



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI GIURIDICI ED ECONOMICI
DEL MEDITERRANEO: SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE

JONIAN DEPARTMENT - MEDITERRANEAN ECONOMIC AND
LEGAL SYSTEMS: SOCIETY, ENVIRONMENT, CULTURES



ANNALI 2014 – ANNO II

(ESTRATTO)
IRENE VAGLIA

Dall'actio de in rem verso all'azione di arricchimento senza causa

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

BRUNO NOTARNICOLA

COORDINATORE DELLA COLLANA

FRANCESCO MASTROBERTI

COMMISSIONE PER GLI ANNALI DEL DIPARTIMENTO JONICO

BRUNO NOTARNICOLA, DOMENICO GAROFALO, RICCARDO PAGANO,
GIUSEPPE LABANCA, FRANCESCO MASTROBERTI,
NICOLA TRIGGIANI, AURELIO ARNESE, GIUSEPPE SANSEVERINO, STEFANO VINCI

COMITATO SCIENTIFICO

DOMENICO GAROFALO, BRUNO NOTARNICOLA, RICCARDO PAGANO,
ANTONIO FELICE URICCHIO, MARIA TERESA PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI,
DANIELA CATERINO, MARIA LUISA DE FILIPPI, ARCANGELO FORNARO,
IVAN INGRAVALLO, GIUSEPPE LABANCA, TOMMASO LOSACCO,
GIUSEPPE LOSAPPPIO, FRANCESCO MASTROBERTI, FRANCESCO MOLITERNI,
CONCETTA MARIA NANNA, FABRIZIO PANZA, PAOLO PARDOLESI,
FERDINANDO PARENTE, GIOVANNA REALI, LAURA TAFARO,
SEBASTIANO TAFARO, NICOLA TRIGGIANI

COMITATO REDAZIONALE

STEFANO VINCI (COORDINATORE), AURELIO ARNESE,
MARIA CASOLA, PATRIZIA MONTEFUSCO, ANGELICA RICCARDI,
ADRIANA SCHIEDI, GIUSEPPE SANSEVERINO

REDAZIONE:

PROF. FRANCESCO MASTROBERTI

DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI ECONOMICI E GIURIDICI DEL MEDITERRANEO: SOCIETÀ,
AMBIENTE, CULTURE

CONVENTO SAN FRANCESCO, VIA DUOMO, 259 - 74123 TARANTO, ITALY

E-MAIL: FRANCESCO.MASTROBERTI@UNIBA.IT

TELEFONO: + 39 099 372382

FAX: + 39 099 7340595

HTTP://WWW.ANNALIDIPARTIMENTOJONICO.ORG

Irene Vaglia

DALL' *ACTIO DE IN REM VERSO* ALL' AZIONE DI ARRICCHIMENTO
SENZA CAUSA *

ABSTRACT	
L'azione generale di arricchimento senza causa inserita nel codice civile del 1942 continua ancora oggi a presentare i tratti della sua matrice romanistica (equità e <i>versio in rem</i>) pur con rilevanti diversità (esclusione per rapporti trilaterali e carattere sussidiario) rispetto all' <i>actio de in rem verso</i> .	The general action of unjust enrichment part of the civil code since 1942 continues today to present the features of its romanistic matrix (equity and <i>versio in rem</i>) although with major differences (exclusion for trilateral relations and subsidiary character) in respect of <i>actio de in rem verso</i> .
Equità – <i>Versio in rem</i> – Arricchimento	Equity – <i>Versio in rem</i> - Enrichment

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il divieto di arricchimento senza causa. - 3. L'*actio de peculio et de in rem verso*. - 4. L'«arricchimento senza causa» nel codice civile del 1942 (artt. 2041 e 2042 cod. civ.). - 5. Gli elementi di comunanza e di discordanza tra le due azioni.

1. - L'azione generale di arricchimento senza causa, disciplinata dagli artt. 2041 e 2042 cod. civ., affonda le sue radici nell'*actio de in rem verso*, ma – nonostante sia comunemente definita come tale ancor oggi – i due istituti non coincidono.

Non mancano, tuttavia, elementi comuni accanto a quelli che differenziano le due azioni: dati che questa breve trattazione, senza alcuna pretesa di completezza, si propone di mettere in luce.

2. - L'espressione più nota del divieto di arricchimento senza causa è contenuta nel celebre passo di Pomponio, conservato in D. 50.17.206:

Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiolem.

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

È l'enunciazione di un principio, del divieto di arricchimento ingiustificato a danno altrui¹. Non corrisponde però al concetto che oggi si esprime con le locuzioni «arricchimento senza causa», «arricchimento ingiustificato» o «arricchimento ingiusto». Nel diritto romano esso assunse rilevanza nel campo delle obbligazioni, perché – da un lato – costituiva espressione dell'*aequitas* e – dall'altro – consentiva l'eliminazione di uno spostamento patrimoniale ingiusto (*iniuria*). Sebbene il frammento non contenga alcun riferimento espresso alla restituzione dell'arricchimento ingiustamente conseguito, tale effetto ne è la logica conseguenza. Numerosi sono, infatti, i frammenti che ricollegano al principio in esame la restituzione mediante *condictio* extracontrattuale, rinvenibili fin dal II sec. d. C.²

Nella compilazione giustiniana esso è posto a fondamento di varie azioni dirette a rimuovere l'arricchimento, tra cui, com'è noto, soprattutto la *condictio indebiti* e le *condictiones sine causa* nel loro complesso, e poi – in via meramente esemplificativa – l'*actio negotiorum gestorum*, la *vindicatio utilis*, le azioni penali dopo l'anno o quelle contro gli eredi entro i limiti dell'arricchimento e l'*actio de peculio et de in rem verso*.³

Nel nostro ordinamento il principio *nemo locupletari debet cum aliena iactura* è posto a fondamento dell'art. 2041 cod. civ. e di altri casi tipici previsti da specifiche norme: si tratta di casi accomunati tutti dall'idea secondo cui uno spostamento patrimoniale deve essere giustificato da un interesse meritevole di tutela, significativamente collocati prima dell'azione generale di arricchimento, per sottolinearne la natura residuale (art. 31, comma 3, cod. civ.; art. 535 cod. civ.; art. 821, comma 2, cod. civ.; artt. 935, 940 e 1150 cod. civ.; art. 1185, comma 2, cod. civ.; artt. 1190, 1443 e 1769 cod. civ.; art. 2037, comma 3, cod. civ.; art. 2038, comma 3, cod. civ.).⁴

¹ La letteratura romanistica sul principio è cospicua: si rinvia, senza pretesa di completezza, ed in aggiunta rispetto a quella via via richiamata nelle pagine che seguono, a L. VACCA, *Osservazioni in tema di 'condictio' e 'arricchimento senza causa' nel diritto romano classico*, in *L'arricchimento senza causa*, V. MANNINO (a cura di), Torino, Giappichelli, 2004, pp. 591 ss. (ora in *Appartenenza e circolazione dei beni*, Padova, 2006, CEDAM e F. M. D'IPPOLITO (a cura di), *Filia. Scritti per Gennaro Franciosi*, IV, Napoli, 2007, Satura Editrice), C.A. CANNATA, '*Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorum*'. *L'arricchimento ingiustificato nel diritto romano*, in *L'arricchimento ingiustificato e la ripetizione di indebito*, L. VACCA (a cura di), Torino, 2005, Giappichelli, pp. 20 ss., e B. SCHMIDLIN, *La causa generale dell'arricchimento senza causa nel codice civile svizzero*, in *Arricchimento ingiustificato*, op. cit., p. 142 s.

² Cfr. B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato – Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, Padova, 2009, CEDAM, pp. 214-215.

³ Cfr., ad esempio, B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*⁵, Milano, 1972, Giuffrè, p. 544.

⁴ La Suprema Corte, a Sezioni Unite, con la decisione dell'11 settembre 2008, n. 23385, in *Foro it.* 2009, 12, p. 3413 – nel riesaminare la funzione e le finalità dell'art. 2041 cod. civ., ha affermato che il dato letterale della norma è ancora saldamente ancorato alla tradizione romanistica, rivolta a riparare il *detrimentum* all'impovertito secondo lo schema restitutorio dell'*actio de in rem verso*, che diede vita alle numerose *condictiones* dirette ad assicurare la restituzione di quanto versato in difetto originario o sopravvenuto di una causa giustificativa. La funzione dell'art. 2041 cod. civ. è quella evidenziata dalla Relazione al Codice, e cioè di norma generale di chiusura, diretta a disciplinare i casi «che il legislatore

3. - Nel mondo romano – per favorire gli scambi – i negozi erano spesso compiuti indirettamente, per il tramite degli schiavi o dei figli (soggetti *in potestate*), i quali potevano compiere atti giuridicamente rilevanti, i cui effetti si producevano nella sfera giuridica del *dominus* o del *pater familias*. Fu creata dal pretore l'*actio de peculio et de in rem verso* (D. 15.3), utilizzabile per eliminare il vantaggio derivante della gestione indiretta di un affare, laddove non fossero stati onorati gli impegni assunti. L'azione, esercitabile in solido anche nei confronti dello schiavo o del *filius*, era diretta a recuperare l'arricchimento effettivamente conseguito dal *dominus* o dal *pater familias* e non l'intero debito contratto per suo conto, a condizione che quanto ricevuto dal negozio fosse stato effettivamente riversato nel suo patrimonio. Dunque, la *versio in rem* (il versamento, di quanto conseguito, nel patrimonio del *pater familias*) costituiva il fondamento e, al contempo, il limite della responsabilità del padre o del padrone: ancora più specificamente, costituiva la misura per determinare la *taxatio* inserita nella *condemnatio* della formula relativa all'*actio de peculio*, in modo tale che la somma dovuta a tale titolo non superasse mai l'entità che il peculio aveva in quel determinato momento. Al terzo, attore in giudizio, era – infatti – consentito il recupero di quanto pervenuto nei limiti dell'arricchimento esistente al momento della domanda: *versum autem sic accipimus, ut duret versum* (D. 15.3.10.6). L'azione era, invece, esclusa in tutti gli altri casi in cui la definitiva locupletazione fosse assente o fosse venuta meno: *agi cum eo de in rem verso non potest, quia... locupletior ex nummis non fit* (D. 15.3.2).

non sarebbe in grado di prevedere tutti singolarmente», in cui sorge l'esigenza di eliminare l'iniustizia prodottasi mediante uno spostamento patrimoniale non giustificato dal diritto, ossia ingiusto perché avvenuto mediante la lesione, sia pure in buona fede, di una situazione giuridica meritevole di tutela; ne scaturisce la sanzione della restituzione nei limiti dell'arricchimento e non del danno. Normalmente, invece, è il contratto che determina lo spostamento consensuale del profitto e costituisce il titolo per conservarlo; tra l'illecito e il contratto si pone una terza categoria, che è quella delle restituzioni, avente quale fondamento il principio morale e logico del *suum cuique tribuere*, ovvero il principio secondo cui si attribuiscono a ognuno le conseguenze buone o cattive delle sue azioni. La Corte ha, altresì, affermato che l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario – nel perseguire come risultato la *restitutio in integrum* del patrimonio dell'impoverito – non ha salvaguardato l'autonomia della nozione di diminuzione patrimoniale sottesa alla tutela residuale e sussidiaria offerta dall'art. 2041 cod. civ., ma ha operato una mera trasposizione di concetti e contenuti propri della responsabilità aquiliana alla materia dell'arricchimento, ponendo in primo piano l'interesse leso dell'impoverito ed individuando un nesso di causalità secondo gli artt. 40 e 41 cod. pen. tra di esso e la locupletazione, perciò includendovi sia la perdita subita che il mancato incremento, questa volta riparato togliendo il valore corrispondente ad altra persona che si è avvantaggiata dell'utilità. Le Sezioni Unite hanno così escluso una commistione tra le due azioni, ponendone – invece – in risalto l'autonomia e l'indipendenza, risultante in primo luogo dall'autonoma collocazione delle stesse all'interno del codice civile e, poi, dalla diversità delle fonti delle rispettive obbligazioni, addirittura di origine contrapposta nella disposizione dell'art. 1173 cod. civ. In particolare, hanno riaffermato che il principio di ingiustificato arricchimento (*nemo locupletari debet cum aliena iactura*) è un principio generale e centrale dell'ordinamento, al pari di quello del *neminem laedere*, posto a fondamento della tutela aquiliana.

L'*actio de in rem verso*, nella sua forma originaria, era sussidiaria rispetto all'*actio de peculio* (D. 15.3.1.1), o ad altre azioni più favorevoli⁵. Serviva, insomma, per estendere al *pater familias* l'obbligazione gravante sul soggetto *in potestate*, ma – a differenza della *condictio*, cui è sempre stata associata – non si fondava su un atto di disposizione compiuto *sine causa*, in senso negoziale.⁶ Al contrario, il trasferimento da cui derivava l'*utilitas* conseguita dal *dominus* era stato ottenuto per mezzo di un negozio valido, identificabile nell'affare gestito per suo conto da un altro soggetto⁷ e ciò che appariva *sine causa*, e quindi ingiusto, era l'approfittamento di quanto pervenutogli col negozio che, peraltro, non aveva adempiuto. Questa mancanza di giustificazione veniva espressa, nelle formule, con un riferimento all'*iniuria*, all'*ex iniusta causa*, al *sine (iusta) causa*.

In epoca giustiniana, poi, l'*actio de in rem verso* fu estesa anche ai casi di compimento dell'affare per conto del *dominus* non da *fili familias* e servi, ma da *extraneae personae*, ossia da soggetti preposti a determinati affari, per i cui effetti il *dominus* rispondeva nei limiti dell'arricchimento effettivo.

Già molto tempo prima, però, grazie all'apporto dei giuristi (in particolare di quelli del II sec. d.C.), il divieto dell'arricchimento senza causa aveva cominciato ad essere preso in considerazione anche in ipotesi diverse dall'attività negoziale, come risulta da Celso, secondo il quale, in assenza di un negozio, appariva in ogni caso necessario restituire l'attribuzione patrimoniale intervenuta e restituire il denaro ricevuto, poiché ciò corrisponde al buono e all'equo⁸. Questa linea è confermata anche da Giuliano, che riconosce (ne abbiamo notizia tramite Africano) l'utilizzabilità della *condictio* per recuperare quanto costituisca l'oggetto

⁵ Si fa riferimento alle azioni pretorie, dette 'adiettizie', perché riguardavano la responsabilità del *dominus* che si aggiungeva a quella del servo, quali l'*actio exercitoria*, l'*actio institoria*, l'*actio quod iussu* e la già menzionata *actio de peculio*.

⁶ Non v'è unanimità di consensi circa la natura della *condictio indebiti*, affermando taluni che costituirebbe il caso più importante di applicazione del divieto di arricchimento ingiustificato nell'ambito delle *condictiones*, ed altri – invece – che sarebbe fondata, non sull'arricchimento ingiustificato, ma sull'acquisto ingiustificato, stante la mancanza di causa da parte dell'*accipiens* per ritenere l'acquisto (*causa retinendi*), perché una cosa è *locupletari* ed altra è *accipere*.

Al di là delle varie posizioni dottrinarie, si può affermare che le fonti del diritto classico non pongono espressamente il divieto di arricchimento ingiustificato a fondamento delle *condictiones sine causa*.

I giuristi dell'età classica, invero, non raggruppavano le fattispecie in categorie generali, ma procedevano per casi concreti; risale – invece – ai pandettisti la dottrina delle *condictiones sine causa* come azioni di arricchimento, fondate sul principio di equità naturale (*bonum et aequum, ius naturae, naturalis aequitas, bona fides*), che implicava la restituzione dello spostamento patrimoniale ingiustificato.

⁷ Cfr. B. KUPISCH, *Arricchimento nel diritto romano, medioevale e moderno*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, 1, Torino, 1987, UTET, p. 436.

⁸ (Dig. 12.1.32, Cels. 5 dig.): *Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidam nullum negotium mecum contraxisti; sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.*

dell'arricchimento allorché, in assenza di accordo, si sia verificato uno squilibrio patrimoniale per così dire non giustificato⁹.

Dalla lettura delle fonti sembra potersi delineare il quadro che segue:

- in età classica le azioni riconducibili allo schema della *versio in rem* erano esercitabili per ottenere la restituzione dell'arricchimento ingiustificato realizzato in seguito a rapporti trilaterali (figli o servi, *pater familias* o *dominus*, e un terzo).

- l'espressione *versio in rem* nel diritto post-giustiniano venne, poi, usata anche con riferimento a relazioni giuridiche bilaterali, comunque produttive di incrementi patrimoniali definitivi e privi di una qualche giustificazione.

Essendo venuto meno il requisito del *contractus aliorum*, l'*actio de in rem verso* si diffuse rapidamente nel diritto comune, venendo utilizzata in diversi casi, tra loro differenti e ben lontani dall'ambito originario. La sua diffusione giunse a tal punto da essere configurata come *actio de in rem verso utilis*, intendendosi per utile la sua applicazione generalmente diretta a neutralizzare, con fondamento sull'equità, tutti i casi di arricchimento effettivo e definitivo, in cui al danneggiato non competeva un'azione derivante *ex contractu* o *ex quasi contractu*¹⁰.

Le affinità dell'*actio de in rem verso utilis* con l'*actio negotiorum gestorum* (anche se quest'ultima tutelava un'obbligazione diretta, sorta per effetto di rapporto tra *gestor* e *dominus negotii*) erano tali che la giurisprudenza europea, in particolare quella dell'*Usus modernus pandectarum*, ritenne che fossero entrambe fondate sul divieto dell'arricchimento ingiusto. Poi, lo sviluppo delle azioni volte a rimediare all'arricchimento ingiustificato sembra aver seguito due direttrici:¹¹

- l'utilizzazione della *condictio indebiti* e della *negotiorum gestio* come forme principali di tutela restitutoria, con un impiego soggetto ad interpretazioni estensive;

- l'elaborazione di una tutela restitutoria generale, nel solco delle fonti romane, con fondamento sul principio *nemo locupletior iniuria fiat*.

Il primo percorso è stato seguito dalla codificazione prussiana e da quella austriaca, nonché - con alcune varianti - dall'ordinamento francese, insieme con quello italiano, in cui l'azione di arricchimento senza causa è stata espressamente inserita nel codice civile del 1942.

Il secondo percorso è stato, invece, seguito dall'ordinamento tedesco, ove è stata introdotta una norma generale sulla tutela restitutoria per gli arricchimenti ingiustificati, contenuta nel §812 del BGB, secondo cui: «Chi ha ricevuto attraverso la prestazione di un altro o altrimenti a sue spese qualcosa senza un fondamento giuridico è obbligato nei confronti di costui alla restituzione. Questa obbligazione nasce anche quando il fondamento giuridico viene successivamente meno o il

⁹ (Dig. 12.1.23, Afr. 2 *quaest.*): *Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere Julianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim.*

¹⁰ Cfr. G. ASTUTI, *Arricchimento (azione di)*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, p. 60.

¹¹ Cfr. CORTESE, *Indebiti solutio*, *op. cit.*, p. 229.

risultato perseguito con la prestazione secondo il contenuto del negozio giuridico non si verifica». Si tratta di una fattispecie giuridica ad ampio spettro, che copre tutte le possibili ipotesi di attribuzioni patrimoniali ingiustificate e la sua valenza generale ne ha reso frequente l'applicazione nei più diversi settori del diritto privato, assegnandole conseguentemente una grande importanza.

Anche nel sistema anglo-americano l'azione contro l'arricchimento ingiustificato si è diffusa, essendo esercitata per risolvere questioni che nei paesi di *civil law* sono ricondotti all'area contrattuale e a quella della responsabilità civile.¹²

Da quanto sinora esposto si può già desumere una prima differenza fondamentale tra assetto attuale e tradizione romanistica, costituita da un elemento di rottura con essa, avendo il nostro legislatore – nel seguire l'esempio di quello francese – considerato la *condictio indebiti* e la *negotiorum gestio* come le forme principali di tutela restitutoria e, perciò, rinunciato ad elaborare una tutela restitutoria generale.

4. - Prima di esaminare la disciplina dettata dagli artt. 2041 e 2042 cod. civ., è utile riflettere ancora un momento su alcuni profili tratti dalla storia dell'istituto e dalla comparazione con altri ordinamenti.

Il *Code Civil*, per quanto concerne l'ordinamento francese, prevedeva solo la *gestion d'affair* (art. 1375) e il *payement de indu* (art. 1377 e ss.), cui si affiancavano le sanzioni dell'arricchimento ottenuto senza un fondamento giuridico valido, come il limite al rimborso dell'incapace (art. 1312), l'azione di restituzione contro il depositario incapace (art. 1926): fattispecie tutte interpretate secondo lo schema della gestione d'affari. Era, però, avvertito un vuoto di tutela derivante dall'assenza di una norma che ponesse rimedio a situazioni di arricchimento non assimilabili allo schema contrattuale della gestione d'affari o, comunque, da collocare ai margini dell'area contrattuale. Questa lacuna fu colmata dalla celebre sentenza della *Cour de Cassation* del 1892, conosciuta come *arrêt Boudier*, che introdusse nell'ordinamento francese l'azione di arricchimento senza causa. La fattispecie concreta riguardava la vendita di concime all'affittuario di un fondo. Risolto il contratto di affitto, il proprietario e l'affittuario si accordarono nel senso che il concime, ancora esistente sul fondo, sarebbe stato trattenuto dal proprietario e che il relativo prezzo sarebbe stato imputato a scomputo dei canoni di affitto rimasti da pagare. Essendone venuto a conoscenza, il venditore del concime non agì contro l'affittuario, perché insolvente, ma contro il proprietario a titolo di arricchimento. La Cassazione accolse la domanda, riconoscendo all'attore il diritto di agire contro il terzo per limitare la perdita patrimoniale derivatagli dall'insolvenza del soggetto con cui aveva contrattato, con fondamento sul principio che impedisce di arricchirsi a danno altrui. Successivamente, però, la giurisprudenza limitò la portata generale dell'azione,

¹² Cfr. E. MOSCATI, *Arricchimento (azione di) nel diritto civile*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, Quarta edizione, Milano, 2000, UTET, p. 449.

precisando che l'arricchimento doveva avvenire *san cause légitime*¹³ e che ad essa poteva farsi ricorso solo in assenza di rimedi più specifici, ovverosia in via sussidiaria. Il carattere sussidiario, peraltro, tendeva ad evitare che un istituto di creazione pretoria potesse modificare l'assetto normativo, in violazione della rigorosa osservanza del principio della gerarchia delle fonti. L'azione era stata evidentemente plasmata sullo schema trilaterale dell'*actio de in rem verso*, sicché sanzionava le forme di arricchimento indiretto; tuttavia, ne differiva per il suo carattere sussidiario e perché inglobava anche talune fattispecie riconducibili alla *condictio indebiti*.

Anche il nostro ordinamento, alla stessa stregua del codice d'oltralpe, non conosceva, né prima né dopo la codificazione del 1865, l'*actio de in rem verso*, intesa come azione generale di arricchimento. Si ammetteva, comunque, che l'arricchimento ingiustificato potesse dar luogo all'esercizio dell'azione di ripetizione, ovvero di utile versione, in una serie di casi particolari previsti dal diritto positivo, affermandosi comunemente che essi costituivano applicazione del principio generale di arricchimento ingiustificato.¹⁴ Il 'caso *Boudier*' – giunto in Italia a distanza di trent'anni dall'entrata in vigore del codice del 1865 – suscitò un interesse relativo da parte della dottrina e della giurisprudenza, che non attribuivano grande importanza all'*actio de in rem verso* per la sua scarsa applicazione pratica.

Successivamente, nel progetto del Codice italo-francese del 1927 fu inserita l'azione di arricchimento senza causa, con la seguente clausola contenuta nell'art. 73: «Chi si arricchisce senza causa a danno di un'altra persona, è tenuto nei limiti del proprio arricchimento ad indennizzarla di ciò di cui si è impoverito».

In questo modo si creava una categoria generale di rimedi restitutori.

Il progetto del Codice italo-francese, com'è noto, non fu attuato, ma pose le basi della codificazione italiana del 1942, che ha poi introdotto nel nostro ordinamento, accanto ai rimedi speciali già contemplati, l'azione generale di arricchimento senza causa, con carattere sussidiario. La sua autonoma previsione rispetto alle altre azioni restitutorie trova la propria ragion d'essere, oltre che nel fatto di essere espressione del generale divieto di arricchimento in danno altrui, anche nella marginalità del suo ambito applicativo e – infine – nella sua differenza strutturale rispetto agli altri rimedi restitutori (siano azioni reali o personali) e, soprattutto, rispetto alla ripetizione d'indebito. Con quest'ultima azione, quella di arricchimento senza causa presenta indubbi profili di affinità, ma ne differisce sia per il carattere sussidiario sia perché comporta la fissazione del *quantum* indennitario mediante una valutazione comparativa tra i due patrimoni interessati dallo spostamento di ricchezza. Proprio il carattere sussidiario ne ha determinato nel tempo il modesto ambito applicativo, mentre la *condictio indebiti* ha avuto una costante e progressiva espansione, sino ad

¹³ Cass. Civ., 12 maggio 1914, *Recueil Sirey*, 1918, 1, p. 41. La dottrina non ha ancora interpretato in modo chiaro il senso dell'assenza di causa legittima.

¹⁴ Cfr. ASTUTI, *Arricchimento (azione di)*, *op. cit.*, p. 63.

assorbire nel diritto moderno gran parte degli spazi prima riservati alle altre *conditiones* romanistiche.¹⁵

L'art. 2041 cod. civ. – in maniera analoga alla clausola contenuta nel progetto del Codice italo-francese – fissa gli elementi dell'«azione generale di arricchimento senza causa», come segue:

[I]. «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.»

[II]. «Qualora l'arricchimento abbia per oggetto una cosa determinata, colui che l'ha ricevuta è tenuto a restituirla in natura, se sussiste al tempo della domanda.»

Il successivo art. 2042 cod. civ. attribuisce all'azione carattere sussidiario, disponendo che «non è proponibile quando il danneggiato può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito.»

Nell'analizzare tali norme va subito posto in luce che, per la sua generalità, l'azione è applicabile a fatti atipici e, perciò, ha una portata assai ampia, tanto che quella contenuta nell'art. 2041 cod. civ. è comunemente definita 'una norma di chiusura dell'ordinamento', perché volta a correggere gli spostamenti patrimoniali non regolati da specifiche disposizioni di legge. Al riguardo, non può tacersi che – come si evince dai lavori preparatori – la sua introduzione nel codice è stata voluta per consentire l'ingresso nel nostro ordinamento di un principio cardine, da accostare a quello sulla responsabilità aquiliana. Nella Relazione della Commissione Reale al progetto preliminare del codice (pag. 27), infatti, si legge: «Il precetto che nessuno deve arricchirsi senza legittima causa a danno di altri è, come l'altro, che ciascuno risponde dei danni arrecati ad altri per colpa propria, uno di quei precetti ampi ed elastici, che è bene siano formulati in un codice, appunto per la loro elasticità, la quale permette di ricondurre sotto di essi, nella pratica applicazione della legge una quantità di casi, che il legislatore non sarebbe in grado di prevedere tutti singolarmente, quando volesse sostituire al precetto generale norme particolari».¹⁶

Nel codice non è stato espressamente codificato il principio che vieta l'arricchimento ingiustificato, ma è stato introdotto un rimedio generale a tutela di tale divieto, per soddisfare l'esigenza – non di rimediare ad un atto *ab origine* illecito, che impone l'obbligo risarcitorio o restitutorio – ma di rimuovere un vantaggio che deriva dall'applicazione dello stesso ordinamento, che in casi eccezionali genera situazioni aberranti: in tali casi risponde a criteri di giustizia applicare, ad integrazione *extra ordinem* delle deficienze normative del sistema, il principio *nemini licet cum alterius iactura locupletari*, che comporta il sorgere di un mero obbligo indennitario.

Il fine del legislatore è stato, dunque, quello di creare un'azione di valenza generale, pur agganciata a criteri rigidi, capace di regolare una serie indefinita di

¹⁵ Cfr. MOSCATI, *Arricchimento (azione di)* cit., p. 449.

¹⁶ Cfr. A. TRABUCCHI, *Arricchimento (azione di)*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, p. 66.

situazioni tra loro diverse, ma accomunate dall'essere tutte in contrasto con i principi generali del sistema.

Tuttavia, essendo stata concepita come un'azione sussidiaria, è esperibile solo in casi rari, essendo escluso un ingiustificato arricchimento allorché sussista un titolo giuridico che abbia giustificato lo spostamento patrimoniale, quale potrebbe essere, ad esempio, un contratto dichiarato nullo (annullato, risolto o rescisso) o una sentenza riformata dopo la sua esecuzione o ancora una disposizione dichiarata costituzionalmente illegittima: in tali casi, è applicabile il differente rimedio della ripetizione dell'indebito oggettivo, con la restituzione dell'*id quod pervenit* e non del *quantum locupletior factum est*.

La sussidiarietà dell'azione, definita – com'è vero – ‘il punto più delicato a livello di sistema’, ha dato luogo ad un vivace dibattito dottrinario e giurisprudenziale, che ha condotto nel tempo a differenti opzioni interpretative.

Secondo l'orientamento interpretativo prevalente, formatosi fin dal primo momento, il carattere sussidiario va inteso in senso astratto, ossia come inesistenza in assoluto di qualsiasi altra azione posta a disposizione dell'impovertito da parte dell'ordinamento per rimediare ad uno squilibrio conseguente all'applicazione dei suoi principi, e non sulla base dell'effettiva conclusione dell'azione che sarebbe stata esperibile. Seguendo tale opzione esegetica si è – pertanto – negato che potesse sussistere un'azione di arricchimento tutte le volte in cui il depauperato, pur potendo esercitare un'altra azione utile per farsi indennizzare (quale, ad esempio, l'azione di risarcimento o quella di ripetizione d'indebito), non l'abbia fatta, a nulla rilevando che non fosse più esercitabile per prescrizione o decadenza, oppure che – al contrario – avendola esperita, fosse rimasto soccombente in giudizio per ragioni di rito o di merito. Applicando questo criterio, si mira in definitiva ad evitare l'uso dell'*actio de in rem verso* come strumento per eludere le preclusioni ed i limiti derivanti da altri rimedi.¹⁷

L'azione è stata, però, ritenuta ammissibile – e alla stregua dello stesso criterio – quando l'altra azione esercitata nei confronti dell'arricchito sia stata riconosciuta *ab origine* insussistente (ad esempio, per la nullità del contratto su cui si fondava l'azione di adempimento contrattuale) o quando l'azione a disposizione contro il soggetto contrattualmente obbligato si sia rivelata infruttuosa a causa della sua insolvenza.

Secondo un altro orientamento, tuttavia minoritario, il carattere sussidiario dell'azione va inteso – invece – in concreto ed in senso ampio, ovvero sia nel senso della sua esperibilità anche quando, pur avendo il legislatore previsto in astratto altre

¹⁷Cfr., *ex plurimis*: Cass., 5 agosto 2005, n. 16594; Cass., 2 dicembre 2004, n. 23625; Cass., 20 novembre 2002, n. 16340; Cass., 5 aprile 2001, n. 5072; Cass., 8 luglio 1996, n. 7285; Cass., 5 marzo 1991, n. 2283.

azioni, esse non siano più esperibili in concreto (ad esempio, per decadenza o prescrizione).¹⁸

L'opinione si fonda sul dato che l'art. 2042 cod. civ. si limita ad affermare che l'azione non è esercitabile se il depauperato ne ha a disposizione un'altra, ma non specifica che l'impossibilità debba essere intesa in senso astratto.¹⁹

Il contrasto è stato risolto, in tempi recenti, dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, con l'arresto contenuto nella sentenza n. 28042 del 25 settembre 2008, in cui è stato confermato il concetto più restrittivo del carattere sussidiario in astratto, perché l'azione concessa all'impovertito ai sensi dell'art. 2041 cod. civ. rappresenta in buona sostanza una *extrema ratio*: «L'azione di arricchimento senza causa, stante il suo carattere sussidiario, deve ritenersi esclusa in ogni caso in cui il danneggiato, secondo una valutazione da compiersi in astratto, prescindendo quindi dalla previsione del suo esito, possa esercitare un'altra azione per farsi indennizzare il pregiudizio subito. L'azione di arricchimento, pertanto, è inammissibile anche nell'ipotesi in cui chi la esercita disponeva di un'azione che si è prescritta o in relazione alla quale si è verificata una decadenza. (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 o a quello amministrativo, a seconda che la pretesa sia configurabile quale diritto soggettivo o interesse legittimo, ha ritenuto - in applicazione del principio di cui sopra - che detto appaltatore non possa richiedere l'importo del compenso che ritiene dovutogli esperendo l'azione ex art. 2041 c.c.)».²⁰

Proseguendo nell'analisi dei presupposti dell'azione, va evidenziato che – oltre alla generalità e alla residualità – altro presupposto fondamentale è, secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalente, l'unicità del fatto generatore dell'arricchimento e del correlativo depauperamento, nel senso che non è considerato sufficiente un semplice nesso di causalità tra i due eventi che compongono lo spostamento patrimoniale, ma deve essere unico il fatto che costituisce la causa diretta ed immediata di entrambi, escludendosi che possano esservi più fatti generatori, seppur concatenati tra loro, e quindi escludendosi che vi possa essere la mediazione del patrimonio di un terzo.

Si è anche formato un orientamento dottrinale minoritario, che – facendo leva sull'art. 2038, comma 2, cod. civ. – ha sostenuto l'ammissibilità di una causalità

¹⁸ Cfr. TRABUCCHI, *Arricchimento (azione di)*, op. cit., p. 74-75: «L'esistenza del rimedio deve essere valutata in astratto...preclusione la quale, valendo quando un'altra azione esiste e non sia stata invocata, tanto più può essere fatta valere quando l'azione stessa sia stata esperita o sia per altra ragione divenuta improponibile».

¹⁹ V. D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 2001, UTET, pp. 808-811.

²⁰ Cfr. *Guida al Diritto*, 2, 2009, p. 65; *Giust. Civ.*, 2008, 12, p. 1716; in senso conforme; Cass., sez. III, 2 aprile 2009, n. 8020; Cass., 3 ottobre 2007, n. 20747.

indiretta, purché tra i due eventi sussista una relazione storica necessaria, nel senso che l'uno non si sarebbe verificato senza l'altro.²¹

Anche su questo tema controverso dell'ammissibilità dell'azione di arricchimento c.d. «indiretto» o «mediato» hanno dato un contributo di chiarezza le Sezioni Unite della Suprema Corte, con la sentenza n. 24772 dell'8 ottobre 2008, nella quale – approvando l'opzione restrittiva – è stato affermato che «ai fini di una valida proposizione dell'azione generale di arricchimento senza causa, ai sensi dell'art. 2041 c.c., è necessaria la contestuale sussistenza del doppio requisito dell'unicità del fatto costitutivo e della i dell'azione, ... con conseguente esclusione dei casi di cosiddetto arricchimento indiretto, nei quali l'arricchimento è realizzato da persona diversa rispetto a quella cui era destinata la prestazione dell'impoverito. Tuttavia, avendo l'azione di ingiustificato arricchimento uno scopo di equità, il suo esercizio deve ammettersi anche nel caso di arricchimento indiretto nei soli casi in cui lo stesso sia stato realizzato dalla p.a., in conseguenza della prestazione resa dall'impoverito ad un ente pubblico, ovvero sia stato conseguito dal terzo a titolo gratuito».

La Suprema Corte, dunque, pur avallando l'impostazione prevalente più restrittiva e affermando, quindi, come regole generali l'unicità del fatto generatore e il carattere subsidiario dell'azione, ha tuttavia ritenuto configurabili due eccezioni:

a) la fungibilità soggettiva che connota le pubbliche amministrazioni consente l'ammissibilità dell'azione ove l'arricchimento indiretto sia stato conseguito da una p.a. rispetto ad un altro ente pubblico, diretto destinatario della prestazione eseguita dall'impoverito;

b) l'arricchimento indiretto conseguito dal terzo a titolo gratuito: tale eccezione è giustificata dall'applicazione in via analogica dell'art. 2038, comma 1, ultima parte, cod. civ., che – in tema di alienazione della cosa ricevuta indebitamente – dispone: «nel caso di alienazione a titolo gratuito, il terzo acquirente è obbligato, nei limiti del suo arricchimento, verso colui che ha pagato l'indebito». È, invece, inammissibile l'azione ex art. 2041 cod. civ., nel caso di alienazione a titolo oneroso, ipotesi per la quale la norma citata nulla prevede.

In seguito ai surrichiamati arresti della Suprema Corte, l'azione di arricchimento ha acquistato una sua autonomia rispetto agli altri rimedi restitutori, cosicché nel caso dell'indebito sorge l'obbligazione di restituire quanto ricevuto, mentre in presenza di un arricchimento ingiustificato quella di restituire l'arricchimento conseguito e, invece, nell'ipotesi della gestione quello di rimborsare le spese sostenute dal gestore. Tuttavia, considerata la rigida interpretazione dei criteri che ne consentono l'esperimento, l'azione di arricchimento ha occupato un ambito applicativo piuttosto ridotto. In particolare, si è affermato che, essendo essa rimasta «compresa tra una responsabilità da fatto illecito in via di espansione continua e l'istituto della

²¹ Cfr. MOSCATI, *Arricchimento (azione di)*, op. cit., pp. 455 ss., nt. 74.

ripetizione d'indebito, la sua funzione non è correttamente intesa, i suoi confini non sono chiari».²²

L'altro requisito necessario per l'esperibilità dell'azione è, poi, l'arricchimento: si ritiene tale qualsiasi vantaggio di natura patrimoniale da parte del beneficiario, che può consistere tanto in un profitto economico (c.d. «arricchimento attivo») quanto in un risparmio di spesa (c.d. «arricchimento passivo»), non imposto, ma almeno consapevole, e limitato alle spese ordinarie e necessarie, con esclusione di quelle voluttuarie; può consistere anche in un'attribuzione patrimoniale o nella liberazione da un debito oppure nella conservazione dell'altrui ricchezza. In ogni caso, deve trattarsi di un'attribuzione effettiva, valutabile economicamente, in ossequio alla previsione dell'art. 1174 cod. civ. per la prestazione del debitore, con esclusione di qualsiasi vantaggio futuro o eventuale oppure di natura morale.²³

Di contro, l'impovertimento consiste in una qualsiasi perdita economica, che può riguardare uno o più elementi del patrimonio o nella diminuzione del loro valore per effetto dell'uso della cosa da parte di altri soggetti, valutabile in termini precisi ed effettivi.

Per individuare il *quantum* dell'indennità da liquidare, deve farsi riferimento alla minor somma tra l'arricchimento e l'impovertimento, ma è altresì necessario – a pena dell'inammissibilità dell'azione – che il beneficio economico o la spesa risparmiata sia presente nel patrimonio dell'obbligato al momento della domanda, in ossequio al noto brocardo *non est versum si non durat versum*; ove si tratti di una cosa determinata, a norma del capoverso dell'art. 2041 cod. civ., essa va restituita nello stato in cui si trova al momento della domanda, fino al quale retroagiscono gli effetti della sentenza favorevole.

La determinazione dell'indennità nella minor somma tra il vantaggio conseguito e la perdita economica risponde a ragioni di equità poste alla base della pretesa di riparazione, da valutare – non in termini di stretto diritto – ma in termini economici.

Secondo la concezione più restrittiva, non è indennizzabile il lucro cessante, ma solo il danno emergente, configurandosi altrimenti non più un obbligo indennitario, ma l'integrale ristoro del danno previsto per gli illeciti dall'art. 2043 cod. civ. e, quindi, una *restitutio in integrum*.

Secondo l'indirizzo dottrinale più estensivo, che fa applicazione del principio sotteso agli artt. 936 e 940 cod. civ., la perdita può, invece, consistere anche nel mancato guadagno, commisurabile – non al lucro cessante – ma al giusto prezzo di un servizio ottenuto.

²² Così F. GIGLIO, *La actio de in rem verso nel sistema del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2000, p. 249.

²³ In giurisprudenza vi è un solo precedente, risalente al secolo scorso, in cui è stata attribuita rilevanza all'arricchimento morale: si tratta della sentenza della Corte d'appello di Bologna del 28 maggio 1901, che – pur avendo ad oggetto una fattispecie di arricchimento patrimoniale – ritenne sufficiente ai fini dell'ammissibilità dell'*actio de in rem verso*, una qualunque utilità materiale o anche morale.

Anche tale contrasto è stato composto dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, con la sentenza n. 23385 dell'11 settembre 2008, in cui – aderendo alla tesi più restrittiva della computabilità del solo danno emergente – si è affermato che: «In tema di azione d'indebito arricchimento nei confronti della P.A., conseguente all'assenza di un valido contratto di appalto di opere (nella specie perché annullato dal giudice amministrativo), tra la P.A. (nella specie un Comune) ed un privato (nella specie un consorzio di cooperative), l'indennità prevista dall'art. 2041 c.c. va liquidata nei limiti della diminuzione patrimoniale subita dall'esecutore della prestazione resa in virtù del contratto invalido, con esclusione di quanto lo stesso avrebbe percepito a titolo di lucro cessante se il rapporto negoziale fosse stato valido ed efficace; pertanto, ai fini della determinazione dell'indennizzo dovuto, non può farsi ricorso alla revisione prezzi, tendente ad assicurare al richiedente quanto si riprometteva di ricavare dall'esecuzione del contratto, la quale, non può costituire neppure un mero parametro di riferimento, trattandosi di meccanismo sottoposto dalla legge a precisi limiti e condizioni, pur sempre a fronte di un valido contratto di appalto».²⁴

Tale affermazione viene giustificata facendo leva sul tenore letterale dell'art. 2041 cod. civ. e sulle fondamentali differenze tra l'istituto dell'arricchimento ingiustificato e la responsabilità aquiliana, essendo l'azione di arricchimento ispirata a motivi di equità e qualificabile come rimedio restitutorio, mentre l'azione di risarcimento è espressione del principio del *neminem laedere* ed è un tipico rimedio risarcitorio. Nella decisione si è, altresì, evidenziato che la linea di demarcazione tra i due istituti è individuabile anche nell'elemento soggettivo, che nell'illecito aquiliano rappresenta un elemento costitutivo della fattispecie, mentre nell'ipotesi dell'arricchimento è del tutto irrilevante: al riguardo, si è puntualizzato che la trasposizione del concetto di danno nell'alveo dell'arricchimento darebbe luogo ad un'inammissibile forma di responsabilità oggettiva in capo all'arricchito.

Infine, a conclusione dell'esame degli elementi costitutivi dell'azione, si affronta quello di maggiore importanza, concernente il concetto della «mancanza di una giusta causa» dello spostamento patrimoniale. Tale fondamentale presupposto non è definibile in termini precisi, perché la locuzione «giusta causa» è priva di un significato tecnico suo proprio.

Il dibattito sull'ampiezza di tale significato è, quindi, tuttora aperto.

Dell'indeterminatezza della formula, si parla – come prima si è ricordato – nella Relazione della Commissione al progetto preliminare del codice, per indicare che con essa si è voluto esprimere un principio generale, formulato appositamente in termini generici, per consentire un'interpretazione elastica, funzionale all'applicazione del divieto di arricchimento senza causa ad un numero di casi imprecisato e non prevedibile *ex ante*.

²⁴ Cfr. *Giust. civ. Mass.*, 9, 2008, p. 1342; *Diritto & Giustizia*, 2008; *Giust. civ.*, I, 2009, p. 1983.

La genericità della formula legislativa ha generato, però, numerosi contrasti e ambiguità interpretative: a chi scrive appare più coerente col sistema l'interpretazione secondo cui il termine «causa» non è riferibile alla causa negoziale o, comunque, non può esaurirsi in tale concetto, ma si estende alla causa giustificatrice di una determinata situazione, la quale – se assente – non legittima la situazione stessa e la rende immeritevole di tutela; meglio sarebbe stata la definizione di azione di «arricchimento ingiustificato».

Volendo operare una sintesi dei differenti orientamenti interpretativi, si può affermare che quello meno recente, che si riassume nel pensiero del Betti, distingueva tra *modus acquirendi* e *titulus retinendi* dell'arricchimento, considerando privo di giusta causa l'acquisto di cui non si possa giustificare la conservazione, poiché non rispondente a ragioni di giustizia.

Si tendeva in tal modo a ricondurre questo elemento dell'azione al noto principio pomponiano e alle formule equitative del diritto romano.

Diversamente, la dottrina più recente non è più incline ad elaborare un concetto unitario, ma segue un metodo casistico, in ciò seguita dalla giurisprudenza, anch'essa aliena dall'affermare principi di carattere generale, sicché si distinguono gli arricchimenti conseguiti mediante: a) prestazione o attività altrui; b) l'uso della cosa altrui; c) la consumazione, trasformazione o alienazione della cosa altrui. Per tale via, si è esclusa l'ammissibilità dell'azione nei casi di acquisto della proprietà della cosa altrui per invenzione, occupazione o usucapione, nei casi di estinzione di un diritto reale altrui o di un credito per prescrizione. Ove, poi, l'arricchimento sia conseguenza dell'attività volontaria dell'impoverito, la giurisprudenza richiede che la pretesa risponda a criteri di correttezza, che l'arricchito abbia accettato la prestazione, anche tacitamente (*acceptio*), oppure che si tratti di spese effettuate dall'impoverito, per arrecare un beneficio incontrovertibile e che la sua iniziativa non consista in un'attività tramite la quale l'arricchimento sia stato imposto.²⁵

In sintesi, si può affermare che, al di là delle singole fattispecie in cui si sostanzia l'arricchimento, appare privo di giusta causa lo spostamento patrimoniale carente di una giustificazione obiettiva e non sorretto da un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento.²⁶

5. - Analizzati i presupposti dell'*actio de in rem verso* e dell'azione di arricchimento senza causa, si può ora passare a trattare gli elementi che sembrano accomunare le due azioni e quelli che le differenziano.

Ponendo a raffronto le loro caratteristiche strutturali, si ricava che i due istituti non coincidono, sebbene nella terminologia corrente l'azione di arricchimento ingiustificato sia normalmente identificata con l'*actio de in rem verso*. Le diversità appaiono rilevanti e rimangono pochi tratti comuni, anche se significativi.

²⁵ Cfr. MOSCATI, *Arricchimento (azione di)*, op. cit., pp. 458 ss.

²⁶ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto Civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1995, Giuffrè, p. 792.

Quanto agli elementi di distinzione, giova evidenziare che nel diritto romano la nascita dell'*actio de in rem verso* fu dettata dall'esigenza di ricondurre ad equità gli squilibri patrimoniali verificatisi in rapporti per così dire trilaterali (fra *pater familias/dominus* e *filius/servus* e colui con il quale il negozio veniva concluso). La giurisprudenza – nel silenzio della dottrina – con l'orientamento restrittivo enunciato nella già citata sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, n. 24772 dell'8 ottobre 2008 – ha escluso la proponibilità dell'azione di arricchimento nei casi dei cc.dd. «arricchimenti mediati» o «indiretti», poiché la mediazione del patrimonio del terzo esclude, da un lato, il configurarsi dell'«unicità del fatto generatore», che deve collegare in via immediata e diretta l'arricchimento e il depauperamento, e, dall'altro, elide anche il carattere sussidiario, potendo sperimentarsi un'altra azione contro persone diverse dall'arricchito, che siano obbligate per legge o per contratto. Solo in due casi la Suprema Corte ammette eccezionalmente l'azione: a) quello dell'arricchimento mediato conseguito da una P.A. rispetto ad un ente (anch'esso di natura pubblicistica) direttamente beneficiario/utilizzatore della prestazione dell'impovertito; b) quello dell'arricchimento del terzo a titolo gratuito (art. 2038 cod. civ.), che rievoca il celebre 'caso *Boudier*', di cui si è parlato.

Giova soffermarsi sull'arricchimento del terzo a titolo gratuito, per evidenziare che l'art. 2038 cod. civ. (richiamato dalla Suprema Corte nella succitata sentenza) si riferisce all'ipotesi in cui il terzo avente causa da un soggetto disponga di una cosa ricevuta indebitamente, differenziandone le conseguenze a seconda che il disponente sia stato in buona o in mala fede. Nel primo caso la norma rinvia all'azione di arricchimento, nel secondo tale rinvio è condizionato alla preventiva escussione dell'alienante. La problematica della tutela del terzo viene, quindi, risolta in tali situazioni non con l'azione di indebito, ma col rinvio dell'art. 2038 cod. civ. all'azione di arricchimento, perché considerato come tipico caso trilatero di *versio in rem*, che trova la sua disciplina (come risulta dalla Relazione al Re, n. 261) in detta norma, sebbene essa risulti inserita nel titolo VII riguardante il «pagamento dell'indebito». La Suprema Corte, inoltre, nella stessa decisione, utilizzando il concetto dell'unicità del fatto generatore, che in definitiva rimanda al nesso di causalità, finisce col tracciare un divario con i casi che hanno dato origine alla creazione dell'azione pretoria nell'esperienza giuridica romana²⁷. Si registra, però, il risultato di una carenza di tutela proprio nei casi in cui sarebbe maggiormente necessaria, a tutto vantaggio del terzo arricchito ed in contrasto con l'esigenza di preferire *qui certat de damno vitando* rispetto a *qui certat de lucro captando*.

Un'altra differenza si coglie, poi, guardando al carattere sussidiario, che connota in modo fondamentale l'azione di arricchimento, ma è un elemento estraneo alla

²⁷ In tal senso GIGLIO, *La actio de in rem verso*, op. cit., p. 260.

versio in rem, tranne che nella sua forma originaria, in cui è stata ritenuta sussidiaria all'*actio de peculio* (Ulp. Dig. 15.3.1.1) o ad altre azioni più favorevoli.²⁸

Passando, ora, alle tracce dell'*actio de in rem verso* ancora rinvenibili nell'azione di arricchimento, è possibile scorgerle attraverso vari dati soprattutto: a) nell'equità; b) nella *versio in rem*.

Cominciando dall'equità, va sottolineato che il fine perseguito dall'azione di arricchimento, al pari dell'*actio de in rem verso*, è quello di ristabilire una situazione equa. E si tratta di un'azione che non può definirsi restitutoria *tout court*, non essendo diretta a riportare i patrimoni interessati dallo spostamento di ricchezza allo *status quo ante* attraverso la restituzione dell'*id quod pervenit*. Essa, assume – invece – i caratteri di un'azione equitativa, che indennizza il depauperato non dell'intera perdita subita ma di una parte di essa, circoscritta dalla giurisprudenza – come innanzi si è riferito – al danno emergente, con esclusione del lucro cessante. La sostanziale natura equitativa dell'azione è la ragione che spiega le difficoltà, manifestate anche dalla giurisprudenza, ma espresse fin dall'origine nella Relazione al progetto preliminare del codice, di identificare *a priori* i casi tipici da incorporare nella previsione legislativa. La giurisprudenza, pertanto, ha seguito un metodo casistico, riconoscendo l'esercizio dell'azione ogni qualvolta gli interessi coinvolti risultino meritevoli di tutela in buona sostanza secondo equità. Anche l'*actio de in rem verso*, dopo essere stata creata per apprestare rimedio solo a casi tipizzati, finì poi – nel periodo della sua maggiore espansione nel diritto comune – per ricomprendere nel suo alveo molteplici casi atipici, tra loro differenti e lontani dall'ambito originario. Naturalmente lo spazio dell'equità non può arrivare sino a sovvertire il contenuto di disposizioni anche precise e specifiche. Ad esempio, non si può riconoscere la proponibilità dell'azione di arricchimento da parte del fornitore di beni o servizi direttamente nei confronti dell'ente locale, che sia rimasto inadempiente, allorché la fornitura sia stata richiesta dal dipendente in violazione delle regole contabili. In tali casi trova applicazione l'art. 191, comma 4, del D. Lgs. 8 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), secondo cui: «Nel caso in cui vi è stata l'acquisizione di beni e servizi in violazione dell'obbligo indicato nei commi 1, 2 e 3, il rapporto obbligatorio intercorre, ai fini della controprestazione e per la parte non riconoscibile ai sensi dell'art. 194, comma 1, lettera e), tra il privato fornitore e l'amministratore, funzionario o dipendente che hanno consentito la fornitura. Per le esecuzioni reiterate o continuative detto effetto si estende a coloro che hanno reso possibili le singole prestazioni». Dall'applicazione di tale disposizione, attuativa dei principi di legalità, trasparenza e buon andamento, che presiedono l'azione amministrativa (art. 97 Cost.), discende quindi il riconoscimento al terzo fornitore della sola azione diretta nei confronti dell'amministratore o del funzionario. Infatti, la condotta illegittima del dipendente comporta l'interruzione del rapporto di

²⁸ Si fa riferimento – come già si è scritto – alle azioni pretorie, quali l'*actio exercitoria*, l'*actio institutoria* e l'*actio quod iussu*.

immedesimazione organica e la diretta imputazione alla sua sfera giuridica degli effetti del contratto concluso col fornitore. In tali casi, dunque, il dipendente risponde direttamente del suo operato, quale obbligato in proprio *ex contractu* nei confronti del privato. Il dipendente potrà, invece, a sua volta agire nei confronti della p.a., che è la vera beneficiaria della prestazione, servendosi dell'azione di arricchimento ingiustificato.²⁹ Qualora si tratti di un ente statale non trova ovviamente applicazione il Testo Unico Enti Locali, sicché il privato è facultato ad agire direttamente contro l'amministrazione, sempre che sussista il «riconoscimento dell'*utilitas*», che è il presupposto ineludibile per l'esperimento dell'azione nei confronti della p.a. Degna di nota, al riguardo, è la già ricordata sentenza della Corte di cassazione, Sez. Unite, 8 ottobre 2008, n. 24772, che ha escluso i cc.dd. «arricchimenti indiretti» della p.a., ossia quelli in cui vi è un intermediario che ha commissionato la fornitura, per carenza del doppio requisito dell'unicità del fatto costitutivo e del carattere sussidiario dell'azione (art. 2042 cod. civ.), «... 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».

Infine, per quanto concerne l'elemento per così dire della *versio in rem*, non si può non ricordare che nell'*actio de in rem verso* al terzo, attore in giudizio, era consentito un recupero nei limiti dell'arricchimento esistente al momento della domanda: *versum autem sic accipimus, ut duret versum* (D.15.3.10.6). L'azione era, invece, esclusa in tutti gli altri casi di carenza originaria o sopravvenuta della definitiva locupletazione: *agi cum eo de in rem verso non potest, quia... locupletior ex nummis non fit* (D. 15.3.2). Ancora oggi, presupposto per l'ammissibilità dell'azione di arricchimento è che vi sia stato un arricchimento che continui a persistere al momento della domanda, retroagendo fino a tale momento gli effetti di un'eventuale sentenza favorevole: torna in mente, così, l'idea secondo cui *non est versum, si non durat versum*.

²⁹ V., *ex multis*, Cass., Sez. I, 27 marzo 2008, n. 7966, in cui si afferma che: «In tema di acquisizione da parte di un ente pubblico di prestazioni professionali in assenza di copertura finanziaria, dall'art. 1988 c.c., che non attribuisce alla ricognizione di debito natura di autonoma fonte di obbligazione e dall'evoluzione normativa culminata negli artt. 191, co. 4, e 194, co. 1, d. lgs. n. 267 del 2000 (t.u. enti locali), si evince che il riconoscimento del debito fuori bilancio non costituisce fattispecie idonea a produrre i medesimi effetti negoziali della fattispecie legale, costituita dalla delibera di conferimento dell'incarico, dalla stipulazione del contratto di incarico professionale in forma scritta con il privato e dal relativo impegno contabile, portato a conoscenza del privato stesso (che è atto vincolativo delle somme occorrenti per una data spesa, da non confondersi con il concetto più ampio e generale dell'impegno di spesa), ma può solo fondare un'azione di indebito arricchimento, in precedenza non consentita, nei limiti del riconoscimento dell'utilità della prestazione e dell'arricchimento per l'ente che, quindi, non resta obbligato per la parte di compenso non riconoscibile, dovendo di questa rispondere direttamente chi ha consentito la fornitura».