

CAPITOLO XVIII

Le obbligazioni da fatto lecito

1. Le promesse

La «promessa» è una dichiarazione o un atto che impegna il soggetto promittente a eseguire una prestazione di dare o di fare, ovvero di non fare. Si assume una promessa con la conclusione di un contratto o con una dichiarazione unilaterale. In quest'ultimo caso si configura una promessa unilaterale, che impegna solo il promittente, creando obblighi a suo carico e diritti a favore del promissario.

Contratto e promessa, quindi, sono categorie non necessariamente coincidenti: quando l'assunzione di una promessa diventa oggetto di un contratto, il fondamento del carattere vincolante della promessa stessa è nel contratto. Ma, come detto, si configurano promesse che non hanno fonte contrattuale, in quanto assunte unilateralmente e da cui derivano obblighi a carico del solo promissario. La promessa unilaterale può essere allora definita come un negozio giuridico unilaterale con cui un soggetto promette una determinata prestazione, obbligandosi a eseguirla senza che sia a tal fine necessaria l'accettazione del destinatario. Si può «promettere» una prestazione anche rivolgendosi al pubblico, cioè a un destinatario indeterminato (art. 1989 c.c.). Nei titoli di credito, ad esempio, sono incorporate promesse di prestazione a favore di chi risulta legittimato in base al titolo (art. 1992 ss.).

La promessa unilaterale, al pari del contratto, è fonte di obbligazioni giuridicamente rilevanti e rientra tra gli «altri atti o fatti idonei a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico» (art. 1173 c.c.).

Pur mancando il consenso del promissario, la promessa esprime la volontà del promittente di obbligarsi e in quanto tale è atto idoneo ad ingenerare nel destinatario un legittimo affidamento sull'esecuzione della prestazione promessa, a prescindere dalla sua adesione alla volontà manifestata dal promittente.

La promessa può avere ad oggetto non solo prestazioni in senso tecnico, ma anche astensioni. Ad esempio, colui che formula una proposta irrevocabile o concede una opzione (art. 1329 e 1331) «promette» di mantenere ferma la proposta o di rispettare l'opzione.

Impegna, dunque, un proprio comportamento (sia pure consistente nell'astenersi dal revocare la proposta o dall'impedire l'esercizio dell'opzione). Così come il soggetto che rimette un debito promette, in sostanza, di non chiedere il pagamento.

La promessa può riguardare anche la condotta di terzi. Per il principio di intangibilità della sfera giuridica altrui, è evidente che da una promessa non possano scaturire obblighi per il terzo. Ma il soggetto può validamente promettere che il terzo esegua una certa prestazione. Si può promettere il fatto o l'obbligazione di un terzo (art. 1381). In entrambe le ipotesi, il terzo non risulta obbligato, ma lo è il promittente a indennizzare il destinatario della promessa se il terzo non compie il fatto o non si obbliga in conformità alla promessa stessa.

La morfologia delle promesse può essere variabile.

La promessa (di dare o di trasferire) sorge dai contratti con i quali si dispone di un diritto o di un bene. Colui che vende, acconsentendo a separarsi dalla cosa, si obbliga non solo a fare sì che il compratore possa efficacemente acquisire il bene compravenduto ma promette anche di astenersi da ogni atto che sia in contrasto con il diritto acquisito dal compratore. Tale promessa nasce dal contratto. Altra variabile morfologica della promessa è il suo eventuale carattere di attestazione o ammissione che qualcosa è già dovuto dal promittente in base ad altro titolo o causa. Con la propria promessa il promittente attesta od accerta o conferma che già esiste, ad esempio, una precedente obbligazione. Si tratta delle promesse che hanno riguardo ad obblighi preesistenti o comunque ad altra «causa» di attribuzione patrimoniale.

Caso di scuola è quello di un soggetto che, riconoscendo di essere in colpa, acconsente a liquidare transattivamente il danno con la vittima dell'incidente. È chiaro che lo scopo di tale composizione è di prevenire la lite giudiziaria, eliminando l'incertezza. Ma è altrettanto innegabile che la promessa assunta con tale composizione non è del tutto svincolata dalla preesistente obbligazione legale di risarcimento. Il promittente, con la propria dichiarazione, «accerta» l'esistenza di tale obbligazione.

Promesse di questo tipo si caratterizzano in quanto coesistono con altre fonti di obbligazione e si giustificano in funzione del rafforzamento o potenziamento di obbligazioni preesistenti⁸³⁸.

1.1. Promesse unilaterali tipiche e atipiche

Ai sensi dell'art. 1987 c.c., la promessa unilaterale non produce effetti obbligatori fuori dei casi ammessi dalla legge. Il legislatore, in tal modo, sembra aver sancito una regola di tipicità (art. 1987 c.c.), per cui sarebbero ammissibili solo le promesse unilaterali disciplinate dalla legge, tra cui la promessa di pagamento, la ricognizione di debito (art. 1988 c.c.) e la promessa al pubblico (art. 1989-1991 c.c.).

E, in effetti, la teoria dominante è stata per lungo tempo favorevole alla tipicità delle promesse unilaterali, escludendo che i negozi unilaterali possano essere vincolanti senza un'esplicita copertura normativa in tal senso.

Tale impostazione si fonda sull'idea della centralità del consenso e, quindi, del contratto, inteso come il risultato della somma di una duplice volontà: quella del soggetto che intende obbligarsi (proponente-promittente) e quella della controparte beneficiaria che accoglie l'altrui obbligo (accettante-promissario). In questa prospettiva, il vincolo obbligatorio non potrebbe nascere per effetto della sola manifestazione di volontà di una delle due coinvolte, perché non si potrebbe attribuire effetto vincolante ad uno solo degli elementi costitutivi del contratto (la proposta). La conferma della centralità sistematica del contratto è tratta dall'art. 1173 c.c.: se il legislatore avesse voluto assegnare alle promesse unilaterali il ruolo di fonti delle obbligazioni, le avrebbe menzionate nella disposizione a ciò dedicata. E non avrebbe posto un limite alle promesse unilaterali così chiaro come quello contenuto nell'art. 1987 c.c.

A favore della tipicità delle promesse unilaterali deporrebbe anche il principio causale, in forza del quale l'ordinamento ammette solo spostamenti patrimoniali di

⁸³⁸ A. Di Majo, *Promesse unilaterali*, in Enc. Dir., 1995.

ricchezza che siano sorretti da una causa idonea. Le promesse unilaterali atipiche sfuggirebbero a quel principio, poiché esse sarebbero idonee a produrre uno spostamento di ricchezza senza giustificazione causale e fondato sulla mera promessa (*promitto quia promitto*).

Sotto il profilo della forma, la configurabilità di promesse unilaterali atipiche comporterebbe l'ammissione di negozi giuridici svincolati da ogni requisito formale. Pur vigendo il principio di libertà delle forme, in alcuni casi il legislatore impone forme particolari, solenni, per richiamare l'attenzione della parte sull'importanza dell'atto che sta compiendo. Si pensi al rigore delle forme richieste per la donazione. Se fosse possibile assumere una promessa unilaterale atipica che realizzasse uno scopo di liberalità, sarebbe facile l'elusione dell'obbligo della forma dell'atto pubblico imposto dall'ordinamento.

L'atipicità delle promesse unilaterali lederebbe anche il principio di intangibilità della sfera giuridica altrui, collegato al principio di relatività del contratto: ai sensi dell'art. 1372 c.c., il negozio produce effetti soltanto tra le parti dell'accordo. In deroga ai principi generali, la volontà unilaterale espressa nella promessa potrebbe influire sulla sfera giuridica altrui solo eccezionalmente, nei casi tassativi previsti dalla legge.

In conclusione, sarebbero nulle le promesse unilaterali atipiche⁸³⁹.

La tesi della necessaria tipicità delle promesse unilaterali è stata ormai superata insieme al dogma della volontà e all'idea della centralità del contratto che la sostenevano.

Quella impostazione derivava da una visione "volontaristica" del contratto, inteso come incontro delle volontà reali delle parti. Visione, quest'ultima, che è stata ormai sacrificata sull'altare del principio di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento che meglio soddisfano le esigenze del mercato: il contratto si intende concluso quando sussiste un'apparente incontro delle dichiarazioni rilasciate dai contraenti, anche se quell'apparenza non corrisponde alla volontà effettiva delle parti.

Un ostacolo all'ammissibilità di promesse unilaterali atipiche non può essere rappresentato neppure dal principio di intangibilità della sfera giuridica altrui. Tale principio, infatti, è stato fortemente ridimensionato e circoscritto ai soli effetti sfavorevoli. Il negozio, invece, può produrre effetti favorevoli nei confronti dei terzi, come dimostrato dall'art. 1411 c.c. (contratto a favore di terzi): il principio di relatività degli effetti giuridici è comunque garantito dall'attribuzione al terzo del potere di rifiutare gli effetti favorevoli prodotti dal contratto altrui. Lo stesso schema è riprodotto dall'art. 1333 c.c.: il negozio, anche unilaterale, può produrre effetti positivi nei riguardi di soggetti terzi, purché a questi ultimi sia riconosciuta la possibilità di opporre il proprio libero e incondizionato rifiuto.

Può essere facilmente superata anche l'obiezione secondo cui le promesse atipiche sfuggirebbero al principio causale: l'art. 1324 c.c., nello stabilire che "le norme che regolano i contratti si osservano per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto

⁸³⁹ Un risalente orientamento della giurisprudenza (*Cass.*, 4 agosto 1952, n. 2514), aderendo alla tesi della tipicità, ha rilevato come la promessa unilaterale di prestazione non abbia rilevanza nel campo del diritto, se non in quanto possa essere inquadrata in qualche specifico schema giuridico. Essa sarebbe una *species* di negozio giuridico unilaterale, tra vivi, consistente nella dichiarazione di obbligarsi a compiere una determinata prestazione alla quale, a norma dell'art. 1987 c.c., non è attribuita efficacia immediatamente obbligatoria fuori dai casi ammessi dalla legge.

Le promesse, impegnative ex iure proprio per il promettente solo in quanto ricomprese in uno schema tipico, sarebbero dunque negozi giuridici unilaterali nominati rigidamente individuati, dalla forma rigorosamente segnata, costituenti perciò un *numerus clausus*.

patrimoniale”, estende l’applicazione della disposizione sul contratto ai negozi unilaterali, e quindi anche alle promesse unilaterali, per le quali, pertanto, sarebbe imprescindibile il requisito causale di cui art. 1325 c.c. Ammessa in astratto la categoria delle promesse unilaterali atipiche, si pone a questo punto il problema di individuarne il fondamento normativo e lo schema della struttura. La risoluzione al problema è nell’art. 1333 c.c.: la norma, nonostante la fuorviante rubrica (che utilizza il termine “contratto”) e la collocazione sistematica nell’ambito della disciplina del contratto, disciplina lo schema del negozio giuridico unilaterale e, con esso, quello della promessa unilaterale atipica: la proposta da cui derivano obbligazioni a carico del solo proponente equivale a una promessa, che produce i suoi effetti nel momento in cui giunge a conoscenza del destinatario, a prescindere dal consenso di quest’ultimo, che può rifiutarla attraverso un contro-negozio unilaterale.

Certo è che l’art. 1333 c.c. risulta collocato nell’ambito della disciplina del contratto e lo stesso legislatore definisce quel negozio un contratto (e non un atto negoziale unilaterale). Ma sia la collocazione sistematica, sia il lessico normativo possono giustificarsi in altro modo, come manifestazione dell’intenzione del legislatore di disciplinare il negozio unilaterale come fosse un contratto, anche sotto il profilo causale.

In questa chiave di lettura, il rischio di promesse unilaterali atipiche non giustificate causalmente viene evitato non vietandole, ma sottoponendole allo stesso controllo causale cui soggiace il contratto.

A questo punto l’art. 1987 c.c. assume un significato nuovo. La regola di stretta tipicità sancita dalla norma opera solo per le promesse acausali (astratte), per le quali vale il brocardo *promitto quia promitto* e, pertanto, è necessario un controllo a monte del legislatore, attraverso la previsione di ipotesi tipiche.

Il riferimento ai casi previsti dalla legge contenuto nell’art. 1987 c.c. non riguarda, invece, le promesse unilaterali causali, per le quali lo schema di formazione e di regolazione è quello generale previsto dall’art. 1333 c.c. Dal momento che questa norma disciplina una categoria generale di negozi unilaterali a contenuto atipico, ne deriva che anche le promesse unilaterali possono essere atipiche, a condizione che siano giustificate causalmente (art. 1322, comma 2, c.c.), producano effetti solo favorevoli per il destinatario e siano rifiutabili.

La causa della promessa non deve necessariamente essere espressa (c.d. *expressio causae*). Non vi sono infatti ostacoli all’applicazione dei meccanismi presuntivi ritenuti operanti in ambito contrattuale, in forza dell’art. 1324 c.c. Appare pertanto non necessaria l’espressa menzione della causa, essendo possibile ricercare gli effettivi e concreti interessi che la parte promittente ha inteso perseguire con lo specifico impegno unilateralmente assunto.

La promessa unilaterale atipica è un negozio a causa variabile, che può essere gratuita, solutoria (sotto forma di adempimento di un’obbligazione originaria derivante da un precedente contratto), di garanzia (per cui ci si obbliga ad una prestazione a garanzia di un altro rapporto), reclamistica (comportante, cioè un vantaggio diverso dal corrispettivo, come nel caso dell’impegno a cantare a teatro).

Se le promesse unilaterali soggiacciono alle regole generali sul contratto, esse sono assoggettate alle stesse disposizioni sulla forma previste per il contratto (art. 1350 c.c.).

Quanto al rischio di elusione della forma dell’atto pubblico imposta per gli atti di liberalità, vanno tenuti distinti i concetti di liberalità e gratuità: un atto gratuito, in quanto

privo di corrispettivo, non può per ciò solo essere definito liberale. Le due nozioni non vanno confuse, ben potendo un atto gratuito non essere sorretto da spirito di liberalità. Ne consegue che, per essere valida, una promessa unilaterale gratuita (che non sia anche liberale) non necessita della forma dell'atto pubblico.

1.2. *Promessa di pagamento e ricognizione di debito*

Sono promesse unilaterali tipiche la promessa di pagamento e la ricognizione di debito, entrambe disciplinate dall'art. 1988 c.c. Con la prima il soggetto promette il pagamento di una determinata somma di denaro. Con la seconda il soggetto riconosce l'esistenza di un proprio debito.

L'effetto prodotto è l'esonero del destinatario della promessa dall'onere di provare il rapporto fondamentale da cui deriva il credito. Tale rapporto, per effetto della promessa, si presume esistente, valido ed efficace, salva prova contraria a carico promittente. Si verifica, in tal modo, una c.d. "astrazione processuale": il rapporto fondamentale, da cui sorge il diritto di credito del quale è promesso il pagamento o che è riconosciuto, deve esistere (in tal senso non si configura una astrazione sostanziale), ma la sua esistenza a seguito della promessa o del riconoscimento è presunta *iuris tantum*. L'effetto della promessa unilaterale si rivolge, quindi, in un'inversione dell'onere della prova.

Proprio in ragione del loro effetto si riconosce alla promessa di pagamento e alla ricognizione di debito una funzione prevalentemente processuale. Sul piano della natura giuridica, si tratta, quindi, di negozi giuridici unilaterali produttivi dell'effetto di determinare un'inversione dell'onere probatorio e aventi ad oggetto un'obbligazione coincidente con quella dedotta nel rapporto fondamentale.

Anche la giurisprudenza ha sottolineato come la promessa di pagamento e la ricognizione di debito siano negozi produttivi di un effetto conservativo di un preesistente rapporto fondamentale; negozi che realizzano un'astrazione meramente processuale della causa, comportante un'inversione dell'onere della prova. Sotto tale profilo, ne discende l'esonero del destinatario della promessa dall'onere di provare la causa o il rapporto fondamentale, mentre resta a carico del promittente l'onere di provare l'inesistenza o la invalidità o l'estinzione del rapporto, sia esso menzionato o meno nella promessa⁸⁴⁰.

In ragione della menzione o meno del rapporto fondamentale, la promessa può essere "pura" o "titolata": nel primo caso, nella promessa non è fatta alcuna menzione del rapporto da cui deriva il diritto di credito (ad esempio: "devo o prometto di dare € 100 a Tizio"), mentre, nel secondo caso, il riferimento al rapporto fondamentale è espresso in modo più o meno dettagliato (ad esempio: "devo o prometto di dare € 100 a Tizio a titolo

⁸⁴⁰ Un diverso orientamento qualifica la ricognizione di debito e la promessa di pagamento come dichiarazioni di scienza (e non negoziali) *lato sensu confessorie*, sorrette da un *animus confitendi* e dotate di una rilevanza meramente probatoria (Cass., 23 febbraio 2006, n. 4019). La natura degli atti in questione è a tal punto controversa che un ulteriore indirizzo teorico intravede nella ricognizione di debito e nella promessa di pagamento i caratteri tipici del negozio di accertamento (del debito). Si tratterebbe, dunque, di negozi diretti ad accertare, confermare o dichiarare una situazione giuridica preesistente sul cui contenuto o misura vi sia dubbio o contestazione, al fine di renderlo incontrovertibile a prescindere dall'accettazione del creditore.

di mutuo”; oppure “devo o prometto di dare € 100 a Tizio in adempimento di un contratto concluso il giorno X nel luogo Y”).

Oggetto della promessa di pagamento e della ricognizione di debito sono i diritti di credito: entrambe le fattispecie si sostanziano nel riconoscimento dell'altrui diritto (o – analogamente – del proprio debito). La giurisprudenza, invece, è contraria al riconoscimento dei diritti reali.

Il silenzio dell'art. 1988 c.c. sulla forma dell'atto deve intendersi espressivo del principio generale di libertà delle forme che presiede gli atti di autonomia privata.

1.3. *La promessa al pubblico*

Tra le promesse unilaterali tipizzate dal legislatore figura anche la promessa al pubblico (artt. 1989-1991 c.c.) Si tratta di un negozio unilaterale recettizio, rivolto a soggetto indeterminato (*in incertam personam*), fonte di obbligazioni per il soggetto promittente, vincolato a eseguire la prestazione promessa, a prescindere dall'accettazione della parte cui è rivolta, a partire dal momento della pubblicazione della promessa stessa e fino allo scadere del termine prefissato (o, in mancanza, per la durata di un anno dalla pubblicazione).

La promessa al pubblico è un negozio tipico. Il legislatore, però, non ha assegnato al negozio un contenuto predeterminato, essendosi limitato a fissarne i requisiti strutturali e formali. Per cui si può affermare che la promessa al pubblico è un negozio tipico quanto allo schema di formazione, ma atipico quanto al contenuto.

Si tratta, inoltre, di un negozio acausale, eppure compatibile con il sistema dei negozi giuridici (informato al principio causalistico), in quanto la mancanza di causa è compensata dall'imposizione di requisiti di forma e di struttura. Ciò non significa, però, che la promessa non risponda a un interesse del promittente: essa non è priva di qualunque collegamento con la sfera patrimoniale del promittente e può soddisfare un interesse concreto (comportando un vantaggio economico per il promittente stesso) o liberale.

È comunque esclusa ogni corrispettività, né la promessa può trasformarsi da negozio unilaterale in contratto. In ciò risiede la principale differenza con l'offerta al pubblico (art. 1336 c.c.): quest'ultima precede la stipula di un contratto in senso stretto e, valendo come proposta, non produce di per sé alcun effetto obbligatorio, necessitando per detto effetto di un'accettazione; al contrario della promessa al pubblico, in relazione alla quale il vincolo obbligatorio sorge per il solo fatto della promessa stessa e a prescindere da qualsivoglia accettazione del destinatario. In altri termini, a differenza della promessa, l'offerta al pubblico è un elemento negoziale di un contratto in via di formazione.

Sotto il profilo dell'analisi economica, la promessa al pubblico consente di ottenere risultati più difficilmente conseguibili con lo schema contrattuale, anche sotto forma di offerta al pubblico.

La promessa, infatti, produce il vantaggio di eccitare la concorrenza collettiva per ottenere una prestazione difficile da negoziare a livello individuale. A tale vantaggio se ne unisce uno ulteriore: il promittente non è obbligato a eseguire la prestazione nei confronti di un destinatario determinato prima che il risultato ambito sia stato raggiunto, conservando peraltro un margine per la revoca. Il promittente sconta però lo svantaggio

di non poter esigere la prestazione da parte di nessun soggetto e, quindi, di non poter agire con i rimedi previsti dall'ordinamento in caso di inadempimento.

Lo svantaggio del promittente si trasforma in un vantaggio per il promissario, che è non obbligato a eseguire la prestazione richiesta dal promittente; vantaggio, tuttavia, controbilanciato dal rischio di non ottenere l'adempimento dell'obbligo da parte del promittente stesso, vuoi per la concorrenza di altri soggetti che potrebbero precederlo nel realizzare il presupposto della promessa, vuoi per il potere di revoca della promessa al pubblico.

Questa, infatti, può essere revocata prima della scadenza del termine “*solo per giusta causa, purché la revoca sia resa pubblica nella stessa forma della promessa o in forma equivalente*” (art. 1990 c.c.). “*In nessun caso la revoca può avere effetto se la situazione prevista nella promessa si è già verificata o se l'azione è già stata compiuta*”.

La disciplina della revoca è volta a tutelare l'affidamento ingenerato dalla promessa ed è posta a garanzia della serietà del vincolo obbligatorio. Perciò la revoca non è ammissibile, neppure per giusta causa, dopo che il promissario abbia compiuto l'azione richiesta o si sia verificata la situazione prevista dalla promessa.

La scelta legislativa di mitigare l'irrevocabilità con l'ammissibilità di una revoca per giusta causa è il frutto di una valutazione comparativa tra l'interesse del promittente a liberarsi dal vincolo obbligatorio qualora la promessa non soddisfi più lo scopo per il quale era stata formata e l'interesse del promissario a ricevere la prestazione promessa per il verificarsi dei presupposti contemplati nella promessa stessa. Fintanto che tali presupposti non si verificano, la promessa è revocabile, ma solo per giusta causa: l'interesse del promittente, purché risponda a una giusta causa, prevale su quello del promissario, che ancora non ha realizzato l'azione richiesta dalla promessa. Se quest'ultima è già stata compiuta, invece, neppure una giusta causa può comportare il sacrificio del legittimo affidamento del promissario nell'esecuzione della promessa, che perciò non è revocabile.

2. I quasi-contratti: genesi dell'istituto

L'espressione «quasi-contratto», per un lungo periodo della storia del diritto privato, è stata impiegata per individuare istituti utilizzati nella soluzione di un problema pratico, che nasce dall'esigenza di disciplinare gli effetti che derivano da situazioni nelle quali manca l'accordo delle parti.

Nel diritto romano classico, era considerata un quasi-contratto la *condictio*, che costituisce l'archetipo dell'attuale ripetizione dell'indebito. Si tratta di un antico rimedio la cui funzione era quella di consentire il recupero dei beni consegnati in esecuzione di un contratto invalido.

Oltre alla *condictio*, nel novero dei quasi contratti era inclusa la *negotiorum gestio*, prototipo dell'attuale gestione di affari altrui. L'istituto, nella sua configurazione originaria, era modellato sulla base del mandato e consentiva un'estensione della disciplina del mandato stesso anche a casi in cui mancava un incarico da parte del *dominus negotii*.

La terza figura di quasi contratto era rappresentata dall'*actio de in rem verso*. Si trattava di un rimedio in origine strettamente connesso ai caratteri rigidamente accentrati e

patriarcali della famiglia romana, i cui rapporti attivi e passivi facevano tutti capo al *pater familias*. Ogni diritto acquistato dai membri della famiglia entrava automaticamente a far parte del patrimonio del *pater familias*. Gli atti compiuti dai membri della famiglia, però, non erano vincolanti per il pater. Per evitare questa ingiustificata limitazione di responsabilità venne introdotta l'*actio de in rem verso*.

Tramite questa azione era possibile agire direttamente contro il *dominus* che avesse tratto profitto dal negozio concluso da un membro della famiglia, ma solo nei limiti dell'effettivo arricchimento.

Mentre la *condictio* presupponeva una *datio* ed era finalizzata al recupero di un bene, a prescindere dalla presenza o meno di un effettivo arricchimento, l'*actio de in rem verso* presupponeva un effettivo arricchimento e poteva essere esperita esclusivamente nei limiti dell'arricchimento stesso. Tale azione rappresentava uno strumento molto vicino all'attuale rimedio dell'arricchimento senza causa.

Il codice del 1865 enunciava i quasi contratti (senza includervi espressamente l'arricchimento senza causa, che però era considerato un istituto implicito nel sistema) tra le fonti delle obbligazioni, riproducendo lo schema consacrato dalle *Institutiones Iustiniani*. Il Codice civile vigente, invece, ha espunto dalle fonti delle obbligazioni il riferimento ai quasi contratti, sostituendolo con la clausola generale rappresentata dai "fatti o atti idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico".

A tale tipologia di fonte vanno attualmente ricondotte le figure che traggono origine dai "quasi contratti": la gestione di affari altrui, la ripetizione dell'indebito e l'arricchimento senza giusta causa.

3. La teoria generale dei rimedi restitutori

La gestione di affari altrui, la ripetizione dell'indebito e l'arricchimento senza giusta causa sono rimedi restitutori.

Secondo la teoria generale, essi compongono una categoria informata al principio generale che vieta spostamenti di ricchezza non sorretti da una causa ritenuta giusta dall'ordinamento: sia la ripetizione dell'indebito, sia la gestione d'affari altrui sono riconducibili alla stessa matrice di principio, da cui ha origine anche il divieto di arricchirsi senza causa.

Detto principio si affianca a quello del *neminem laedere*, che governa la materia della responsabilità civile, e al principio *pacta sunt servanda*, su cui si fonda la disciplina del contratto.

A differenza della responsabilità aquiliana, da cui sorge l'obbligo di risarcire il danno, la categoria che fu dei quasi contratti è contrassegnata dall'obbligo di restituire, per evitare trasferimenti ingiustificati di ricchezza. Si tratta di un obbligo che sorge al di fuori di un contratto valido e a prescindere dalla esistenza di un fatto illecito.

La distinzione appena tracciata ha una rilevanza non solo teorica, ma anche pratica: mentre al risarcimento del danno extracontrattuale si applica la prescrizione quinquennale, ai rimedi restitutori si applica il termine di prescrizione ordinario decennale (art. 2946 c.c.).

I rimedi restitutori postulano l'arricchimento di un soggetto, cui corrisponde il danno di un altro soggetto. L'obbligo restitutorio, al pari del risarcimento del danno, può essere adempiuto in natura o per equivalente.

Nel primo caso, quando vi è coincidenza tra arricchimento e danno (come nel caso di consegna di un bene in esecuzione di un contratto invalido), l'obbligo restitutorio è di entità pari all'arricchimento, cioè al danno subito.

Nel caso di obbligo restitutorio per equivalente, quando non vi è coincidenza tra arricchimento e danno, si pone il problema di individuare il criterio in forza del quale determinare l'entità dell'obbligazione restitutoria: si tratta, cioè di stabilire se occorre fare riferimento al criterio del valore dell'arricchimento o a quello del danno. I due criteri possono anche operare congiuntamente, di modo che l'entità dell'obbligazione restitutoria sia commisurata facendo riferimento al minor valore tra lucro conseguito e perdita subita.

La restituzione è integrale quando è pari all'entità del danno. E al valore del danno si ha riguardo nella determinazione dell'obbligo restitutorio in caso di indebito (art. 2033 c.c.) e di gestione d'affari altrui (art. 2031 c.c.).

La restituzione è parziale, invece, quando avviene nei limiti dell'arricchimento effettivamente conseguito o nei limiti del minor valore tra lucro conseguito e perdita subita. Di tale criterio fa applicazione l'art. 2041 c.c. in caso di arricchimento senza causa.

I rimedi restitutori possono essere distinti a seconda che l'arricchimento sia dovuto all'iniziativa dell'arricchito o del danneggiato. Nel primo caso si configura un arricchimento ottenuto mediante un fatto che ha cagionato la lesione della sfera giuridica altrui: l'arricchito è un danneggiante che ha prodotto un danno senza una giusta causa (cioè, ingiustamente, e quindi il danno è ingiusto). Si tratta di una fattispecie che presenta evidenti analogie con la responsabilità aquiliana, che si configura quando il danneggiante cagiona un danno ingiusto mediante un fatto doloso o colposo. Non è un caso, del resto, che la disciplina della responsabilità aquiliana (art. 2043 c.c.) è contigua a quella dell'arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.). Questo istituto, però, si distingue dall'illecito civile per lo stato soggettivo del danneggiante: il soggetto che si arricchisce provocando un danno ingiusto risponde a titolo extracontrattuale se il fatto è posto in essere con dolo o colpa (art. 2043 c.c.), da cui consegue l'obbligo di risarcire il danno; se, invece, il fatto è posto in essere in buona fede (senza la consapevolezza, cioè, di ledere l'altrui diritto) si configura un arricchimento senza causa, da cui deriva un obbligo restitutorio nei limiti dell'arricchimento effettivamente conseguito.

L'arricchimento può derivare anche da un comportamento del danneggiato, quando, ad esempio, venga eseguita una prestazione a favore dell'arricchito non dovuta, perché, ad esempio, effettuata in base a un contratto invalido o in assenza di un rapporto obbligatorio. Questa categoria di arricchimento è molto più ampia dell'altra, perché comprende, oltre alla fattispecie di arricchimento senza causa in senso stretto (che si configura quando la prestazione è stata eseguita al di fuori di un rapporto anche solo astrattamente solutorio), anche le fattispecie di ripetizione dell'indebito (perché la prestazione è eseguita nell'ambito di un rapporto solutorio, poi venuto meno per invalidità, inefficacia, risoluzione, etc.) e di gestione d'affari altrui (quando la prestazione è eseguita spontaneamente, al di fuori di un rapporto obbligatorio, con

l'intenzione di curare un affare non proprio, dal quale deriva un danno per il gestore e un arricchimento per il gestito).

4. L'arricchimento senza causa

Il codice del 1865, al pari del *code civil* francese, non conteneva un divieto espresso di arricchimento senza causa. Ciò nonostante, tale divieto non era in discussione, in quanto principio generale implicito nel sistema della responsabilità civile e ancorato al principio di equità: è iniquo e, quindi, ingiusto arricchirsi a danno di un altro (*nemo locupletari potest cum aliena iactura*).

Il legislatore del 1942 ha codificato il divieto di arricchirsi senza giusta causa (art. 2041 c.c.), collocando la norma dopo quelle sulla gestione d'affari (art. 2028 c.c.) e sulla ripetizione dell'indebito (art. 2033 c.c.), che insieme compongono la categoria dei quasi contratti (v. par. precedente).

Si è detto che il divieto di arricchimento senza causa è espressione del principio generale che vieta spostamenti patrimoniali non giustificati causalmente. Il divieto, come testimonia la sua collocazione nel Codice civile e il tenore letterale della norma che lo prevede, funge anche da norma di chiusura del sistema: ogni spostamento patrimoniale non giustificato che non è già sanzionato da un'altra norma ricade nel campo di applicazione del divieto sancito dall'art. 2041 c.c. e, conseguentemente, comporta un obbligo restitutorio, cui corrisponde un diritto esercitabile attraverso l'azione di arricchimento senza causa. Si tratta, quindi, di un rimedio generale e sussidiario, esperibile in assenza di altri rimedi specifici. Ciò spiega per quale motivo il campo di applicazione dell'azione di arricchimento senza causa è residuale.

I presupposti dell'azione di cui all'art. 2041 c.c. sono: i) l'arricchimento; ii) il danno; iii) una correlazione sufficientemente prossima tra arricchimento e danno; iv) la mancanza di una giustificazione dello spostamento patrimoniale, nel senso che il danno, correlato all'arricchimento, è cagionato senza una giusta causa e, quindi è ingiusto.

Si è detto che arricchimento e danno possono essere causati da un fatto dell'arricchito o da un fatto dell'impovertito⁸⁴¹. Nel primo caso, è l'arricchito che cagiona un danno ingiusto, assumendo la veste di danneggiante. È evidente, in questa ipotesi, l'analogia con il fatto illecito che determina la responsabilità extracontrattuale del danneggiante che cagiona un danno ingiusto con un fatto doloso o colposo. L'analogia è talmente evidente che denota come il legislatore del codice, nel disciplinare l'arricchimento senza causa, abbia assunto come modello paradigmatico l'azione di responsabilità extracontrattuale, che, non a caso, è disciplinata subito dopo l'azione di arricchimento senza causa. Quest'ultimo è istituto di confine tra il lecito e l'illecito.

Si tratta di figure contigue, ma diverse tra loro: la responsabilità aquiliana postula un fatto, causativo di danno ingiusto, posto in essere con dolo o colpa; l'arricchimento senza causa, invece, si configura quando il fatto dannoso è posto in essere in buona fede. È l'elemento soggettivo, quindi, il discrimine tra le due figure. Lo stesso fatto può ricadere

⁸⁴¹ Le ipotesi più frequenti in cui si verifica un arricchimento per fatto dell'impovertito possono essere individuate nelle spese sostenute per la conservazione o il miglioramento di un bene altrui, nonché nei casi di prestazione eseguita a favore di un soggetto che non l'abbia richiesta.

nel campo di applicazione dell'art. 2043 o dell'art. 2041 c.c., a seconda che sia assistito o meno da dolo o colpa. Nel primo caso, il fatto configura un illecito civilistico da cui scaturisce l'obbligo di risarcimento del danno, nel senso caso, un fatto vietato da cui deriva un obbligo restitutorio.

La differenza tra le due figure si riflette sulla funzione degli istituti. Il risarcimento del danno, nella responsabilità aquiliana, ha natura riparatoria, in una prospettiva vittimologica volta a ristorare integralmente il danneggiato del pregiudizio cagionato dall'autore dell'illecito, che deve sopportarne il costo. La funzione dell'arricchimento senza causa, invece, non è risarcitoria, ma indennitaria, nel senso che il danneggiato è tenuto indenne delle conseguenze del fatto del danneggiante nei limiti dell'arricchimento di quest'ultimo. L'ordinamento soddisfa l'esigenza di tutela della sfera del danneggiato prendendo in considerazione anche la posizione del danneggiante, che, non avendo posto in essere un fatto illecito, non può essere obbligato a restituire al danneggiato in misura superiore all'arricchimento conseguito. La prospettiva dell'indennizzo per arricchimento senza causa non è vittimologica; lo strumento indennitario, piuttosto, risponde a un principio di equità, tendendo a realizzare un equilibrio tra la tutela del danneggiato e la responsabilità del danneggiante.

L'arricchimento, anche se non illecito, è comunque privo di una giusta causa. Se l'arricchimento fosse ottenuto in forza di un titolo valido, non si configurerebbe la fattispecie di cui all'art. 2041 c.c. In tal caso, infatti, non sussisterebbe l'esigenza equitativa di ristabilire l'equilibrio tra la situazione patrimoniale dell'arricchito e quella del danneggiato, poiché l'ordinamento non vieta tout court di ottenere un vantaggio a discapito di terzi, purché questo avvenga in forza di una causa legittima. Si pensi al venditore che, senza inficiare il contratto, e al di fuori delle ipotesi di rescissione, riesca a convenire con la controparte un prezzo per la cessione di un bene superiore al suo valore di mercato: in questo caso l'arricchimento del venditore è giustificato, essendo frutto dell'esplicazione dell'autonomia contrattuale che l'ordinamento riconosce ai privati e che consente, nei limiti di legge, di ottenere un vantaggio, anche se ne derivi un danno per la controparte.

Non si configurerebbe la fattispecie di cui all'art. 2041 c.c. neppure se l'arricchimento fosse ottenuto in forza di un titolo invalido. In questo caso, infatti, pur non essendo l'arricchimento giustificato causalmente, il rimedio esperibile sarebbe l'azione di ripetizione dell'indebitato (art. 2033 c.c.), poiché il trasferimento di ricchezza è avvenuto sulla base di un titolo astrattamente (anche se non concretamente) idoneo a produrlo.

L'azione di arricchimento senza causa, in quanto rimedio sussidiario e residuale, è allora esperibile solo quando il titolo dello spostamento patrimoniale manca del tutto (cioè anche in astratto) ovvero, pur mancando solo in concreto (perché invalido), non è esperibile l'azione di ripetizione dell'indebitato, perché la prestazione indebitamente eseguita ha una natura che non ne consente la ripetizione (come nel caso di una prestazione di fare infungibile oggetto di un contratto di appalto annullato).

L'arricchimento può consistere o in un incremento patrimoniale o in un risparmio di spesa. In entrambi i casi, la valutazione si basa su un criterio oggettivo e non soggettivo. Non è configurabile la fattispecie di cui all'art. 2041 se l'arricchimento consiste in un mero vantaggio non patrimoniale, di tipo morale, essendo preclusa una obiettiva valutazione economica dello stesso, cui commisurare l'obbligo di indennizzo.

All'arricchimento deve corrispondere un danno, inteso come perdita patrimoniale vera e propria: per un soggetto che si è ingiustamente arricchito, ve n'è un altro che si è ingiustamente impoverito. Il danno è un presupposto speculare rispetto all'arricchimento: ne consegue che anch'esso deve avere carattere patrimoniale e deve essere valutato in termini oggettivi. Ma non può consistere in un mancato guadagno, dal momento che l'azione di arricchimento senza causa, ponendosi l'obiettivo di ristabilire un equilibrio patrimoniale tra il soggetto arricchitosi ingiustificatamente e colui che ha subito il correlato impoverimento, non può che presupporre concrete ed effettive diminuzioni del patrimonio del danneggiato, staticamente inteso, senza poter tenere conto dell'eventuale aumento patrimoniale che sarebbe stato ottenuto⁸⁴².

4.1. *La residualità dell'azione di arricchimento senza causa*

L'azione di arricchimento senza causa è rimedio sussidiario e residuale. Le regole della sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa sono sconosciute alla maggior parte degli altri ordinamenti. Il sistema interno mutua tale regola dal codice francese.

È però discusso l'ambito di applicazione della regola della sussidiarietà.

Una prima impostazione teorica ritiene che l'azione di arricchimento sia residuale solo rispetto ad azioni basate sul contratto o sulla legge, e quindi su azioni tipiche. Se, invece, l'azione esperibile in alternativa a quella di arricchimento è atipica e basata su una clausola generale, allora la sua disponibilità non preclude di agire con l'azione di arricchimento. Per azione atipica basata su una clausola generale si intende, ad esempio, l'azione di risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 c.c. ("qualunque fatto-danno ingiusto") o l'azione di responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 c.c. (comportamento contrario a "buona fede").

Questa tesi individua la ratio della sussidiarietà in un duplice ordine di ragioni.

A) Il divieto di cumulo delle azioni non consente al depauperato che abbia già ottenuto ristoro con un'azione tipica di duplicare il suo risultato con un'altra.

B) Per verificare la residualità occorre accertare se vi sia titolo per un'azione diversa (da quella di arricchimento). Questa verifica è possibile solo se l'azione alternativa è tipica, cioè se fondata su contratto o su legge, e non quando l'azione alternativa è basata su una clausola generale, altrimenti il giudice dovrebbe spingersi, per verificare se in astratto esiste altra azione, a dover accertare in concreto se essa è fondata. Con l'effetto che l'indagine del giudice sconfinerebbe da un accertamento astratto dell'esistenza del relativo diritto per addentrarsi in una valutazione di merito in ordine alla fondatezza stessa della pretesa. E dunque quella che è una indagine solo sul titolo, ossia sulla esistenza di un titolo astrattamente idoneo a precludere l'azione di arricchimento, si trasformerebbe in una "preliminare" indagine sul merito.

Questa tesi desta perplessità.

Non si deve confondere la tipicità dell'azione con la tipicità della fattispecie: le azioni di responsabilità aquiliana e precontrattuale sono previste dalla legge. In questo senso sono quindi tipiche. Sono invece atipiche quanto alla fattispecie da cui origina la

⁸⁴² Cass., Sez. Un., 11 settembre 2008, n. 23385.

responsabilità, poiché la norma non tipizza il comportamento illecito, affidandosi ad una clausola generale.

Serie perplessità desta la tesi che individua la ratio della residualità dell'azione di arricchimento nel divieto di cumulo e nell'esigenza di impedire che, ottenuto il risarcimento con l'azione principale, se ne ottenga un altro con quella di arricchimento. Il divieto di cumulo è già di per sé impedito dalle regole sul giudicato o comunque dal principio per cui da un fatto illecito si può avere solo un risarcimento pari al danno e non superiore ad esso.

Piuttosto, la ratio della sussidiarietà è quella di evitare che chi ha perso l'azione principale, e dunque non ha ottenuto risarcimento, possa aggirare questo esito ricorrendo all'azione di arricchimento ingiustificato.

È per questo che l'azione di arricchimento è impedita se quella principale è prescritta: se la ratio fosse di evitare duplicazioni di risarcimento, prescritta o rigettata un'azione, quella di arricchimento dovrebbe essere consentita, posto che il suo accoglimento non porta ad una duplicazione.

Ogni volta che l'azione principale o alternativa non è più esercitabile o è stata rigettata, dovrebbe per conseguenza ammettersi che il danneggiato ha azione di arricchimento: in tale caso, infatti, non si corre il rischio di una duplicazione del risarcimento.

Come pare più adeguato ritenere, la finalità della regola di residualità dell'azione di arricchimento senza causa sta nella necessità di evitare aggiramenti, ossia di evitare che, inutilmente esperita o esperibile l'azione principale, l'interessato ottenga per altre vie il risultato negato in primis: che chi si è visto rigettare l'azione principale, o non ha potuto esercitarla perché il diritto era prescritto, possa rimediare a questo esito ricorrendo all'azione di arricchimento.

L'azione di arricchimento senza causa, quindi, si configura come sussidiaria rispetto a qualunque altra azione (Cass., Sez. Un., 5 dicembre 2023, n. 33954).

La sussidiarietà, del resto, è prevista come regola generale dall'art. 2042 c.c. senza distinzioni. L'art. 2042 c.c. pone la regola della sussidiarietà in termini generali, senza distinguere tra le diverse azioni suscettibili di essere dedotte in via principale.

La distinzione tra azioni tipiche e azioni basate su clausole generali non trova giustificazione alcuna. Occorre anzi salvaguardare la volontà che è alla base dell'art. 2042 c.c., e che è quella di preservare la certezza del diritto ed evitare elusioni della norma.

A tal fine è opportuno il richiamo al contenuto della Relazione al codice civile, nella quale si giustifica il principio di sussidiarietà sostenendo che "là dove si possa eliminare una situazione anormale con l'applicazione di una norma particolare, il ricorso all'azione generale mancherebbe del suo presupposto, ossia del pregiudizio altrimenti evitabile".

Rimane ancora da stabilire se la sussidiarietà dell'azione di arricchimento sia da intendersi "in astratto" o "in concreto".

La sussidiarietà sarebbe "in astratto" se l'azione ex art. 2041 c.c. fosse ebbe esperibile solo quando l'ordinamento giuridico non appresti alcun altro rimedio "per farsi indennizzare del pregiudizio subito".

La sussidiarietà sarebbe "in concreto", invece, se l'azione di arricchimento ingiustificato fosse esperibile anche quando l'ordinamento appresta altra azione, ma quell'azione, che in astratto sussiste, non è in concreto esperibile, e allora sarebbe

possibile esperire l'azione di ingiustificato arricchimento. Pertanto, l'esistenza in astratto di un'altra azione non preclude l'azione di arricchimento ingiustificato, se l'altra azione sia stata nel merito rigettata o se la stessa sia divenuta improponibile (ad esempio per prescrizione o decadenza).

La tesi della sussidiarietà in astratto è stata accolta dalle Sezioni Unite, con alcuni temperamenti e precisazioni.

Nella sua dimensione assoluta, infatti, la tesi della sussidiarietà in astratto rischia di generare un potenziale corto circuito nel caso in cui - dichiarata improponibile la domanda di arricchimento senza causa data l'esistenza in astratto di altra azione - l'attore esperisca l'azione principale e il giudizio si concluda con una pronuncia di rigetto per carenza originaria dei presupposti fondanti l'azione principale. Se si dovesse ritenere che il rigetto della domanda principale preclude sempre e comunque l'azione di arricchimento, resterebbe in ogni caso esclusa la riproponibilità della domanda di arricchimento.

Il principio della sussidiarietà in astratto va quindi temperato.

Occorre distinguere tra le ipotesi in cui il rigetto della domanda principale derivi dal riconoscimento della carenza ab origine dei presupposti fondanti la stessa domanda principale, da quelli in cui il rigetto derivi dall'inerzia dell'impoverito ovvero dal mancato assolvimento di qualche onere cui la legge subordinava la difesa di un suo interesse.

Nella prima ipotesi il rigetto per accertamento della carenza ab origine del titolo fondante la domanda cd. principale comporta che quello che appariva un concorso di azioni da risolvere, ex art. 2042 c.c., in favore della domanda principale, si rivela essere in realtà un concorso solo apparente, in quanto deve escludersi la stessa ricorrenza di un diritto suscettibile di essere dedotto in giudizio con la conseguente improponibilità della domanda ex art. 2041 c.c..

Viceversa, il rigetto della domanda, correlato al mancato assolvimento dell'onere della prova in relazione alla sussistenza del pregiudizio, non esclude che il diverso titolo sussista e che quindi sia preclusa la domanda fondata sulla clausola residuale.

In caso di nullità del titolo contrattuale, il rigetto della domanda principale deriva da una carenza originaria del titolo. L'azione di arricchimento è quindi esperibile ove l'azione principale (ad esempio, di adempimento o di risarcimento per inadempimento del contratto) sia stata rigettata per la nullità del titolo contrattuale: sarebbe contraddittorio sostenere che la proposizione di una azione, che presuppone la non esistenza di un contratto, possa essere impedita da una pronuncia che abbia per l'appunto dichiarato la non esistenza di un contratto. E ciò anche perchè, se al rigetto del rimedio contrattuale, determinato dall'inesistenza del titolo, potesse conseguire l'improponibilità del rimedio sussidiario, costituito dall'azione di arricchimento, l'avente diritto sarebbe privato di qualsiasi strumento processuale per ottenere il rimborso del pregiudizio subito.

Se la domanda principale è correlata ad una pretesa scaturente da un contratto, di cui si lamenta l'esecuzione in maniera difforme da quanto pattuito, chiedendosi il ristoro del pregiudizio subito e si accerta che il contratto era affetto da nullità, lo spostamento contrattuale si palesa privo di una giusta causa e legittima quindi la proposizione, anche in via subordinata nel medesimo giudizio, dell'azione di arricchimento senza causa.

Tuttavia, come confermato da Cass. n. 13203/2023, va ribadito che resta preclusa la possibilità di agire ex art. 2041 c.c., anche in caso di nullità del titolo contrattuale, ove

la nullità derivi dall'illiceità del contratto per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico (conf. ex multis, Cass. n. 10427/2002; Cass. n. 14085/2010).

Va, però, tenuto fermo il principio per cui resta precluso l'esercizio dell'azione di arricchimento ove l'azione suscettibile di proposizione in via principale sia andata persa per un comportamento imputabile all'impovertito e, quindi, con riferimento ai casi di più frequente applicazione, per la prescrizione ovvero per la decadenza, oppure per il mancato assolvimento dell'onere della prova degli elementi costitutivi del diritto azionato.

Colgono nel segno le riflessioni di quella dottrina che ha sottolineato come l'azione di arricchimento non possa far rivivere il diritto prescritto, che è estinto e resta tale. "Concedere in questi casi l'azione di arricchimento, significherebbe frustrare la finalità di quegli istituti, che consiste proprio nel determinare la perdita di un diritto a danno di chi non lo ha esercitato".

In conclusione e in sintesi, ai fini della verifica del rispetto della regola di sussidiarietà di cui all'art. 2042 c.c., la domanda di arricchimento è proponibile ove la diversa azione, fondata sul contratto, su legge ovvero su clausole generali, si riveli carente ab origine del titolo giustificativo. Viceversa, resta preclusa nel caso in cui il rigetto della domanda alternativa derivi da prescrizione o decadenza del diritto azionato, ovvero nel caso in cui discenda dalla carenza di prova circa l'esistenza del pregiudizio subito, ovvero in caso di nullità del titolo contrattuale, ove la nullità derivi dall'illiceità del contratto per coo con norme imperative o con l'ordine pubblico (Cass., sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33954).

4.2. *L'arricchimento indiretto*

La correlazione tra arricchimento e danno postula che entrambi derivino da uno stesso fatto produttivo: si richiede, quindi, un vero e proprio trasferimento diretto di ricchezza dal danneggiato all'arricchito. Di conseguenza, si esclude l'azione di arricchimento senza causa nel caso di arricchimento indiretto⁸⁴³, intendendosi per tale l'arricchimento del soggetto terzo rispetto a colui che abbia occasionato il danno⁸⁴⁴. Con due eccezioni.

⁸⁴³ Sotto la vigenza del codice del 1865, secondo la teoria dominante, l'azione di arricchimento senza causa era esperibile anche nei casi di arricchimento "indiretto", caratterizzati dall'esecuzione di una prestazione che, eseguita per conto di un soggetto, arricchiva poi un terzo, provocando un pregiudizio patrimoniale all'esecutore. La giurisprudenza formatasi in seguito all'entrata in vigore del codice del 1942 (in particolare quella risalente agli anni '40 e '50) aveva dato continuità all'orientamento maturato sotto il codice del 1865, riaffermando la legittimità delle istanze dei depauperati fondate su arricchimenti indiretti. All'inizio degli anni Sessanta, si è assistito ad un radicale revirement della giurisprudenza, che, aderendo alla diversa impostazione propugnata da una autorevole dottrina sul finire degli anni '50, ha affermato che l'azione di cui all'art. 2041 c.c. postula l'arricchimento di un soggetto e la diminuzione patrimoniale in pregiudizio di un altro soggetto, collegati tali eventi da nesso di causalità, e si specifica che, quanto al primo requisito, è necessaria la sussistenza di un fatto costitutivo unico, dal quale possano farsi dipendere tanto l'arricchimento, quanto la correlativa diminuzione patrimoniale: laddove, invece, lo spostamento patrimoniale, sia pure ingiustificato, fra due soggetti sia determinato da una successione di fatti distinti, che hanno inciso su due diverse situazioni patrimoniali soggettive, in modo del tutto indipendente l'uno dall'altro, il depauperamento di un soggetto non è l'effetto del correlativo arricchimento dell'altro e viceversa, e viene meno il fondamento dell'azione di arricchimento senza causa (Cass., Sez. Un., 2 febbraio 1963, n. 183).

⁸⁴⁴ Cass., Sez. Un., 8 ottobre 2008, n. 24772.

La prima è rappresentata dall'arricchimento del terzo a titolo gratuito.

L'ammissibilità dell'azione di arricchimento senza causa, in tale ipotesi, si fonda sull'applicazione in via analogica dei principi che informano l'art. 2038 c.c.; norma, quest'ultima, relativa alla responsabilità del terzo acquirente in ipotesi di alienazione di cosa ricevuta indebitamente. Tale norma disciplina esclusivamente il caso in cui il terzo abbia ricevuto la cosa a titolo gratuito, stabilendo che quest'ultimo è tenuto verso l'impovertito/*solvens* nei limiti dell'arricchimento. La disposizione non prevede un eguale obbligo del terzo nel caso in cui la cosa sia stata ricevuta dal terzo stesso a titolo oneroso. Sulla base dell'art. 2038 c.c., si possono distinguere due diversi casi di arricchimento indiretto: quello in cui la prestazione ricevuta dal terzo sia avvenuta in virtù di un atto a titolo gratuito e quello in cui sia avvenuta a titolo oneroso. La disciplina dettata dall'art. 2038 c.c. consente di affermare che il danneggiato può esercitare l'azione di arricchimento nei confronti del terzo esclusivamente nel caso in cui quest'ultimo abbia conseguito la prestazione (e di conseguenza si sia arricchito) a titolo gratuito, mentre, qualora abbia conseguito la prestazione a titolo oneroso, l'azione non è esperibile.

L'ancoraggio all'art. 2038 c.c. fornisce il necessario fondamento normativo al riconoscimento di una (sia pur circoscritta) fattispecie di arricchimento mediante intermediario. E tale riconoscimento è coerente con la funzione equitativa dell'*actio de in rem verso*: l'esigenza redistributiva giustifica la tutela del danneggiato e la prevalenza di tale tutela sulla posizione di vantaggio ottenuta a titolo gratuito dal terzo.

Anche l'arricchimento indiretto della pubblica amministrazione – che si configura quando l'ente che beneficia della prestazione dell'impovertito è diverso da quello che ha occasionato l'impovertimento – è coerente con la funzione equitativa dell'istituto. E l'ammissibilità dell'azione prevista dall'art. 2041 c.c. si giustifica anche in virtù del principio di sostanziale unicità dei soggetti pubblici e del bilancio pubblico. Anche se l'ente che beneficia della prestazione è diverso da quello che ha determinato l'impovertimento dell'esecutore della prestazione stessa, entrambi sono soggetti pubblici ed entrambi concorrono alla formazione del bilancio pubblico, per cui possono considerarsi, nella sostanza, come un unico soggetto. Ne consegue che l'arricchimento non può neppure considerarsi indiretto.

In sintesi, il presupposto dell'unicità del fatto costitutivo dell'arricchimento e del danno si colloca sul piano della regola generale, con la duplice eccezione costituita dall'arricchimento mediato conseguito da una pubblica amministrazione rispetto a un altro soggetto pubblico e dall'arricchimento conseguito dal terzo a titolo meramente gratuito.

5. L'arricchimento senza causa della p.a.

L'arricchimento senza causa della pubblica amministrazione, pur essendo riconducibile allo stesso principio generale di equità di cui è espressione l'art. 2041 c.c., presenta indubbi caratteri di specialità, sia in ragione della natura pubblica del soggetto nei confronti del quale si esercita l'azione di arricchimento, sia per la particolare rigidità delle norme che disciplinano l'azione amministrativa e la contabilità pubblica.

E proprio la specialità della figura è stata alla base di quell'orientamento giurisprudenziale che, al fine di esperire l'azione di arricchimento nei confronti della

p.a., riteneva necessario un presupposto ulteriore rispetto a quelli previsti dall'art. 2041 c.c.: il riconoscimento dell'utilità dell'opera o della prestazione da parte della p.a.

Tale tesi si fondava sulla considerazione delle speciali condizioni e limitazioni poste a presidio dell'attività negoziale della p.a., che è disciplinata dalle regole dell'evidenza pubblica, e si radicava sul rilievo che l'azione di arricchimento comporta, di fatto, il superamento del principio, posto a tutela del buon andamento dell'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 l'esigenza di marcare di "specialità" l'azione di arricchimento proposta nei confronti della p.a., posto che il relativo oggetto è costituito quasi sempre da prestazioni od opere eseguite da privati in dipendenza di contratti irregolari, nulli o addirittura inesistenti.

Era, 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 c.d. riconoscimento, espresso o tacito, dell'utilità dell'opera, del servizio, o della prestazione; riconoscimento che implica una valutazione della loro rispondenza alle finalità istituzionali dell'ente.

In questa prospettiva, il riconoscimento dell'utilità dell'opera o della prestazione si configura come un atto di volontà o di autonomia della p.a. e, perciò, comporta che la stessa configurabilità di un arricchimento senza causa resti affidata alla valutazione discrezionale dell'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 interesse⁸⁴⁵.

Tale valutazione non solo non può essere sostituita da quella di amministrazioni terze, pur se interessate alla prestazione, ma non può neanche provenire da atti e comportamenti imputabili a soggetti che facciano parte della struttura dell'ente, essendo necessariamente rimessa solo agli organi rappresentativi o a quelli cui è istituzionalmente devoluta la formazione della volontà dell'ente. Non si richiede che il riconoscimento avvenga necessariamente in maniera esplicita (cioè, con un atto formale), ritenendosi sufficiente il riconoscimento implicito, purché proveniente dagli organi rappresentativi dell'ente⁸⁴⁶.

Secondo questa tesi, che esalta i limiti istituzionali della giurisdizione ordinaria, fissati a presidio della discrezionalità amministrativa dall'art. 4, all. E, della legge 20 marzo 1865, n. 2248, 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. 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 rimessa in via esclusiva alla p.a.

La tesi si radicava sull'evidente timore che – in particolare nel caso, assai frequente, di indebito arricchimento derivante da rapporti negoziali instaurati da dipendenti pubblici non muniti dei necessari poteri – la pubblica amministrazione possa essere

⁸⁴⁵ Cass. 18 aprile 2013, n. 9486; Cass. 11 maggio 2007, n. 10884; Cass. 20 agosto 2004, n. 16348; Cass. 23 aprile 2002, n. 5900.

⁸⁴⁶ Cass., Sez. Un., 25 febbraio 2009, n. 4463; Cass., 20 ottobre 2004, n. 16348.

chiamata a rispondere ex art. 2041 c.c. di tutte le iniziative arbitrarie assunte al di fuori del controllo degli organi amministrativi responsabili della spesa, quando il riconoscimento dell'utilità sia ravvisato nella stessa utilizzazione dell'opera o del servizio acquisito, da parte di coloro che hanno abusivamente speso il nome dell'ente o dell'ufficio.

L'applicazione della tesi che richiede come ulteriore presupposto dell'azione il riconoscimento dell'utilità dell'opera o della prestazione da parte della p.a. determina un risultato paradossale: il giudice dovrebbe condannare all'indennizzo l'ente pubblico per un arricchimento riconosciuto, ancorché non provato, mentre dovrebbe assolverlo per un arricchimento provato, ma non riconosciuto. La tesi del riconoscimento, inoltre, risulta fortemente penalizzante per il depauperato, specie quando l'arricchimento si risolve in un risparmio di spesa. Senza considerare che un riconoscimento implicito da parte degli organi rappresentativi dell'ente pubblico può configurarsi solo in relazione a opere e prestazioni comportanti un incremento patrimoniale, e quindi suscettibili di appropriazione; mentre, nel caso in cui l'opera risulti già esistente e già a disposizione della collettività, il perdurare della pubblica fruizione non potrebbe costituire riconoscimento implicito dell'*utilitas*, perché non implica alcuna valutazione consapevole da parte dell'ente.

Per tali ragioni, le Sezioni Unite della Cassazione hanno assunto un diverso orientamento.

Nel vigore del codice del 1865, che non disciplinava l'arricchimento senza causa, la specialità di tale azione nei confronti della p.a. si giustificava in considerazione del fatto che la medesima azione era configurata sullo schema della gestione di affari e il riconoscimento dell'*utiliter coeptum* costituiva il riflesso dell'*utiliter gestum*. Con la codificazione ad opera del legislatore del 1942, l'istituto ha assunto una connotazione oggettivistica, fatta palese dal lessico normativo, che impiega concetti materiali, quali quello di "arricchimento" e di "diminuzione patrimoniale", senza richiamo alcuno al parametro soggettivistico dell'"utilità". La costruzione dell'istituto in termini oggettivi consente di ritenere superata la tesi che individua come ulteriore presupposto dell'azione il riconoscimento dell'utilità da parte dell'amministrazione.

L'abbandono di quella tesi è conseguenza anche della necessità di una lettura in chiave costituzionale dell'istituto, idonea ad assicurare la piena tutela della garanzia di agire in giudizio contro l'amministrazione pubblica (artt. 24 e 113 Cost.).

Sulla base di tali premesse si esclude, in radice, la possibilità che all'ente pubblico sia riservato il potere non solo di riconoscere il vantaggio in sé, ma anche la relativa entità economica: possibilità da ritenersi inaccettabile per la considerazione che essa pone il giudice nella condizione di dover unicamente prendere atto delle determinazioni dell'amministrazione, 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. L'esclusione del presupposto del riconoscimento paventa il pericolo che l'ente pubblico possa subire azioni di arricchimento senza causa da parte di terzi che abbiano assunto iniziative contro il volere dell'ente o comunque senza che i suoi organi rappresentativi ne avessero contezza. Tale pericolo, però, può essere evitato indagando se l'ente sia stato almeno consapevole della prestazione indebita e nulla abbia fatto per respingerla. In altri termini, nell'utilizzazione della prestazione è da ravvisarsi non un atto di riconoscimento dell'utilità – difficilmente

definibile nei suoi caratteri e soprattutto giuridicamente inammissibile, non potendo mai condizionarsi la proponibilità di un'azione ad una preventiva manifestazione di volontà del soggetto contro cui essa è diretta – ma un mero fatto dimostrativo dell'imputabilità giuridica all'ente dell'arricchimento.

In tale prospettiva, il diritto fondamentale di azione del danneggiato 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 inconsapevolezza dell'*eventum utilitatis* (c.d. arricchimento imposto)⁸⁴⁷.

Del resto, sulla qualificazione dell'arricchimento come istituto civilistico che dà luogo a situazioni di diritto soggettivo perfetto anche quando parte sia una pubblica amministrazione, salvo il limite interno del divieto di annullamento e di modificazione degli atti amministrativi, la giurisprudenza ha mostrato di non dubitare, allorché ha costantemente affermato la giurisdizione ordinaria in materia⁸⁴⁸.

La funzione dell'istituto, come anzidetto, è quella di eliminare l'iniquità prodottasi mediante uno spostamento patrimoniale privo di giustificazione. Essa riconduce l'arricchimento ad una dimensione fattuale di evento oggettivo. E ciò vale a escludere che la natura pubblica del soggetto arricchito possa essere evocata a fondamento di una riserva di discrezionalità nel riconoscimento dell'arricchimento: il privato che agisce ex art. 2041 c.c., nei confronti della P.A., deve provare il fatto dell'arricchimento; e il relativo accertamento da parte del giudice non incorre nei limiti di cognizione tipici del sindacato sulla discrezionalità amministrativa, 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 rileva sul piano probatorio e, precisamente, come accertamento dell'evento dell'arricchimento del soggetto pubblico.

5.1. L'indennizzo

L'arricchito ha l'obbligo di indennizzare il danneggiato. L'indennizzo è volto a riparare pecuniariamente il pregiudizio, ma si differenzia dal risarcimento del danno.

Il risarcimento postula una condotta contraria al suo parametro di riferimento (*non jure*) e lesiva di interessi giuridicamente meritevoli di tutela (*contra jus*). Diversamente, l'indennizzo previsto dall'art. 2041 c.c., anche quando l'arricchimento senza causa è dipeso da un comportamento dell'arricchito, consegue ad un atto non illecito: la condotta del danneggiante non è anti-giuridicità; ciò nonostante, essa ha prodotto una lesione della

⁸⁴⁷ Cfr. Cass. Sez. Un., 26 maggio 2015, n. 10798, secondo cui la regola di carattere generale in forza della quale non sono ammessi arricchimenti ingiustificati né 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 c.c., 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.

⁸⁴⁸ Cass. Sez. un. 18 novembre 2010, n. 23284; Cass. Sez. un. 20 novembre 1999 n. 807.

sfera giuridica altrui, cioè un danno ingiusto (*contra ius*). In altri termini, l'indennizzo previsto dall'art. 2041 c.c. si configura in presenza di un danno ingiusto cagionato da un fatto non illecito. Il risarcimento, invece, si configura in presenza di un danno *contra ius* cagionato da un fatto illecito.

La differenza non è solo formale, ma anche sostanziale. Emerge, infatti, un maggior peso specifico del risarcimento, dovuto al presupposto dell'antigiuridicità, rispetto all'indennizzo.

L'indennizzo è finalizzato a ristabilire l'equilibrio in una situazione nella quale è stato sacrificato l'interesse altrui, a seguito di un atto non illecito. Lo scopo dell'indennizzo non è di sanzionare e riparare (come nel caso del risarcimento).

Sussiste, di conseguenza, un'intrinseca differenza tra la misura indennitaria e la misura risarcitoria. La prima mira a riequilibrare una situazione di disequilibrio. La seconda misura, derivando invece da un illecito, ha una forza maggiore, essendo tesa anche a sanzionare l'autore dell'atto. In pratica, essa ha una finalità repressiva che non può essere riconosciuta all'indennizzo.

La ratio dell'indennizzo, a differenza del risarcimento, si può rinvenire in un fondamento etico ed equitativo: il principio di giustizia distributiva.

I tratti identificativi dell'indennizzo sono i seguenti: a) si tratta di un'obbligazione *ex lege* derivante da un atto non illecito; b) costituisce un'obbligazione che individua il punto di equilibrio tra l'interesse del danneggiante e quello del danneggiato; c) proprio per tali motivi, non è possibile parificare la misura dell'indennizzo a quella del risarcimento, poiché, diversamente, non sarebbero contemperati i contrapposti interessi dell'arricchito e dell'impoverito.

L'art. 2041, comma 1, c.c. fissa i criteri di quantificazione dell'indennizzo, precisando che non esso può superare il valore dell'arricchimento e, nel contempo, del danno subito dall'impoverito⁸⁴⁹.

In questo senso la lettera dell'art. 2041, comma 1, c.c., risponde ad un'esigenza di natura redistributiva, volta a ristabilire l'equilibrio preesistente tra i patrimoni dei soggetti coinvolti.

Il secondo comma dell'art. 2041 c.c. disciplina l'ipotesi in cui oggetto dell'arricchimento sia una cosa determinata, prevedendo che il soggetto arricchito debba restituirla a chi l'abbia a lui consegnata qualora essa sussista al tempo della domanda. Laddove la res non sia più nella disponibilità dell'arricchito o sia perita, il suddetto obbligo non sussiste, essendo venuto meno l'oggetto dell'arricchimento.

Le differenze tra risarcimento e indennizzo si ripercuotono anche sul regime della prescrizione: il diritto al risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 2947 c.c., si prescrive in cinque anni, mentre il diritto all'indennizzo è assoggettato al termine ordinario decennale di prescrizione (art. 2946 c.c.).

⁸⁴⁹ Di conseguenza, se una determinata condotta abbia comportato un arricchimento pari a 10 e un impoverimento pari a 5, l'indennizzo non può superare quest'ultimo valore, e viceversa, se l'arricchimento fosse pari a 5 e l'impoverimento pari a 10, il soggetto arricchito non sarebbe tenuto che nei limiti del proprio arricchimento.

6. La ripetizione dell'indebito. L'indebito oggettivo

In un ordinamento improntato al principio di necessaria causalità delle attribuzioni patrimoniali, l'esecuzione di una prestazione non dovuta obbliga colui che l'ha ricevuta a restituirla. Il soggetto che ha posto in essere la prestazione (*solvens*), pertanto, ha diritto di ripetere quanto pagato (c.d. indebitum) nei confronti del soggetto che l'abbia ricevuta (*accipiens*). In questo senso dispone l'art. 2033 c.c., che disciplina l'indebito oggettivo, come fonte di un'obbligazione restitutoria.

La legge attribuisce al *solvens* un mezzo per neutralizzare le conseguenze prodotte dalla sua attività nella sfera dell'*accipiens*, rimedio che ha una funzione recuperatoria. L'azione di ripetizione è diretta a rimuovere il risultato materiale di un atto che ha prodotto uno spostamento patrimoniale dal *solvens* all'*accipiens* privo di un titolo giustificativo: quando manca un valido rapporto obbligatorio, il pagamento è da considerarsi indebitum e come tale va ripetuto.

L'azione di ripetizione è riconducibile allo stesso principio dell'azione di arricchimento senza causa: l'ordinamento non ammette spostamenti patrimoniali non giustificati causalmente. Ma l'azione prevista dall'art. 2033 c.c. si distingue dall'azione ex art. 2041 c.c. sotto più profili.

L'art. 2033 c.c., infatti, individua i presupposti dell'azione di ripetizione nell'effettuazione di un pagamento e nella non debenza di esso. Per pagamento, in senso letterale, si intende la dazione di una somma di danaro. Un'estensione di significato consente di comprendere nella nozione di pagamento anche la consegna di cose, passibile anch'esse di restituzione, al pari del danaro, ove non dovuta. Depone in tal senso la disposizione dettata dall'art. 2037 c.c. che prende in considerazione la consegna indebita di una "cosa determinata" e ne sancisce l'obbligo di restituzione in natura.

Questa interpretazione dell'art. 2033 c.c. comporta l'esclusione dall'ambito applicativo della ripetizione dell'indebito delle prestazioni di *facere non dovute*, in cui non sia possibile una materiale restituzione di quanto prestato. Tali prestazioni rientrerebbero nel campo di applicazione della disciplina dell'arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.)⁸⁵⁰.

Perché sorga il diritto alla ripetizione dell'indebito, il "pagamento" deve essere "non dovuto": non deve, cioè, sussistere una giustificazione causale allo spostamento patrimoniale; nel senso che il titolo che sorregge il pagamento sussiste in astratto, ma non in concreto, perché invalido o venuto meno in un momento successivo, a causa, ad esempio, di annullamento, rescissione, risoluzione, avveramento della condizione risolutiva.

In caso d'indebito oggettivo, il legislatore non si preoccupa di qualificare la situazione che lo determina, e non prende neppure posizione sul problema se il

⁸⁵⁰ La riconduzione delle prestazioni di *facere non dovute* sotto l'egida dell'art. 2041 c.c. non è condivisa da quell'orientamento giurisprudenziale che, invece, ritiene applicabili le disposizioni sulla ripetizione dell'indebito anche a quelle prestazioni. Tale orientamento propone un'interpretazione estensiva della nozione di pagamento, basata su tre argomentazioni: i) l'esigenza di apprestare una tutela più efficace e immediata al soggetto che ha eseguito la prestazione non dovuta, sollevandolo dal più gravoso onere probatorio imposto dalla disciplina dell'arricchimento senza causa; iii) la necessità di rispettare la scelta del legislatore del codice civile, che ha configurato l'azione di arricchimento come un rimedio sussidiario; iii) gli artt. 2034 e 2035 c.c., che, nel disciplinare l'indebito, in luogo del termine "pagamento", utilizzano il termine "prestazione", in un'accezione che sembra "onnicomprendente", comprendente cioè sia le prestazioni di *dare*, sia quelle di *facere*.

pagamento non dovuto trasferisca la proprietà della cosa pagata oppure ne trasferisca il solo possesso: si limita più semplicemente a prendere atto che manca un presupposto legale affinché la prestazione corrisposta possa esser mantenuta, e concede alla parte che ha effettuato il pagamento il diritto di riprendersi quanto pagato. Il principio ha avuto l'avallo delle Sezioni Unite (n. 14828 del 2012), le quali hanno affermato che, qualora venga acclarata la mancanza di una *causa adquirendi*, ed in qualsiasi causa in cui venga meno il vincolo originariamente esistente, l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione del titolo invalido è quella di ripetizione di indebito oggettivo.

Il codice disciplina in maniera speciale talune ipotesi in cui, pur mancando un obbligo giuridico di adempiere, non è tuttavia possibile pretendere la restituzione: è il caso delle obbligazioni naturali (art. 2034 c.c.) e delle prestazioni contrarie al buon costume (art. 2035 c.c.).

Con riferimento alle obbligazioni naturali, adempiute spontaneamente, in esecuzione di doveri morali o sociali, l'art. 2034 esclude la ripetizione di quanto pagato, salva l'ipotesi di incapacità del *solvens*. La norma, al secondo comma, specifica che tali doveri non producono altro effetto che l'esclusione della ripetizione (c.d. *soluti retentio*).

Un'ulteriore deroga alla disciplina dell'indebito è rappresentata dalle norme dettate dall'art. 2035 c.c., in forza delle quali le prestazioni eseguite per uno scopo comune a creditore e debitore, in contrasto con il buon costume, non sono ripetibili, nonostante l'illiceità della causa. Per "buon costume" si intendono i precetti etici dettati dal senso del pudore e dalla morale in un determinato contesto di luogo e di tempo.

La norma costituisce applicazione del principio romanistico "in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis", che priva di tutela i soggetti che partecipano ad una attività illecita e riprovevole. La disposizione assolve anche una funzione di tipo protettivo, nei casi in cui la riprovevolezza dello scopo derivi dallo sfruttamento di un soggetto debole.

La medesima ratio protettiva è all'origine di un'ulteriore eccezione alla disciplina dell'indebito: l'art. 2126 c.c. prevede che, fuori dalle ipotesi di causa od oggetto illeciti, la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro subordinato non produca effetti, per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, escludendo pertanto la ripetizione del corrispettivo pagato. È inoltre previsto che, quand'anche il contratto sia nullo per illiceità dell'oggetto o della causa, se questa derivi da violazione di norme poste a protezione del lavoratore, quest'ultimo mantenga il proprio diritto alla retribuzione, che non può essere ripetuta dal datore di lavoro se già corrisposta.

La funzione di protezione è propria anche della disciplina del pagamento indebito al soggetto incapace (art. 2039 c.c.): l'obbligo di restituzione, in questo caso, è circoscritto entro il limite dell'effettivo vantaggio che l'incapace ne abbia ricavato, nonostante la sua eventuale mala fede. La ratio sottesa all'art. 2039 c.c. è la medesima che informa la disciplina del pagamento al creditore incapace: ai sensi dell'art. 1190 c.c., tale pagamento libera il debitore nei limiti dell'effettivo vantaggio che il primo ne abbia tratto.

6.1. *L'indebito soggettivo*

L'indebito soggettivo si configura nell'ipotesi di erronea convinzione circa la propria qualità di debitore (c.d. *indebito ex latere solventis*), ovvero in quella di errore sull'identità del proprio creditore (c.d. *indebito ex latere accipientis*). Quest'ultima tipologia di indebitum non è espressamente disciplinata dal codice civile, e può essere considerata come un'ipotesi di indebitum oggettivo, dal momento che manca una valida causa che giustifichi la prestazione nei confronti dell'*accipiens*: l'adempimento effettuato dal *solvens* – effettivamente debitore della prestazione – a favore del soggetto che non sia l'effettivo creditore è inidoneo a produrre l'effetto solutorio tipico dell'adempimento e, al contempo, in applicazione della disciplina dell'indebitum oggettivo, fa sorgere in capo all'*accipiens* l'obbligo di restituzione di quanto ricevuto.

Il Codice civile contempla due particolari ipotesi di indebitum *ex latere accipientis*. La prima è rappresentata dal pagamento fatto a soggetto non legittimato a riceverlo (art. 1188 c.c.): tale pagamento libera ugualmente il *solvens*, allorché il creditore lo abbia ratificato o se ne sia comunque approfittato.

L'art. 1189 c.c., invece, disciplina il pagamento al creditore apparente: il *solvens* è liberato dalla propria obbligazione qualora abbia pagato in buona fede al soggetto che non è effettivamente legittimato a riceverlo, ma appaia comunque esserlo, in base a circostanze univoche. In questo caso, però, il creditore effettivo, che non ha ottenuto la soddisfazione del proprio credito a causa della liberazione del debitore, può agire con l'azione di ripetizione nei confronti del creditore apparente che ha ricevuto indebitamente la prestazione.

L'indebitum soggettivo a *latere solventis* si configura quando manca la qualità di debitore in capo al *solvens*, che per errore ritiene di essere obbligato a eseguire la prestazione. Il pagamento indebitum *ex persona debitoris*, se non fosse inficiato da errore, sarebbe valido come adempimento del terzo (art. 1180 c.c.). Si ha quindi l'indebitum soggettivo *ex latere solventis* quando la prestazione sia stata compiuta nell'erronea convinzione di essere debitore: il credito dell'*accipiens* esiste, ma non nei confronti di chi ha pagato. Di conseguenza, quando il *solvens* sa di non essere obbligato, non può assolutamente parlarsi di indebitum soggettivo *ex latere solventis*, ma potranno realizzarsi altre fattispecie: atto di liberalità, gestione di affari, adempimento del terzo.

Il diritto alla ripetizione dell'indebitum *ex latere solventis* è escluso se il creditore abbia confidato in buona fede sull'intento solutorio del *solvens* e, perciò, si sia privato del titolo o delle garanzie del credito. In questo caso, il *solvens* non ha diritto di ottenere la restituzione di quanto pagato, ma l'ordinamento gli riconosce comunque tutela surrogando nei diritti del creditore in forza dell'art. 2036, comma 3, c.c. Diversamente dall'adempimento del terzo (art. 1180 c.c.), in relazione al quale il creditore ha facoltà di surrogare il terzo nei propri diritti, in caso di indebitum soggettivo non ripetibile l'effetto surrogatorio opera *ex lege*, rientrando nel novero delle ipotesi residuali di surrogazione previste dal n. 5 dell'art. 1203 c.c.

L'assimilazione dell'indebitum soggettivo *ex latere accipientis* all'indebitum oggettivo è coerente con la teoria generale che costruisce il rapporto obbligatorio non tanto dal lato passivo, quanto dal punto di vista dell'interesse del creditore. La qualificazione dell'indebitum è subordinata alla posizione assunta dall'*accipiens* verso la prestazione: se questi non aveva alcun diritto di conseguire ciò che ha ricevuto dal *solvens*, l'indebitum è

oggettivo, non importando che quest'ultimo fosse o meno debitore di altri. Se invece l'*accipiens* è il vero creditore, ma nel contempo il soggetto che adempie non è tenuto a farlo, la prestazione è da considerarsi a lui soggettivamente dovuta e, come tale, è ripetibile solo se il *solvens* si sia reputato debitore per errore scusabile.

La distinzione tra indebito soggettivo *ex latere accipientis* e quello *ex latere solvendi* è conforme allo spirito del rimedio restitutorio, la cui ratio risiede, per tradizione, nella tutela del *solvens*.

La posizione dell'*accipiens*, invece, è diversa a seconda che riceva una prestazione che non gli è dovuta né dal *solvens* né da altri o una prestazione che gli spetta, anche se eseguita da persona diversa dal vero debitore. E non a caso in questa seconda ipotesi la legge subordina la ripetizione all'errore (scusabile) del *solvens*. Tale condizione non ha motivo di sussistere quando colui che riceve il pagamento sia un *falsus accipiens*: non vi è qui un affidamento da tutelare e porre limiti alla ripetizione significherebbe consolidare un arricchimento senza causa, privando inoltre il *solvens* di qualsiasi possibilità di rivalsa, non esistendo un terzo, effettivo debitore, nei confronti del quale soddisfarsi⁸⁵¹.

Nell'indebito soggettivo *ex latere solventis*, il diritto del *solvens* alla ripetizione è subordinato anche al fatto che l'*accipiens* non si sia privato in buona fede del titolo o delle garanzie del credito: tale limitazione non avrebbe senso se riferita alle ipotesi in cui la prestazione non era soggettivamente dovuta. Non potrebbe infatti l'*accipiens*, non essendo creditore, privarsi di un titolo che non ha o delle garanzie relative ad un diritto del quale non è titolare e che spesso non esiste neppure in *rerum natura*, come nel caso in cui la prestazione compiuta dal *solvens* non era dovuta né all'*accipiens*, né ad altri⁸⁵².

L'indebito può anche essere contemporaneamente soggettivo e oggettivo, quando il *solvens* si ritenga erroneamente debitore nei confronti di un soggetto e, allo stesso tempo, cada in errore sull'identità di quest'ultimo. La letteratura definisce tale evenienza come "indebito misto". Si tratta di una figura, non codificata, che pone un problema di disciplina applicabile; problema che può essere risolto considerando che quando l'*accipiens* è effettivamente creditore di una prestazione identica a quella ricevuta, ma nei confronti di un soggetto diverso dal *solvens*, le esigenze di tutela del creditore in buona fede depongono nel senso di dare applicazione alle norme sull'indebito a latere *solventis*, riconoscendo il diritto di surrogazione a favore del *solvens* ai sensi dell'art. 2036 c.c., piuttosto che ammettere la ripetizione dell'indebito oggettivo ai sensi dell'art. 2033 c.c..

6.2. L'obbligazione restitutoria

Il pagamento indebito obbliga colui che lo ha ricevuto a restituirlo al *solvens*. L'obbligazione restitutoria si attegga diversamente a seconda che l'indebito abbia ad oggetto una cosa determinata, una prestazione di facere, ovvero una somma di danaro, nonché, in relazione ai frutti ed agli interessi, a seconda dello status soggettivo di buona o mala fede dell'*accipiens*.

⁸⁵¹ E. Moscati, *Indebito (pagamento e ripetizione dell')*, in Enc. Dir., XXI, 1971.

⁸⁵² E. Moscati, *Indebito*, cit.

Come stabilito dagli artt. 2033 e 2036 c.c., l'*accipiens* è tenuto alla restituzione dei frutti e agli interessi dal giorno della domanda, qualora abbia ricevuto in buona fede l'indebitato, e dal giorno del pagamento, se ricevuto in mala fede.

L'art. 2033 c.c. stabilisce che chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto agli interessi "dal giorno della domanda": l'art. 1148 c.c. dispone invece che il possessore in buona fede fa suoi i frutti naturali separati e i frutti civili "fino al giorno della domanda giudiziale". La circostanza che la domanda indicata quale *dies a quo* della decorrenza degli interessi dovuti dell'*accipiens* in buona fede non sia ulteriormente connotata in termini di "giudiziale" non è fatto in sé neutro e consente, già in prima battuta, di affermare che, riferendosi alla "domanda", il legislatore non abbia voluto unicamente riferirsi alla notificazione dell'atto con cui si inizia un giudizio, come invece ha fatto, a proposito dell'interruzione della prescrizione, nell'art. 2943, comma 1, c.c. (che al secondo menziona la "domanda proposta nel corso di un giudizio").

Il termine "domanda" di cui all'art. 2033 c.c. deve quindi esser inteso come riferito non esclusivamente alla domanda giudiziale ma, anche, agli atti stragiudiziali di cui all'art. 1219 c.c. Ciò comporta che, in base ai principi generali, l'obbligo della corresponsione degli interessi da parte dell'*accipiens* in buona fede, quale debitore dell'indebitato percepito, può decorrere da data antecedente a quella dell'instaurazione del giudizio, ove sia stata preceduta da uno specifico atto di costituzione in mora⁸⁵³.

L'art. 2033 c.c., nel richiedere una domanda per il maturare di interessi, introduce una parziale deroga rispetto all'art. 1282 c.c.: la norma sull'indebitato costituisce eccezione alla regola secondo cui i crediti liquidi ed esigibili di una somma di danaro producono interessi (corrispettivi) di pieno diritto. La deroga si giustifica in ragione del fatto che la legge considera legittima l'utilizzazione del danaro da parte dell'*accipiens* in buona fede prima della "domanda". Quando l'indebitato ha ad oggetto una cosa determinata, il soggetto che l'ha ricevuta è tenuto a restituirla in natura; tuttavia, qualora la cosa sia perita, l'*accipiens* deve corrisponderne il valore, mentre in ipotesi di mero deterioramento della medesima spetta al *solvens* optare per la restituzione dell'equivalente in danaro, ovvero della res nel suo stato attuale, insieme ad un'indennità per la diminuzione del valore (art. 2037 c.c.).

Anche nelle ipotesi di perimento o deterioramento il quantum della restituzione è condizionato dalla buona o mala fede dell'*accipiens*, poiché se questi abbia ricevuto la res in buona fede risponde del relativo deterioramento o perimento, quand'anche derivante da fatto a lui imputabile, nei soli limiti del proprio arricchimento.

Nel caso in cui la res non sia perita o deteriorata, ma sia uscita dalla sfera giuridica dell'*accipiens*, con conseguente impossibilità per quest'ultimo di restituirla, il Codice civile distingue a seconda che l'alienazione sia avvenuta in buona o in mala fede e a titolo oneroso o gratuito.

Se l'alienazione è stata eseguita a titolo oneroso, in buona fede e prima di conoscere dell'obbligo di restituzione, l'*accipiens* deve restituire il corrispettivo conseguito; qualora questo non sia stato ancora pagato, il *solvens* subentra *ex lege* nel diritto di credito dell'alienante.

Se, invece, l'alienazione sia avvenuta a titolo gratuito, l'*accipiens* è obbligato alla restituzione nei limiti dell'arricchimento conseguito.

⁸⁵³ Cass., Sez. Un., 13 giugno 2019, n. 15895.

Le alienazioni eseguite in mala fede da parte dell'*accipiens* sono assimilate alle alienazioni avvenute dopo aver appreso dell'obbligo di restituzione: se si tratta di alienazione a titolo oneroso l'*accipiens* è tenuto a restituire la res in natura o il relativo valore, salva la facoltà per il *solvens* di esigere il corrispettivo conseguito dall'*accipiens* o di surrogarsi a quest'ultimo, ove lo ritenga più conveniente.

Nei casi di alienazione in mala fede a titolo gratuito, invece, l'obbligo del terzo di restituzione nei limiti del proprio arricchimento è subordinato alla preventiva escussione dell'*accipiens*.

In tutti i casi sin qui esaminati, in forza del disposto dell'art. 2040 c.c., il *solvens* è obbligato a rimborsare all'*accipiens* le spese sostenute e i miglioramenti apportati: la norma rinvia alla disciplina del possesso, in forza della quale dai frutti che l'*accipiens* è tenuto a restituire devono essere detratte le spese sostenute per ottenerli (in forza dell'ulteriore rimando che l'art. 1149 opera all'art. 821 c.c.). È previsto a favore dell'*accipiens* il diritto di ritenzione sulla *res restituenda* sino al pagamento di quanto gli spetti, purché sia stato chiesto in giudizio, offrendo prova generica del fondamento di tale credito.

Quando l'indebito ha ad oggetto prestazioni di fare (o non fare), tali prestazioni, per loro natura, sono insuscettibili di ripetizione e, per tale ragione, ricadono nel campo di applicazione della disciplina dell'arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.). Ciò nonostante, un orientamento della giurisprudenza tende ad applicare anche in questi casi la disciplina dell'indebito, applicando analogicamente le disposizioni dell'art. 2037 c.c.: non essendo per definizione possibile una restituzione in natura della prestazione di fare indebita, l'*accipiens* è obbligato a corrispondere al *solvens* una somma di danaro pari al valore della prestazione eseguita.

Quanto, infine, alla restituzione di danaro, si tratta di un'*obbligazione* di valuta, assoggettato al principio nominalistico sancito dall'art. 1277 c.c.

L'azione di ripetizione ha natura personale e, pertanto, è esperibile esclusivamente da parte del soggetto cui è imputabile il pagamento indebito. Si tratta di azione a prescrizione decennale, ai sensi dell'art. 2946 c.c.

7. La gestione di affari altrui

L'intromissione non autorizzata nella sfera giuridica altrui, in linea di principio, integra gli estremi di un atto illecito (*culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti*): nessuno può sostituirsi di propria iniziativa ad altri nella cura dell'interesse altrui.

Tale regola risponde a un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico, che attribuisce al soggetto titolare la competenza esclusiva a regolare i propri interessi.

Questa regola ordinamentale, tuttavia, può subire deroghe ogniqualvolta si vengano a determinare situazioni in cui il diretto interessato non è in grado di provvedere personalmente alla gestione dei propri interessi. Affinché l'intervento di un soggetto in affari pertinenti ad una sfera giuridica aliena non si risolva in una illecita interferenza, è necessario che esso abbia una giustificazione giuridicamente rilevante, ponendosi quale valido temperamento alla rigida applicazione del principio che vieta l'intromissione nella sfera giuridica altrui.

L'intervento in affari giuridici alieni si giustifica quando il titolare versa in situazioni di incapacità legale. In tal caso, la ratio giustificatrice dell'intervento sostitutivo è evidente: l'ordinamento non riconosce all'incapace l'attitudine ad operare giuridicamente, per cui il ricorso alla cooperazione giuridica di un altro soggetto assume carattere di necessità, poiché è il solo strumento che consente all'incapace di partecipare ugualmente alla vita attiva del diritto.

L'intervento in affari giuridici altrui si giustifica anche quando costituisce lo strumento prescelto dalla libera determinazione dell'autonomia privata per il raggiungimento di determinati scopi, ed allora trova in essa la propria fonte di legittimazione.

Diversa, invece, è la ratio che giustifica la gestione di affari giuridici altrui quando il titolare dell'affare gestito è legalmente capace e non ha espresso il proprio consenso alla gestione altrui. In questo caso, l'intervento nella sfera giuridica altrui, per non integrare gli estremi di un fatto illecito, deve rispettare i presupposti previsti dall'art. 2028 c.c. e presentare un contenuto di tipicità.

La norma che consente la gestione dell'affare altrui si fonda su un'esigenza di ordine sociale, che è quella di evitare che l'impossibilità materiale in cui venga eventualmente a trovarsi un soggetto a tutelare i propri interessi causi un arresto della sua attività giuridica. Di qui la necessità di una gestione che prescindendo dalla volontà del titolare.

La ratio della norma consente di precisare ulteriormente che attraverso la gestione di affari altrui non si attua una sottrazione, in ordine a determinati interessi, della competenza dispositiva riservata al soggetto titolare dell'interesse, bensì una sostituzione in relazione a quella particolare situazione nella quale si inquadra l'attività gestoria⁸⁵⁴.

L'ingerenza perde allora i connotati di illiceità per assumere una valenza positiva: è anzitutto interesse del titolare dell'affare gestito che altri si sostituisca a lui in caso di impossibilità a provvedere personalmente alla cura dell'affare.

L'istituto della gestione d'affari altrui trascende l'interesse personale del singolo, per rispondere anche un interesse generale della collettività: l'interesse alla cura e alla conservazione dei beni in modo tale da evitare la dispersione di risorse e la distruzione di ricchezza.

La gestione di un affare altrui, conforme all'art. 2028 c.c., costituisce fonte di obbligazioni sia in capo a colui che la intraprende (c.d. gestore), che al soggetto titolare dell'affare (c.d. interessato o *dominus*). Allorché la condotta del gestore integri i presupposti dalla stabilita legge, sorge l'obbligo di continuare la gestione dell'affare sino al momento in cui l'interessato, o i suoi eredi, non siano in grado di provvedervi autonomamente. Da tale obbligo discendono, a carico del gestore, anche "le stesse obbligazioni che deriverebbero da un mandato" (art. 2030 c.c.). Per cui il gestore opera come mandante, pur in assenza di un mandato. L'interessato, per parte propria, è obbligato a tenere indenne il gestore dalle spese sostenute e dalle obbligazioni assunte da questi in nome proprio e a adempiere quelle sorte in occasione della gestione.

⁸⁵⁴ S. Ferrari, *Gestione di affari altrui (dir. priv.)*, in Enc. Dir., XVIII, 1969.

Sulla base delle obbligazioni che ne discendono, la gestione di affari altrui può essere definita un fatto giuridico dal quale l'ordinamento fa discendere un rapporto obbligatorio reciproco tra gestore e interessato⁸⁵⁵.

7.1. I presupposti

I presupposti della gestione d'affari altrui sono di ordine soggettivo e oggettivo.

Appartiene al primo tipo l'intenzione di gestire un affare altrui (*animus aliena negotia gerendi*), mentre rientrano nel novero dei requisiti oggettivi la spontaneità dell'intervento, l'impossibilità di intervenire da parte del diretto interessato (*absentia domini*), l'alienità dell'affare e l'utilità dell'inizio della gestione (*utiliter coeptum*).

La mancanza anche di uno solo dei presupposti previsti dalla legge dequalifica il comportamento del gestore fino a renderlo illecito, trovando applicazione il principio generale in forza del quale *culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti*. In questo caso, se l'intromissione illecita del gestore nella sfera giuridica altrui abbia causato danni, si configura una responsabilità aquiliana (art. 2043 c.c.); se, viceversa, il *dominus* abbia tratto giovamento dall'ingerenza del gestore, si configura un'ipotesi di arricchimento senza causa (art. 2041 cc.), con obbligo del *dominus* di indennizzare il gestore.

La gestione dell'affare altrui, per essere lecita, postula anzitutto l'intenzione di gestire un affare altrui (*animus aliena negotia gerendi*): l'art. 2028 c.c. impiega l'espressione scientemente (art. 2028 c.c.), la quale non lascia dubbi circa la necessità dell'elemento soggettivo ai fini della configurabilità di un valido rapporto gestorio. Il requisito della consapevolezza concerne lo status psicologico che assiste il gestore al momento dell'assunzione della gestione dell'affare altrui. Il Codice civile, in tal modo, richiede che il gestore sia al corrente dell'altruità dell'affare.

L'atto di gestione compiuto per errore, pertanto, non può integrare gli estremi della gestione d'affari altrui, ma, se abbia prodotto un risultato positivo, può configurare un arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.).

La linea di distinzione tra gestione d'affari altrui e arricchimento senza causa è senza dubbio molto sottile, dato che il medesimo comportamento materiale può indifferentemente integrare gli estremi sia dell'uno, sia dell'altro istituto, a seconda che il gestore sia intervenuto consapevolmente per curare un affare altrui (nel qual caso si configura la gestione di affari altrui) o semplicemente per errore circa la titolarità dell'affare, ritenendo il gestore che l'affare fosse proprio, e invece è altrui (nel qual caso si configurano i presupposti dell'arricchimento senza causa).

Il soggetto che assume la gestione di un affare altrui deve operare spontaneamente, senza esservi obbligato. Se sussistesse un obbligo in tal senso, si esulerebbe per ciò solo dal campo di applicazione della gestione d'affari altrui per ricadere o in quello del mandato, o in uno dei vari casi di gestione *ex lege* di un patrimonio altrui (tutela, curatela, etc.).

⁸⁵⁵ L'istituto ha origine nel diritto romano, che attribuitiva sia un'azione diretta (*actio negotiorum gestorum*) a favore dell'interessato per far valere la responsabilità del gestore per "*mala gestio*", dolosa o colposa, o per ottenere la continuazione della gestione, sia un'azione contraria a tutela del gestore per essere tenuto indenne delle spese sostenute e dei danni subiti a causa della gestione dell'affare altrui.

La spontaneità della gestione si colloca a cavallo tra i requisiti oggettivi e i requisiti soggettivi, trattandosi di una obiettiva situazione di assenza di un dovere giuridico di intraprendere la gestione, che nel contempo incide sull'*animus* del gestore, caratterizzandolo in termini di spontaneità e libera determinazione. Sul piano normativo, l'inciso "senza esservi obbligato", contenuto nell'art. 2038 c.c., delimita l'ambito applicativo dell'istituto, così escludendo le fattispecie in cui la gestione di un affare altrui costituisca oggetto di una obbligazione di natura legale o contrattuale.

Alla consapevolezza e alla spontaneità è necessario che si accompagni, perché ricorra la fattispecie gestoria, l'alienità dell'affare, vale a dire la sua appartenenza alla sfera giuridico-patrimoniale di un soggetto diverso dall'agente: il *dominus*. La *negotiorum gestio*, in altri termini, presuppone la titolarità dell'affare gestito in capo a un soggetto diverso dal gestore. L'alienità dell'affare giustifica l'obbligo di proseguire la gestione "finché l'interessato non sia in grado di provvedervi da sé stesso".

È possibile interpretare la locuzione "affare altrui", contenuta nell'art. 2028 c.c., attribuendole il significato di "interesse altrui": l'operazione ermeneutica, ferma la necessità che l'affare sia oggettivamente riconducibile alla sfera giuridico-patrimoniale di un terzo, permette di offrire un addentellato normativo a quell'orientamento della giurisprudenza che ritiene non configurabile la fattispecie di gestione d'affare in presenza di un interesse prevalente o conflittuale del gestore: se il gestore ha posto in essere un comportamento perseguendo un proprio interesse, non sussiste l'esigenza di tenerlo indenne dalle spese sostenute, né si potrebbe obbligarlo a proseguire quel comportamento laddove egli ritenesse più opportuno cessarlo. In questo caso, potrebbero invece trovare applicazione le norme che disciplinano l'azione di arricchimento senza causa, in relazione ai vantaggi ottenuti dal terzo a spese del gestore, o l'azione di responsabilità aquiliana per i danni causati al terzo dal gestore.

Il requisito dell'*absentia domini* è richiesto implicitamente dall'art. 2028 c.c., nella parte in cui obbliga il gestore a proseguire la gestione "finché l'interessato non sia in grado di provvedervi da sé stesso". La giurisprudenza intende in maniera elastica il requisito dell'assenza del titolare, ritenendolo integrato in caso non solo di semplice impossibilità a provvedere da parte del titolare stesso, ma anche di mancata opposizione da parte del *dominus*; il che equivale ad affermare che può configurarsi una *negotiorum gestio* purché non vi sia *prohibitio domini*.

Nessuno, infatti, può ingerirsi negli affari di un altro se il suo intervento non è voluto. Evidenti esigenze di tutela della libertà individuale fanno sì che la presenza di un divieto di ingerenza, non importa se espresso o tacito, inibisca la configurabilità della gestione d'affari.

La gestione di affari altrui sorge nell'ambito di una situazione del tutto particolare, caratterizzata dal fatto che non può esplicarsi l'autonomia privata del soggetto titolare in ordine agli interessi ad esso pertinenti, così che per la gestione di tali interessi si prescinde dalla volontà del titolare. È ovvio, pertanto, che, qualora l'autonomia privata del soggetto titolare si espliciti mediante una valutazione negativa circa la convenienza o l'opportunità della gestione, non può il gestore che non abbia tenuto conto di quella valutazione addurre l'effettiva utilità od opportunità del suo intervento, nonché la presenza di tutti gli altri elementi che compongono il modello legale della fattispecie gestoria: mancherebbe, in tal caso il presupposto, la ragion d'essere della gestione e

l'intervento del gestore si concreterebbe quindi in una illecita interferenza nella sfera giuridica altrui⁸⁵⁶.

Non sempre, però, è possibile proibire la gestione altrui: vi sono valori che trascendono l'interesse individuale e che l'art. 2031 c.c. tutela disponendo che la *prohibitio domini* non ha effetto ogniqualvolta il divieto sia contrario alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume.

Le applicazioni più frequenti di questa regola si trovano in materia di diritto di famiglia, quando un soggetto si sostituisce ad un altro nell'adempimento di un obbligo di natura alimentare contro l'espreso divieto del diretto obbligato. In questi casi la giurisprudenza non ha mai esitato a configurare un atto gestorio, nonostante la *prohibitio*.

Nelle ipotesi in cui la *prohibitio* è priva di efficacia l'interesse pubblico prevale sull'interesse privato. Sicché può ben dirsi che la gestione che sorge nell'ambito di questa situazione particolare è volta ad attuare direttamente un interesse sociale e soltanto di riflesso l'interesse del *dominus*, diversamente da quanto accade nelle ipotesi tipiche in cui il fenomeno gestorio nasce nel segno del perfetto equilibrio fra quei due interessi.

Lo schema strutturale della fattispecie gestoria si completa con un ulteriore elemento oggettivo, costituito dall'utile inizio della gestione (*utiliter coeptum*). Con la ricorrenza dell'*utilitas* nel momento iniziale della gestione, risulta soddisfatta la condizione oggettiva richiesta dalla legge perché operi l'effettiva imputazione alla sfera giuridica del *dominus* degli effetti della fattispecie gestoria, indipendentemente dall'utilità o meno del risultato finale della gestione stessa.

L'utilità iniziale della gestione è valutata sulla base di un criterio oggettivo, non soggettivo. In questa prospettiva, può ravvisarsi l'*utiliter coeptum* ogniqualvolta sia stata esplicitata un'attività che, producendo un incremento patrimoniale o risolvendosi in un'evitata perdita economica, sarebbe stata esercitata dallo stesso *dominus* quale buon padre di famiglia, se avesse dovuto provvedere efficacemente da sé alla gestione dell'affare.

Il gestore deve avere la capacità di contrattare (art. 2029 c.c.), per tale intendendosi la capacità di agire. La ratio della norma è la tutela dell'interesse dell'incapace: il legislatore ha inteso evitare che il soggetto incapace possa subire le obbligazioni previste a carico del gestore di affari altrui⁸⁵⁷.

7.2. L'oggetto della gestione

Riguardo all'oggetto della gestione, il concetto di "affare altrui" enunciato dall'art. 2028 c.c. è sicuramente molto più ampio di quello di "atti giuridici" che compare in materia di mandato (art. 1703 c.c.). Per comune ammissione, l'affare può riferirsi ad atti sia giuridici che materiali.

⁸⁵⁶ S. Ferrari, *Gestione di affari altrui*, cit.

⁸⁵⁷ Un orientamento della dottrina propone di limitare il requisito della capacità di agire ai soli atti negoziali, con esclusione degli atti materiali, per i quali dovrebbe ritenersi sufficiente la capacità naturale.

L'affare, oltre ad essere lecito, deve avere contenuto patrimoniale⁸⁵⁸.

Si discute se il gestore possa compiere atti eccedenti l'ordinaria amministrazione.

Per quel che riguarda gli atti di straordinaria amministrazione un forte argomento a contrario deriva dall'art. 1708 c.c., il quale stabilisce che il mandato generale non comprende gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, se non sono indicati espressamente. In conformità ad una tale impostazione, gli atti di straordinaria amministrazione potrebbero vincolare il *dominus* solo nel caso di ratifica dell'operato del gestore.

In dottrina, tuttavia, tende a prevalere la tesi opposta. Si considera, infatti, che, data la funzione della gestione d'affari, non avrebbe alcun senso escludere a priori la possibilità di compiere atti che, in quella circostanza, avrebbe posto in essere anche il *dominus* agendo come buon padre di famiglia. Si consideri, inoltre che, sebbene nel progetto ministeriale del Codice civile la gestione fosse limitata ai soli atti di ordinaria amministrazione, nel progetto definitivo una tale limitazione non è stata riprodotta⁸⁵⁹.

7.3. Gli effetti

Una volta identificato lo schema strutturale della fattispecie gestoria è necessario stabilire la natura dell'atto da cui questa fattispecie origina, esaminare gli effetti che ad essa si ricollegano sul piano del rapporto interno che si instaura tra *dominus* e gestore, a seguito dell'intervento spontaneo di questo soggetto, e fornire la spiegazione tecnica del loro prodursi.

L'atto produttivo della fattispecie gestoria – secondo la tesi prevalente – ha natura di atto giuridico in senso stretto⁸⁶⁰.

Gli effetti che derivano dalla gestione di affari altrui sono stabiliti espressamente dalla legge (artt. 2028, 2030 e 2031 c.c.).

Il primo di questi effetti è costituito dall'obbligo del gestore di continuare la gestione e di condurla a termine, finché l'interessato non sia in grado di provvedere da sé stesso

⁸⁵⁸ Anche la stipulazione di un contratto di locazione da parte di uno solo dei comproprietari costituisce gestione di affari nei confronti dell'altro comproprietario non locatore. La locazione può essere convenuta dal singolo comproprietario, anche all'insaputa dell'altro, purché il locatore abbia la disponibilità del bene comune e sia in grado di adempiere la fondamentale obbligazione del locatore, e cioè quella di consentire il godimento del bene al conduttore. Nei confronti del comproprietario non locatore, l'atto di locazione si configura come gestione di affari altrui (*Cass., Sez. Un., 4 luglio 2012, n. 11135*). Tale qualificazione dell'atto consente di offrire una soluzione che valga a contemperare gli interessi e le posizioni dei vari soggetti coinvolti. La soluzione offerta dalle disposizioni in tema di gestione di affari, in effetti, appare la più idonea a contemperare le posizioni di tutti i soggetti coinvolti. Il contratto sottoscritto dal comproprietario locatore e il conduttore, in tale prospettiva, è efficace, rilevando l'opposizione del comproprietario non locatore solo nel caso in cui venga manifestata e portata a conoscenza del conduttore prima della stipula del contratto (art. 2031, secondo comma, cod. civ.), sicché, il conduttore è posto al riparo da sopravvenuti contrasti che dovessero insorgere tra i comproprietari in ordine alla gestione del bene comune. Il comproprietario non locatore, da parte sua, ove sia a conoscenza della intenzione del gestore di addivenire ad una locazione del bene comune, può manifestare preventivamente il proprio dissenso, il che lo esonererebbe, ai sensi dell'art. 2031, secondo comma, dal dovere di adempiere le obbligazioni che il gestore abbia assunto, anche in nome proprio, e di rimborsargli le spese sostenute. Il comproprietario non locatore, inoltre, ai sensi dell'art. 2032 c.c., ha la facoltà di ratificare il contratto stipulato dal comproprietario locatore, e l'esercizio di tale potere comporta gli effetti che sarebbero derivati da un mandato, anche se la gestione è stata compiuta da un soggetto che credeva di gestire un affare proprio.

⁸⁵⁹ P. Gallo, *Gestione d'affari altrui*, in *Dig. Priv.*, 2011.

⁸⁶⁰ S. Ferrari, *Gestione di affari altrui*, cit.

(art. 2028 c.c.). Tale obbligo è connaturato al fenomeno della gestione e trae la sua unica ragion d'essere dalla funzione propria di questo istituto: in caso di abbandono da parte del gestore della gestione intrapresa in piena conformità alle prescrizioni legali, un tale comportamento sarebbe necessariamente destinato a trasformare una situazione inizialmente utile in una situazione dannosa per il *dominus*; se la legge non predisponesse uno strumento idoneo ad evitare il prodursi di una siffatta conseguenza, mediante l'imposizione al gestore dell'obbligo di continuare la gestione intrapresa e di condurla a termine sino al cessare dell'*absentia domini*, verrebbe meno la funzione l'istituto della gestione di affari altrui.

Il gestore, inoltre, è soggetto alle stesse obbligazioni che deriverebbero da un mandato (art. 2030 c.c.). Gli effetti prodotti dalla fattispecie gestoria sono quelli tipici del mandato, in quanto fra *dominus* e gestore si instaura un rapporto obbligatorio (di gestione) di contenuto uguale a quello che si instaura tra mandante e mandatario a seguito del negozio di mandato. Si tratta, dunque, di una fattispecie non negoziale alla quale si ricollegano gli effetti di una fattispecie negoziale. Le due fattispecie hanno in comune un elemento oggettivo, costituito dall'essere entrambe dirette alla cura di un interesse altrui. Ma data la diversità esistente tra lo schema strutturale del mandato e quello della gestione di affari altrui, gli effetti che discendono dall'uno e dall'altro non sono identici, per le inevitabili resistenze e reazioni derivanti dalla rispettiva struttura delle due fattispecie. Gli effetti prodotti dalla gestione di affari altrui sono analoghi, vale a dire parzialmente ma non totalmente identici, a quelli derivanti dal mandato.

Da quanto precede si ricava quindi abbastanza chiaramente che non sono in concreto applicabili alla gestione di affari altrui quelle norme, dettate per la disciplina del mandato, che trovano la loro unica ragion d'essere nell'elemento o negli elementi che diversificano queste due fattispecie in ordine alla loro struttura; mentre, al contrario, sono applicabili quelle norme che si pongono in funzione dell'elemento oggettivo comune, che costituisce la base dell'analogia funzionale⁸⁶¹.

Tale analogia comporta l'applicazione alla *negotiorum gestio* di quelle norme del mandato che obbligano il gestore a svolgere la gestione con la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1710 c.c.) e a rendere il conto al *dominus*, rimettendogli ogni cosa ricevuta a causa della gestione (art. 1713 c.c.). Non vi è dubbio che una gestione mal condotta, al pari di una gestione abbandonata, è destinata a recare danno al *dominus*. Di qui la necessità non solo di imporre al gestore di continuare e condurre a termine la gestione intrapresa, ma anche di usare la diligenza del buon padre di famiglia nell'espletamento della gestione stessa. L'obbligo di diligenza e l'obbligo di continuare la gestione concorrono al raggiungimento del fine cui è preposto l'istituto della gestione.

L'obbligo di rendere conto al *dominus* e di rimettergli ogni cosa ricevuta dalla gestione si giustificano in ragione dell'appartenenza al *dominus* dell'affare che forma oggetto dell'attività gestoria, vale a dire al carattere alieno della gestione, dal quale scaturisce necessariamente che tutto ciò che si riferisce alla gestione deve essere riversato nella sfera giuridica di quel soggetto⁸⁶².

Gli obblighi del *dominus* sono sanciti dall'art. 2031 c.c., che impone a costui di adempiere le obbligazioni assunte dal gestore in nome di lui, di tenere indenne il gestore

⁸⁶¹ S. Ferrari, *Gestione di affari altrui*, cit.

⁸⁶² S. Ferrari, *Gestione di affari altrui*, cit.

dalle obbligazioni assunte in nome proprio e di rimborsargli, infine, tutte le spese necessarie o utili, con interessi dal giorno in cui le spese stesse sono state fatte. Il carattere alieno della gestione comporta che non soltanto gli effetti attivi, ma anche gli effetti passivi e gli oneri di essa debbano essere riversati nella sfera giuridica del *dominus*, interessato all'affare.

La gestione di affari altrui, oltre a dar vita ad un rapporto interno fra gestore e *dominus*, può produrre anche effetti rappresentativi (art. 2031), integrando un'ipotesi particolare di rappresentanza *ex lege*: quando il gestore agisce in nome dell'interessato, la gestione si definisce rappresentativa e l'atto stipulato dal gestore produce effetti direttamente nella sfera giuridica del soggetto gerito. Il potere rappresentativo del gestore non deriva da un atto negoziale, ma direttamente dalla legge.

Nella gestione non rappresentativa, invece, il gestore agisce per conto del titolare dell'affare, ma assume obblighi e acquista diritti in nome proprio nei confronti dei terzi, i quali, pertanto, non entrano in rapporto con l'interessato. L'art. 2031 c.c. dà rilevanza alla distinzione tra le due forme di gestione, imponendo all'interessato di adempiere le obbligazioni assunte dal gestore in suo nome e di indennizzare il gestore stesso da quelle assunte in nome proprio (cioè, in nome del gestore), ma per conto del gerito.

Nella gestione non rappresentativa, il gestore che agisce in nome proprio acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi. Sono evidenti, di conseguenza, i punti di contatto con la figura del mandato senza rappresentanza. Tale analogia consente di affermare che, quando la gestione abbia portato all'acquisto di crediti o di beni mobili, possono trovare applicazione le norme che consentono al mandante di sostituirsi al mandatario nell'esercizio dei diritti di credito (art. 1705, comma 2, c.c.), o di rivendicare le cose mobili acquistate per suo conto (art. 1706 c.c.). Se le cose acquistate dal gestore sono beni immobili o mobili registrati, sorge l'obbligo in capo al gestore di ritrasferirli al gerito. Si discute se tale obbligo sia suscettibile, in virtù dell'art. 1706, comma 2, c.c., di esecuzione forzata in forma specifica, posto che l'art. 2932 c.c. presuppone che l'obbligo da eseguire risulti in forma scritta. Al riguardo, la giurisprudenza si è espressa in senso favorevole, ritenendo applicabile l'art. 2932 c.c. alla *negotiorum gestio* senza rappresentanza, purché l'interessato ratifichi gli eventuali negozi dispositivi posti dal gestore in nome proprio.

L'interessato può anche ratificare l'operato del gestore. L'art. 2032 c.c. stabilisce che la ratifica produce, relativamente alla gestione, gli effetti che sarebbero derivati da un mandato. La ratifica, dunque, non aggiunge nulla ad una gestione già perfetta: il gestore è infatti già di per sé soggetto alle stesse obbligazioni del mandatario (art. 2030 c.c.). Essa, invece, assume rilevanza nei casi di gestione imperfetta, cioè quella priva di uno dei requisiti prescritti dalla legge. L'art. 2032 c.c. fa espresso riferimento alla gestione effettuata senza *animus aliena negotia gerendi*, ma per comune ammissione l'istituto della ratifica può trovare applicazione anche in caso di carenza di uno qualsiasi degli altri requisiti di legge. In mancanza di essi, il *dominus* può sempre ratificare l'operato del gestore. La ratifica fa discendere dalla gestione gli stessi effetti che deriverebbero da un mandato con rappresentanza o senza rappresentanza, a seconda che il gestore abbia speso il nome del *dominus* o abbia agito in nome proprio.

La ratifica ha effetto retroattivo, ma, in conformità ai principi generali, sono fatti salvi i diritti acquistati dai terzi in buona fede sul bene oggetto della gestione.