministrazione interessata abbia compiuto una cosciente e consapevole valutazione dell'utilità dell'opera, del servizio, o della prestazione, e che li abbia considerati rispondenti alle proprie finalità istituzionali.

In particolare - secondo l'orientamento giurisprudenziale all'esame - la configurazione del riconoscimento dell'utilità dell'opera o della prestazione come un atto di volontà o di autonomia della P.A. comporta che la stessa configurabilità di un arricchimento senza causa resti affidata alla valutazione discrezionale della sola amministrazione, unica legittimata a esprimere il relativo giudizio, che presuppone il doveroso apprezzamento circa la rispondenza diretta o indiretta della cosa o della prestazione al pubblico interesse (Cass. 18 aprile 2013, n. 9486; Cass. 11 maggio 2007, n.10884; Cass. 20 agosto 2004, n.16348; Cass. 23 aprile 2002, n. 5900); inoltre detta valutazione non solo non può essere sostituita da quella di amministrazioni terze, pur se interessate alla prestazione, ma neanche provenire da atti e comportamenti imputabili a qualsiasi soggetto che faccia parte della struttura dell'ente di esse destinatario (Cass. 18 aprile 2013 n. 9486), essendo necessariamente rimessa solo agli organi rappresentativi di detta amministrazione o a quelli cui è istituzionalmente devoluta la formazione della sua volontà (Cass. 27 luglio 2002, n. 11133; Cass. 17 luglio 2001, n. 9694). E sebbene non si richieda che il riconoscimento avvenga necessariamente in maniera esplicita - cioè con un atto formale (il quale, peraltro, può essere assistito dai crismi richiesti per farne un atto amministrativo valido ed efficace, ovvero può anche essere carente delle formalità e dei controlli richiesti, come nel caso in cui l'organo di controllo lo annulli) e si sia predicata la sufficienza del riconoscimento implicito - l'una e l'altra forma di riconoscimento sono ritenute soggette alle medesime regole dell'evidenza pubblica (sul riconoscimento come atto di volontà, cfr Cass. 24 ottobre 2011, n. 21962; Cass. 31 gennaio 2008 n. 2312; Cass. 24 settembre 2007 n. 19572), richiedendosi che l'utilizzazione dell'opera o della prestazione sia consapevolmente attuata dagli organi rappresentativi dell'ente (cfr. Cass. Sez. un. 25 febbraio 2009, n. 4463; Cass. 20 ottobre 2004, n. 16348; nonchè Cass. 11133/2002 già cit.).

Secondo questa tesi, il giudice ordinario non può giudicare dell'utilitas, dal momento che la necessità del riconoscimento è tradizionalmente impostata sulla discrezionalità amministrativa che la valutazione del vantaggio comporta, in quanto l'utiliter versum non può essere altro che un utile soggettivo, cioè relativo all'interesse dell'accipiens e la valutazione dell'utilità dell'ente pubblico si risolve in una valutazione dell'interesse pubblico, come tale necessariamente affidata alla P.A..

I limiti di tale orientamento per il depauperato.

Per gli Ermellini a sezioni unite, detto orientamento risulta fortemente penalizzante per il depauperato, allorquando l'arricchimento si risolva in un risparmio di spesa (come nel caso che qui ricorre di esecuzione di opere di manutenzione), dal momento che un riconoscimento implicito da parte degli organi rappresentativi dell'ente pubblico appare ravvisabile solo in relazione a opere e prestazioni comportanti un incremento patrimoniale, e quindi suscettibili di appropriazione; mentre, nel caso che l'opera risulti già esistente e già a disposizione della collettività, si è ritenuto che il perdurare - od il riprendere dopo gli interventi - della pubblica fruizione non possa costituire riconoscimento implicito dell'utilitas, perchè non implica alcuna valutazione consapevole da parte dell'ente (Cass. 02 settembre 2005, n. 17703 in motivazione).

Un secondo orientamento minoritario.

Secondo altro orientamento minoritario, il riconoscimento, da parte di enti pubblici, dell'utilità di una prestazione professionale, con conseguente loro arricchimento, si realizza con la mera utilizzazione della stessa, indipendentemente dal fatto che i fini alla cui realizzazione la prestazione poteva essere diretta non fossero stati realizzati dall'ente cui il progetto era stato destinato (Cass. Sez. un. 10 febbraio 1996, n. 1025; e più di recente Cass. 18 giugno 2008, n. 16596). In tale prospettiva, l'utilità è stata ritenuta ravvisabile allorchè la P.A., ad esempio, si sia servita della prestazione del privato per corredare pratiche amministrative, ovvero ne abbia ricavato un risparmio di spesa (v. Cass. 12 dicembre 2003, n. 19059; e ancora Cass. n. 10576 del 1997; Cass. n. 1025 del 1996; Cass. n. 12399 del 1992), ridimensionandosi la necessità della provenienza dagli organi formalmente qualificati della P.A. (cfr. Cass. 16 settembre 2005, n. 18329) e precisandosi che, seppure il giudizio sull'utilità per la P.A. dell'opera o della prestazione del privato è riservato in via esclusiva all'amministrazione e non può essere compiuto, in sostituzione di quella, del giudice, spetta pur sempre a quest'ultimo il compito di accertare se e in che misura l'opera o la prestazione siano state effettivamente utilizzate dalla pubblica amministrazione (cfr. Cass. 02 settembre 2005, n. 17703).

I limiti di tale orientamento per la pubblica amministrazione.

Per i giudici a sezioni unite, tale orientamento presta il fianco alla critica dell'incongruenza di legittimare soggetti diversi in ragione del fatto che il riconoscimento sia esplicito (per il quale si afferma la necessità che provenga dagli organi rappresentativi della pubblica amministrazione) o implicito (nel qual caso si ritiene che il riconoscimento può provenire da organi non qualificati dell'amministrazione), vale a dire in ragione della forma del riconoscimento, che dovrebbe essere un elemento neutro sotto questo profilo (così Cass. 07 marzo 2014, n. 5397 in motivazione).

In realtà l'avere svincolato il riconoscimento dalla provenienza dagli organi formalmente qualificati ad esprimere la volontà dell'ente pubblico ha finito per incrinare fortemente lo stesso principio della relatività soggettiva dell'utilitas, consentendo di recuperare la connotazione ordinaria dell'azione, giacchè il baricentro dell'indagine risulta spostato sulla valutazione in fatto dell'arricchimento, che deve essere accertato con la regola paritaria di diritto comune, sia quando riguarda il privato che quando si riferisce alla pubblica amministrazione (così Cass. 16

maggio 2006, n. 11368), affidando al saggio apprezzamento del giudice lo scrutinio sull'intervenuto riconoscimento ovvero la valutazione, in fatto, dell'utilità dell'opus (così Cass. 21 aprile 2011, n. 9141).

L'azione generale di arricchimento nel codice del 1865 e del 1942.

La previsione di un'azione generale di arricchimento era ignota al codice del 1865; l'istituto venne, quindi, accolto dal progetto di codice delle obbligazioni del 1936 e, infine, codificato dal legislatore del 1942, accanto a numerosi altre fattispecie particolari di arricchimento (artt. 31 co. 3, 535, 821, co. 2, 935, 940, 1150, 1185, co. 2, 1190, 1443, 1769, 2037, co. 3, 2038 co. 3 cod. civ.), assolutamente eterogenee e, comunque, ispirate al medesimo principio e accomunate dall'obbligo di "restituire" all'impoverito esclusivamente perdite, esborsi, spese, prestazioni ed altri elementi, utilità o valori già sussistenti nel suo patrimonio "nei limiti dell'arricchimento".

Orbene - mentre nel vigore del codice del 1865, la prefigurazione della specialità dell'azione nei confronti della P.A. si giustificava in considerazione dell'elaborazione giurisprudenziale dell'actio de in rem verso sugli schemi della gestione di affari e dell'attribuzione al riconoscimento dell'utilitas dello stesso fondamento dell'utiliter gestum - l'intervenuta codificazione dell'istituto ad opera del legislatore del 1942 ne ha privilegiato una connotazione oggettivistica, fatta palese dall'impiego dei concetti materiali di «arricchimento» e «diminuzione patrimoniale», senza richiamo alcuno al parametro soggettivistico dell'«utilità», ponendo così il problema se vi sia ancora spazio per postulare una valutazione discrezionale da parte dell'arricchito in ragione della sua qualificazione pubblicistica.

Un terzo orientamento.

Per la Corte a sezioni unite, il terzo e più risalente orientamento giurisprudenziale muove proprio dalla considerazione della sopravvenuta inclusione della disciplina nel codice del 1942 per postulare la necessità di abbandonare "il remoto principio", secondo cui l'azione è esperibile nei confronti della P.A. soltanto se questa ha .riconosciuto la locupletazione, evidenziando non solo il superamento degli schemi su cui era stata costruita la fattispecie giurisprudenziale dell'actio de in rem verso, ma anche e soprattutto la necessità di una lettura costituzionalizzante dell'istituto, che assicurasse la piena tutela della garanzia di agire in giudizio contro l'amministrazione pubblica, assicurata a chiunque dagli artt. 24 e 113 Cost. (cfr. Cass. Sez. unite sentenze 28 maggio 1975, n. 2157; Cass. Sez. unite 19 luglio 1982, n. 4198). Sulla base di tali premesse si è esclusa, in radice, la tesi che all'ente pubblico possa essere riservato non solo di riconoscere il vantaggio in sé, ma anche la relativa entità economica: tesi ritenuta inaccettabile per la considerazione che essa pone il giudice nella condizione di dover unicamente prendere atto delle determinazioni del convenuto, contraddicendo alla stessa funzione dell'azione consistente nell'apprestare un rimedio "generale" per i casi in cui sia possibile risolvere sul piano economico il contrasto tra legalità e giustizia. In luogo della questione del riconoscimento dell'utilità, è stato evidenziato un problema di imputabilità dell'arricchimento, paventandosi il pericolo che l'ente pubblico possa subire iniziative che i terzi, pur presentandosi come ingiustamente depauperati, abbiano assunto conto il volere dell'ente o comunque senza che i suoi organi rappresentativi ne avessero contezza.

La prospettiva privilegiata dalle sezioni unite.

Le Sezioni unite, nel risolvere il contrasto, intendono proseguire sulla strada tracciata nelle sentenze da ultime citate e, in parte, ripercorsa da quell'indirizzo minoritario che ha rimarcato la connotazione ordinaria dell'azione anche nei confronti della P.A., predicando una valutazione oggettiva dell'arricchimento che prescinda dal riconoscimento esplicito o implicito dell'ente beneficiato. A questi risultati conduce una lettura dell'istituto più aderente ai principi costituzionali e a quelli specifici della materia che assegnano una dimensione fattuale di evento oggettivo all'arricchimento di cui all'art. 2041 cod. civ. e alla relativa azione una funzione di rimedio generale a situazioni giuridiche altrimenti ingiustamente private di tutela, tutte le volte che tale tutela non pregiudichi in alcun modo le posizioni, l'affidamento, la buona fede dei terzi (cfr. Cass. Sez. un. 08 dicembre 2008, n. 24772). In tale prospettiva il diritto fondamentale di azione del depauperato può adeguatamente coniugarsi con l'esigenza, altrettanto fondamentale, del buon andamento dell'attività amministrativa, affidando alla stessa pubblica amministrazione l'onere di eccepire e provare il rifiuto dell'arricchimento o l'impossibilità del rifiuto per la sua inconsapevolezza (c.d. arricchimento imposto).

L’azione generale di arricchimento come noma di chiusura.

Per le Sezioni Unite, il principio secondo cui «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» è stato dettato dal legislatore del 1942, accanto ad altre fattispecie particolari di cui già si è dato conto, con la funzione di norma di chiusura onde coprire - come si legge nella Relazione al progetto del codice - anche i casi «che il legislatore non sarebbe in grado di prevedere tutti singolarmente».

L'istituto risulta, così, configurato come un rimedio unitario, idoneo a ricomprendere tutte le ipotesi di arricchimento di un soggetto e di correlativo impoverimento di un altro soggetto in mancanza di una giusta causa e, quindi, sia i casi di arricchimento conseguito appropriandosi di utilità insite nell'altrui situazione protetta, sia quelli che dipendono da comportamenti dell'impoverito. La funzione dell'istituto che è quella di eliminare l'iniquità prodottasi mediante uno spostamento patrimoniale privo di giustificazione di fronte al diritto, sancendone la restituzione, riconducono l'arricchimento ad una dimensione fattuale di evento oggettivo, escludendo che la qualificazione pubblicistica del soggetto arricchito possa essere evocata a fondamento di una riserva di discrezionalità in punto di riconoscimento dell'arricchimento e/o del suo ammontare.

L’*onus probandi* che incombe sul privato attore

Ne consegue che ciò che il privato attore ex art. 2041 cod. civ. nei confronti della P.A. deve provare è il fatto dell'arricchimento; e il relativo accertamento da parte del giudice non incorre nei limiti di cognizione ai sensi dell'art. 4 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, trattandosi di verificare un evento patrimoniale oggettivo, qual è l'arricchimento, senza che l'amministrazione possa opporre il mancato riconoscimento dello stesso, perché altrimenti si riconoscerebbe all'amministrazione una posizione di vantaggio che è priva di base normativa.

In tale prospettiva il riconoscimento da parte della P.A. dell'utilità della prestazione o dell'opera può rilevare non già in funzione di recupero sul piano del diritto di una fattispecie negoziale inesistente, invalida o comunque imperfetta - trattandosi di un elemento estraneo all'istituto - bensì in funzione probatoria e, precisamente, ai soli fini del riscontro dell'imputabilità dell'arricchimento all'ente pubblico.

Le esigenze di tutela delle finanze pubbliche.

Di contra, le esigenze di tutela delle finanze pubbliche e la considerazione delle dimensioni e della complessità dell'articolazione interna della pubblica amministrazione, che l'espediente giurisprudenziale del riconoscimento dell'utilitas ha inteso perseguire, possono essere adeguatamente coniugate con la piena garanzia del diritto di azione del depauperato, nell'ambito del principio di diritto comune dell'arricchimento imposto, in ragione del quale l'indennizzo non è dovuto se l'arricchito ha rifiutato l'arricchimento o non abbia potuto rifiutarlo, perché inconsapevole dell'eventum utilitatis.

Il principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite.

"*La regola di carattere generale secondo cui non sono ammessi arricchimenti ingiustificati nè spostamenti patrimoniali ingiustificabili trova applicazione paritaria nei confronti del soggetto privato come dell'ente pubblico; e poiché il riconoscimento dell'utilità non costituisce requisito dell'azione di indebito arricchimento, il privato attore ex art. 2041 cod. civ. nei confronti della P.A. deve provare - e il giudice accertare - il fatto oggettivo dell'arricchimento, senza che l'amministrazione possa opporre il mancato riconoscimento dello stesso, potendo essa, piuttosto, eccepire e dimostrare che l'arricchimento non fu voluto o non fu consapevole*".

Una breve riflessione

Inutile dire come sia interessante la sentenza della sezioni unite sopra evidenziata.

La puntuale ed attenta disamina operata dalla Corte in composizione allargata fa toccare con mano come la giurisprudenza di legittimità continui nel percorso di abbattere indebiti privilegi (e ve ne sono ancora molti) a favore della Pubblica Amministrazione.

E la Corte a sezioni unite riesce in maniera davvero eccellente a dettare un principio risolutore che contempera le esigenze del depauperato e le finanze della pubblica amministrazione.

Con il principio espresso si evita, in buona sostanza, che la Pubblica Amministrazione possa essere arbitro di sé stesso e, dopo essersi "arricchita", sfrutti la propria posizione per negare il debito.

Pertanto, la Pubblica Amministrazione, a seguito del principio espresso, non avrà più i poteri di un tempo che le consentivano di inibire la richiesta del privato, ma potrà unicamente provare che l'arricchimento non fu voluto o non fu consapevole.

Ed il principio espresso non vale a "sanare" eventuali contratti irregolari o nulli, quanto piuttosto

a riequilibrare una situazione di ingiustizia sostanziale venutasi a creare in conseguenza di un arricchimento a favore della P.A. e di uno speculare depauperamento a danno del privato.

Ma vi è di più. La Suprema Corte a sezioni unite ci evidenzia come tali principi non sono certo nuovi, ma (erano e) sono ricavabili dalla disamina dell'istituto a partire dal codice del 1865 (che non lo prevedeva espressamente) fino all'attuale impianto avvenuto con il codice del 1942.

Si riespandono i poteri del giudice in ordine all'accertamento della sussistenza dei presupposti richiesti, non incontrando egli più il limite della esistenza di un provvedimento amministrativo emanato dagli organi a ciò deputati.

In definitiva, così come è accaduto rispetto ad altri istituti, anche in questo caso la giurisprudenza di legittimità ha preso atto di una situazione di sperequazione tra privato e pubblica amministrazione, ormai "obsoleta", ed ha considerato quest'ultima alla stessa stregua del primo.

Così facendo, la Suprema Corte non è andata contro le finanze pubbliche, ma a favore della efficienza della pubblica amministrazione, e, quindi, a favore delle finanze pubbliche. Si evita, in tal modo, che la inefficienza (anche burocratica) della Pubblica Amministrazione possa generare situazioni di vantaggio a proprio favore e, quindi, autoalimentarsi.

avv. Filippo Pagano (f.pagano@clouvell.com)

managing partner at clouvell (www.clouvell.com)