

Dal Capitolo I – Sezione II

1.4. I principi generali del diritto

Nell'ambito della teoria generale del diritto **si suole distinguere** -all'interno del **genus delle norme giuridiche-** tra **regole e principi**¹.

Le regole sono statuizioni **precise** -compatibilmente con il dato di fatto che una certa vaghezza semantica è predicato ineliminabile di ogni *dictum* giuridico- come tali suscettibili di applicazione autonoma e diretta, mentre **i principi** si connotano per la loro genericità, che rende necessario un ulteriore *dictum* attuativo, perché espressivi **di valori generali, piuttosto che di scelte puntuali**.

In un'ottica "circolare" si può affermare che i principi costituiscono, per un verso, il fondamento valoriale delle regole e, per altro verso, il "precipitato sistematico e riassuntivo" delle stesse, questo perché -oltre che essere enunciati da norme espresse (si pensi, ad esempio, all'art. 1375 c.c., che enuncia il canone di buona fede)- i principi possono essere ricavati da un'analisi complessiva e sistematica delle regole ordinarie.

Quanto alla **collocazione dei principi nella sistematica delle fonti del diritto**, è necessario distinguere tra **principi costituzionali** (cui ora si affiancano i principi del diritto europeo), altresì detti "fondamentali", e **principi di rango legislativo**, sovente denominati "generali". Mentre **i principi costituzionali**, essendo previsti da (o quanto meno riconducibili a) norme costituzionali, **si impongono (anche) al legislatore**, viceversa **i principi legislativi possono essere derogati e abrogati da norme di legge** (si pensi al principio di irretroattività normativa, pacificamente considerato derogabile al di fuori della materia penale).

Pertanto in fase applicativa è **necessario, prima di tutto, accertare il rango del principio che si sta esaminando** e al riguardo può, in via generale, affermarsi che se un principio è dettato da una norma espressa il suo rango nel sistema delle fonti è lo stesso della norma che lo contiene, anche se tale criterio di base lascia aperti alcuni **problemi applicativi**.

In primo luogo, può accadere che, pur essendo il principio previsto (solo) da una norma di rango primario e non (anche) a livello costituzionale, il diritto vivente finisca per attribuirgli, comunque, "copertura costituzionale", considerandolo strumentale all'affermazione di valori costituzionalmente rilevanti. Si pensi, ad esempio, al canone di buona fede, il quale -pur non essendo espressamente previsto dalla Costituzione e risultando affermato a livello primario- è stato "ricondotto" al principio di solidarietà sociale di cui all'art 2 della Carta.

In secondo luogo, può accadere che un principio, ancorché non espressamente sancito da alcuna norma, sia ricavabile dall'analisi sistematica, il che, però, comporta delle intuibili difficoltà nell'individuazione del suo rango precettivo. Si pensi, ad esempio, al principio di tassatività delle cause di invalidità del contratto.

In terzo luogo, un principio opera spesso -non già autonomamente, bensì- in rapporto dialettico con altri principi potenzialmente confliggenti, con la conseguente necessità di operare un congruo bilanciamento. Si pensi, ad esempio, ai delicati rapporti tra il principio di affidamento e il principio di relatività degli effetti giuridici del contratto ovvero, ancora, all'art. 41 della Costituzione, laddove attribuisce al legislatore il compito di contemperare la libertà di iniziativa economica (*id est* l'autonomia negoziale) e l'utilità sociale.

¹ Il presente paragrafo trae spunto dall'opera di Riccardo Guastini, Interpretare e argomentare, 2011, ed. Giuffrè.

Infine è importante sottolineare il fatto che **-seppur contrastanti con un principio generale, persino se di rango costituzionale- le norme di legge devono trovare applicazione sino alla loro dichiarazione di illegittimità da parte della Consulta².**

Nel settore del diritto civile ciò si traduce nel fatto che una norma primaria, anche se in contrasto con un principio fondante, ad esempio quello di autonomia negoziale, rende, comunque, invalido il regolamento contrattuale in contrasto con la norma stessa, fermo restando il potere/dovere del giudice di rimettere la questione alla Corte Costituzionale. A ciò consegue che in diritto civile **il ruolo concreto dei principi generali** è essenzialmente quello di **colmare lacune ordinamentali**, secondo quanto espressamente previsto dall'art. 12, comma 2, delle Preleggi (c.d. *analogia iuris*), nonché di **indirizzare l'interpretazione delle regole normative o contrattuali**: non a caso le norme generali sull'interpretazione del contratto richiamano espressamente alcuni dei principi generali del diritto civile, come quello di conservazione negoziale e quello di buona fede.

Nel settore pubblicistico i principi generali svolgono una funzione ancora più intensa, dovendo **l'amministrazione tenerne conto quando è chiamata a esercitare un potere discrezionale**. Così, ad esempio, nell'individuare discrezionalmente la misura da imporre al privato per eliminare una determinata situazione di pericolo ambientale, l'amministrazione, alla luce del principio di proporzionalità, deve scegliere - tra le varie misure possibili ed efficaci- quella meno afflittiva e dispendiosa per i privati coinvolti.

Dal Capitolo III – Sezione V

2.3.4. I nuovi principi generali in materia di appalti pubblici

La discrezionalità, specialmente tecnica, gioca un ruolo di indubbia importanza nel settore dei contratti pubblici, l'affidamento dei quali implica spesso complesse valutazioni di carattere tecnico.

Il nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. n. 36/2023, **dedica la parte introduttiva proprio all'enucleazione dei principi generali che presiedono alla materia**. Si tratta di una novità, posto che il codice precedente non conteneva analoga elencazione, limitandosi a richiamare i principi generali dell'azione amministrativa di derivazione costituzionale e unionale, con rinvio dinamico a quanto previsto in materia dalla legge generale sul procedimento amministrativo.

Contrariamente al d.lgs. 50/2016, dunque, il nuovo codice individua e definisce ben **dieci principi generali** in materia di contratti pubblici³ e **affida a tre di questi -il principio del risultato, il principio della fiducia e il principio dell'accesso al mercato- un ruolo sistematico particolarmente pregnante**, alla luce di quanto previsto dall'**art. 4**, secondo cui *“Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3”*, che sono, appunto, i tre sopra citati.

Tale precisazione normativa potrebbe suonare pleonastica, visto il ruolo attribuito indistintamente

² Si veda in tal senso, da ultimo, Corte Costituzionale 2 febbraio 2022, n. 26.

Fermo restando, però, che, sino a quando il suo tenore testuale lo consenta, alla norma di legge dovrà essere fornita un'interpretazione quanto più possibile “costituzionalmente orientata”.

³ Si tratta, in particolare, dei principi di risultato, fiducia, accesso al mercato, buona fede e tutela dell'affidamento, solidarietà e sussidiarietà orizzontale, auto-organizzazione amministrativa, autonomia negoziale, conservazione dell'equilibrio contrattuale, tassatività delle cause di esclusione, applicazione dei contratti collettivi di lavoro.

a tutti i principi generali dell'ordinamento, anche in settori diversi dalla contrattualistica pubblica, che è quello di porsi quali criteri fondanti dell'ermeneutica giuridica, soprattutto sistematica, e quali direttrici delle scelte discrezionali della pubblica amministrazione (si veda, sul punto, quanto evidenziato nel primo Capitolo nel trattare dei principi generali).

Tuttavia, la riportata locuzione normativa resta significativa espressione dell'intento normativo di attribuire **ai tre principi sopra citati un ruolo chiave**, il che emerge **con particolare evidenza per il principio del risultato**, che l'art. 1 del codice definisce come la *“esecuzione della prestazione del contratto... con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza”*. Assume, dunque, particolare importanza **la tempestività dell'esecuzione**, intesa quale presupposto di un buon risultato dell'azione amministrativa, non meno della stessa esecuzione qualitativamente corretta della prestazione. Del resto, la tempestività dell'azione amministrativa è da sempre ascritta al novero del buon andamento, concetto cui il comma 3 dell'art. 1 del nuovo codice riconduce lo stesso principio del risultato, affermando che *“Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea”*.

A ulteriore conferma della particolare importanza di tale aspetto si pone anche **il disposto dell'art. 17, comma 3**, secondo cui *“il superamento dei termini (si intende quello previsto per la conclusione della selezione: n.d.a.) costituisce silenzio inadempimento”*. Per questa ragione -consacrando un meccanismo che già si era affacciato in giurisprudenza- **il legislatore consente ora espressamente di proporre ricorso ai sensi degli artt. 31 e 117 del c.p.a.** a fronte della violazione del termine di conclusione del procedimento di gara, ad esempio per mancata stipulazione del contratto dopo l'aggiudicazione, permettendo all'interessato di chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere e la condanna della stessa a fare ciò entro un dato termine, con possibile nomina di un commissario *ad acta* e richiesta di risarcimento del danno da ritardo.

L'importanza centrale attribuita dal legislatore al principio del risultato trova, poi, affermazione in termini generali ed espressi **al comma 4 dell'art. 1**, secondo cui *“Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva”*⁴.

Inoltre, il principio del risultato, questa volta assieme ai principi di fiducia e di accesso al mercato, opera in relazione ai contratti cui non trovano applicazione le disposizioni del nuovo codice, cioè i contratti esclusi, i contratti attivi e i contratti a titolo gratuito (art. 13, comma 2), nonché per gli appalti pre-commerciali (art. 135, comma 2) e per la selezione del socio privato nelle società a partecipazione pubblica (art. 174, comma 4). Allo stesso modo, l'art. 76, comma 1, estende l'operatività dei tre principi agli affidamenti di appalti pubblici mediante procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara. Così come l'art. 119 consente alle stazioni appaltanti di individuare -in applicazione dei principi di risultato, fiducia, accesso al mercato e alla luce delle specifiche caratteristiche dell'appalto- talune prestazioni o lavorazioni da considerare non subappaltabili.

Quanto ai profili discrezionali su cui i nuovi principi sono destinati a operare concretamente,

⁴ In sede di relazione al testo del codice il Consiglio di Stato ha chiarito che il risultato rappresenta *“l'interesse pubblico primario del codice, come finalità principale che stazioni appaltanti ed enti concedenti devono sempre assumere nell'esercizio delle loro attività”* mentre l'art.1 qualifica il principio del risultato quale *“criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto”*.

uno di essi è certamente rappresentato dalla **scelta della procedura da adottare** (che può essere aperta, ristretta, competitiva con negoziazione, dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione, adesione a CONSIP, riuso in caso di acquisto di programmi informatici, concessione o partenariato pubblico privato, affidamento del terzo settore, collaborazione con altre amministrazioni), posto che l'art. 70 del codice, elencando in modo congiunto tutte le procedure astrattamente utilizzabili, lascia alla stazione appaltante il compito di scegliere discrezionalmente quella maggiormente idonea nel caso concreto. Ciò segna **l'abbandono dei previgenti limiti all'utilizzo generalizzato di procedure altamente discrezionali di scelta del contraente**, quali la procedura competitiva con negoziazione e l'appalto integrato. Addirittura il legislatore consente oggi di utilizzare -in alternativa rispetto a una procedura concorrenziale- un affidamento del terzo settore, ovviamente sulla scorta di idonea motivazione incentrata soprattutto sul principio del risultato.

Così come, a monte, **il principio di autorganizzazione amministrativa**, ora codificato all'art. 7, consente alle pubbliche amministrazioni di scegliere discrezionalmente tra autoproduzione (cioè attività in economia diretta o tramite società *in house*), esternalizzazione mediante appalti o affidamenti del terzo settore e cooperazione tra pubbliche amministrazioni per l'erogazione di una prestazione.

Dal Capitolo IV – Sezione II

2.9. L'azione di cui all'art. 2932 c.c. e l'attività amministrativa

Nei rapporti negoziali di cui è parte una pubblica amministrazione l'applicazione delle regole civilistiche implica spesso **problemi di coordinamento con gli eventuali poteri autoritativi della parte pubblica** e ciò emerge anche con riferimento all'azione prevista dall'art. 2932 c.c.

La questione si pone diversamente a seconda del tipo di attività amministrativa concretamente implicata, dovendosi perciò **distinguere i tre settori**⁵ cui già si è fatto riferimento nel terzo Capitolo.

Il primo settore è quello dell'**attività privatistica in senso stretto della pubblica amministrazione**, ove quest'ultima non dispone di poteri autoritativi e, quindi, non emergono ostacoli di sorta all'utilizzo del rimedio di cui all'art. 2932 c.c. nell'ipotesi in cui una delle parti -sia essa quella pubblica o quella privata- abbia assunto un obbligo di contrarre e non vi adempia⁶.

Il secondo settore è quello dell'**attività negoziale a oggetto pubblico**, che come si è avuto modo di illustrare nel terzo Capitolo si configura quando la pubblica amministrazione utilizza moduli convenzionali per l'esercizio "negoziato" di poteri autoritativi, stipulando con il privato appositi accordi procedimentali, detti "a oggetto pubblico", che sostituiscono (o predeterminano nel contenuto) il provvedimento autoritativo.

In quest'ambito **l'azione ex art. 2932 c.c. non può essere utilizzata dal privato nei confronti dell'amministrazione**, al fine di ottenere una pronuncia costitutiva equivalente all'accordo a oggetto pubblico, e questo per la semplice ragione che l'amministrazione non può considerarsi *stricto sensu* obbligata a concluderlo -neppure dopo che abbia adottato l'apposita deliberazione autorizzativa alla

⁵ Cfr. G.P. Cirillo, op. cit., pag. 152.

⁶ Si pensi, ad esempio, a un preliminare di locazione su bene immobile appartenente al patrimonio disponibile di un comune.

stipula- perché conserva il potere di ritirare in autotutela la deliberazione stessa (vedi il terzo Capitolo, nella parte relativa agli accordi a oggetto pubblico). **Discorso analogo vale anche dopo la stipula dell'accordo a oggetto pubblico**, ove l'amministrazione -per espressa previsione dell'art. 11, della legge n. 241/1990- conserva la possibilità di recedere dallo stesso per ragioni di pubblico interesse, il che ugualmente non consente di configurare un vero e proprio obbligo a contrarre discendente dall'accordo. In questo settore, dunque, l'unico spazio di operatività dell'art. 2932 c.c. può emergere nei casi in cui l'accordo a oggetto pubblico obblighi a contrarre la parte privata, come nell'esempio paradigmatico delle convenzioni di lottizzazione (e urbanistiche in genere), ove sono previsti obblighi di cessione alla parte pubblica di aree private destinate a *standard* (vedi l'ottavo Capitolo). Sarà, allora, **la parte pubblica a poter agire ai sensi dell'art. 2932 c.c.**, chiedendo al giudice di adottare una sentenza con effetti equivalenti alla cessione prefigurata nell'accordo, come espressamente riconosciuto dalla Cassazione⁷, secondo cui negli ambiti di giurisdizione esclusiva (tra cui l'urbanistica/edilizia) l'amministrazione, sussistendone i generali presupposti, può esperire l'*actio* ex art. 2932 c.c. di fronte al giudice amministrativo, non essendo di ostacolo la mancata previsione espressa del rimedio nel codice del processo amministrativo in quanto l'effettività della tutela giurisdizionale presuppone l'atipicità dei relativi strumenti, come si desume dall'art. 7 del c.p.a. (vedi il nono Capitolo), così da assicurare ai diritti soggettivi *"la stessa intensità di protezione garantita davanti al giudice ordinario; il che vuol dire, quindi, le medesime azioni"*, in omaggio ai principi di effettività della tutela (art. 1 c.p.a.), giusto processo (art. 111 Cost. e 2 c.p.a.) e diritto di difesa (artt. 24 Cost. e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea).

Il terzo settore dell'attività amministrativa è quello delle **procedure a evidenza pubblica**, prima di tutte le gare d'appalto.

In tale contesto -a differenza che nelle ipotesi di accordi a oggetto pubblico, ove l'atto consensuale compenetra il procedimento amministrativo- si verifica un chiaro iato temporale e strutturale tra i due modi di manifestarsi dell'*agere* pubblico, giacché **nella prima fase a evidenza pubblica**, finalizzata all'individuazione del contraente, il rapporto è a tutti gli effetti di natura pubblicistica, tanto da compendiarsi in un procedimento amministrativo ove la stazione appaltante esercita poteri autoritativi, mentre nella **seconda fase**, che comincia dalla stipula del contratto e attiene essenzialmente alla sua esecuzione, il rapporto si configura in termini paritetici.

L'esperibilità del rimedio di cui all'**art. 2932 c.c.** è, **però, da escludere** -anche se per motivi diversi- in **entrambe le fasi**.

Nella fase precedente alla stipula del contratto l'esercizio del rimedio da parte dell'aggiudicatario trova ostacolo nel persistente potere di reintervento pubblicistico riconosciuto all'amministrazione (vedi *infra*), che impedisce di configurare a suo carico un vero e proprio obbligo a contrarre, tanto è vero che **l'art. 18, comma 5, del nuovo codice approvato con d.lgs. n. 36/2023** prevede espressamente che *"5. Se la stipula del contratto non avviene nel termine per fatto della stazione appaltante o dell'ente concedente,*

⁷ Cfr. Cassazione civile, Sezioni Unite, 9 marzo 2015, n. 4683, secondo cui *"A fronte dell'inadempimento dell'obbligo di concludere una convenzione riconducibile agli accordi procedurali sostitutivi/integrativi di cui all'art. 11 l. n. 241 del 1990, l'Amministrazione può chiedere al giudice amministrativo di pronunciare una sentenza costitutiva ai sensi dell'art. 2932 c.c. (nella specie, l'obbligo da eseguire aveva ad oggetto il trasferimento gratuito di alcune aree a favore della pubblica amministrazione, in esecuzione di una convenzione che prevedeva l'assegnazione al privato di terreni per scopi di edificazione e urbanizzazione di aree in parte di proprietà del privato stesso ed in parte da espropriare). Qualora il privato abbia sottoscritto un atto d'obbligo per il trasferimento di aree alla pubblica amministrazione nell'ambito di un accordo di urbanizzazione, il giudice amministrativo può emettere la sentenza costitutiva ex art. 2932 cod. civ., pur non espressamente contemplata dagli artt. 29 e 30 c.p.a., sia perché, a norma degli artt. 24, 103, 111 e 113 Cost., il giudice amministrativo, nelle controversie rimesse alla sua giurisdizione esclusiva, può erogare ogni forma di tutela del diritto soggettivo, sia perché, a norma degli artt. 11 e 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, agli accordi provvedimentali si applicano "i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti"*.

l'aggiudicatario può farne constatare il silenzio inadempimento o, in alternativa, può sciogliersi da ogni vincolo mediante atto notificato. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali". Pertanto il privato potrà esercitare **i seguenti strumenti di tutela alternativi**: - nel caso l'amministrazione manifesti il rifiuto di contrarre con provvedimento espresso (a seconda dei casi, di annullamento, revoca o sospensione dell'aggiudicazione) l'interessato potrà chiederne l'annullamento; - in caso di mera inerzia della stazione appaltante l'interessato potrà esercitare l'azione di silenzio inadempimento prevista dall'art. 31 c.p.a. ovvero recedere dal contratto; - in caso di perdurante inadempimento all'esito di tali azioni di cognizione, l'interessato potrà agire in ottemperanza per ottenere, tramite commissario *ad acta*, la stipula forzata del contratto di appalto; - in caso di danni residui, infine, potrà sempre esercitare l'azione di risarcimento per equivalente, tanto è vero che, **ai sensi del successivo comma 7 dello stesso art. 18 del codice dei contratti**, *"La mancata o tardiva stipula del contratto al di fuori delle ipotesi di cui ai commi 5 e 6 costituisce violazione del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso"*.

Va precisato, inoltre, che in **questa fase è da escludersi anche l'utilizzo dell'art. 2932 c.c. da parte della stazione appaltante**, come pure si sarebbe potuto ipotizzare, avendo la giurisprudenza amministrativa escluso questa possibilità per gli evidenti rischi connessi all'instaurazione forzata di un rapporto di appalto pubblico, la quale implicherebbe l'affidamento della relativa prestazione a soggetto privato che ha dimostrato di non avere interesse alla sua esecuzione, tanto è vero che il codice dei contratti pubblici contempla -quale diverso rimedio a tutela della stazione appaltante in caso di mancata costituzione della cauzione definitiva (propedeutica alla stipula del contratto di appalto: art. 117, comma 6, del d.lgs. n. 36/2023)- *"la decadenza dell'affidamento e l'acquisizione della cauzione provvisoria presentata in sede di offerta da parte della stazione appaltante"* (art. 117, comma 6, d.lgs. n. 36/2023)⁸.

⁸ Questo principio è stato dapprima affermato da Consiglio di Stato, Sezione V, 15 aprile 2013, n. 2061 e da T.A.R. Trento, 26 settembre 2014, n. 333: in quest'ultima sentenza -peraltro pronunciata nella vigenza della vecchia disciplina recata dal d.lgs. n. 163/2006, ove l'incameramento della cauzione provvisoria era collegato, invece che alla mancata costituzione della garanzia definitiva, alla mancata sottoscrizione del contratto (ma il discorso sostanzialmente non cambia)- si legge che *"oltre a svolgere la funzione di garantire la serietà dell'offerta, sicché ove l'aggiudicatario non stipuli il contratto decade dall'aggiudicazione e la stessa cauzione viene incamerata dall'appaltante, si configura come caparra confirmatoria, e non come clausola penale o come pegno irregolare; conseguentemente (...) al contraente beneficiario è consentito, non solo di incamerare immediatamente le somme oggetto della cauzione, ma anche di richiedere il risarcimento del maggior danno da inadempimento"*. Sulla questione è poi intervenuto, ribadendo la medesima impostazione ma con alcune precisazioni a maggior tutela della stazione appaltante, Consiglio di Stato, Sez. III, 31 agosto 2016, ove si legge che **"1. In sede di giurisdizione amministrativa esclusiva, l'Amministrazione pubblica ben può agire con un ricorso, a tutela di un proprio diritto soggettivo. 2. Il nostro ordinamento non conosce materie "a giurisdizione frazionata", in funzione della differente soggettività dei contendenti. Elementari ragioni di coerenza e di parità di trattamento esigono, infatti, che l'amministrazione possa avvalersi della concentrazione delle tutele che è propria della giurisdizione esclusiva e che quindi le sia riconosciuta la legittimazione attiva per convenire la parte privata avanti il giudice amministrativo. 3. Già nel vigore della legge sulla contabilità di Stato, la "cauzione provvisoria" aveva "natura di garanzia" e non poteva essere considerata una "caparra penitenziale" (la quale presuppone che le parti si siano riservate il diritto di recesso dal contratto): nel caso di mancata stipula del contratto da parte dell'aggiudicatario, l'Amministrazione poteva incamerare la cauzione provvisoria, salva la sua possibilità di ottenere il risarcimento del maggior danno effettivo. Pertanto, quando l'aggiudicatario di una gara pubblica senza giustificazione non stipula il contratto, non rilevano le discussioni concernenti la natura della sua responsabilità, il danno risarcibile è quello conseguente alle spese di indizione di una nuova gara (se non vi sono stati altri partecipanti) ovvero quello conseguente ai maggiori esborsi di denaro, conseguenti alla aggiudicazione disposta in base allo scorrimento. 4. La stazione appaltante può ottenere il risarcimento del danno effettivo per il caso di mancata stipula dell'aggiudicatario, pur se esso ecceda l'importo della cauzione provvisoria. 5. Va accolta la domanda di risarcimento del danno avanzata dalla stazione appaltante nei confronti dell'impresa aggiudicataria, ove quest'ultima, all'esito vittorioso della gara, abbia opposto un ingiustificato rifiuto, rispetto alla richiesta della pubblica amministrazione, di stipulare il contratto di appalto; in tal caso, infatti, sussiste un fatto illecito direttamente imputabile al vincitore della procedura di evidenza pubblica. 6. In tema di risarcimento del danno subito dalla pubblica amministrazione, in conseguenza dell'ingiustificato rifiuto dell'impresa aggiudicataria di stipulare il contratto di appalto, deve ritenersi che, nonostante il bando di gara non abbia previsto né il versamento di una cauzione provvisoria, né la presentazione di una**

Quanto, infine, alla **fase successiva alla stipula del contratto di appalto**, ove entrambe le parti sono avvinte da veri e propri diritti e obblighi di stampo civilistico, non vi è, comunque, spazio per ricorrere all'art. 2932 c.c. in quanto il contratto di appalto contempla solo prestazioni materiali di *facere* e non l'obbligo di stipulare ulteriori contratti⁹, per cui difetta il basilare presupposto giuridico richiesto dall'art. 2932 c.c., cioè l'obbligo giuridico di contrarre.

Dal Capitolo V – Sezione I

2.2. Il negozio indiretto

2.2.1. La figura in generale

Si parla di negozio indiretto -figura di origine dottrinale- nelle ipotesi in cui **un tipo negoziale (“negozio mezzo”)** è **utilizzato per ottenere un risultato diverso da quello suo proprio (“negozio fine”)**¹⁰, attraverso l'inserimento di una clausola “deviante” che -a differenza di quanto accade nel negozio misto- non è riconducibile a un altro tipo negoziale specifico.

Si pensi agli esempi:

- del **mandato irrevocabile** a riscuotere una somma senza obbligo di rendiconto per il mandatario, che nella sostanza realizza un'attribuzione patrimoniale in favore di quest'ultimo;

“garanzia a prima richiesta”, la stazione appaltante ben può chiedere, nei confronti del vincitore della gara, il risarcimento dei danni conseguenti alla mancata stipula del contratto di appalto” (massima tratta da Lexitalia.it).

⁹ Tanto è vero che nelle opposte evenienze di procedure selettive sfocianti in veri e propri “obblighi a contrarre” la giurisprudenza si è, invece, mostrata propensa ad applicare l'art 2932 c.c.; tipico, al riguardo, il settore degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, sul quale si richiama Cassazione civile, Sez. I, 20 marzo 2015, n. 5689, con cui la Corte ha affermato che *“Laddove il procedimento attivato con la presentazione della domanda di riscatto si concluda con l'accettazione e la comunicazione del prezzo da parte dell'amministrazione- l'assegnatario in locazione, in mancanza di fatti impeditivi sopravvenuti (come la decadenza o la revoca dell'assegnazione), diviene titolare di un diritto soggettivo alla stipula del contratto di compravendita, suscettibile di esecuzione forzata in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 cod. civ.”*, mentre, *“laddove l'amministrazione non abbia comunicato l'accettazione della domanda di riscatto e l'indicazione del relativo prezzo di acquisto, non sorge alcun diritto quand'anche la legge indichi già i criteri per la determinazione del prezzo sulla base di parametri vincolanti, giacché, in tal caso, non può ritenersi venuta meno la discrezionalità tecnica dell'amministrazione nella valutazione della sussistenza dei presupposti per l'accoglimento della domanda”*; in sostanza la teorica persistenza di poteri pubblicistici dopo l'accettazione della domanda di riscatto non è qui considerata ostativa all'esercizio dell'azione di cui all'art. 2932 c.c., a meno che la pubblica amministrazione non abbia concretamente esercitato quegli stessi poteri, trasformando la posizione soggettiva del privato da “diritto soggettivo al contratto” in semplice interesse legittimo”; altro settore di interesse è quello delle procedure per la dismissione degli immobili appartenenti allo Stato e agli enti pubblici (disciplinate dal d.l. 25 settembre 2001 n. 351, convertito dalla legge 23 novembre 2001 n. 410), sul quale la recente pronuncia della Cassazione, a Sezioni Unite, 25 marzo 2016, n. 6023, ha affermato che *“Qualora l'ente previdenziale, nella sua qualità di gestore dell'operazione, abbia comunicato al conduttore dell'immobile oggetto di cartolarizzazione (cui l'articolo 3 del citato decreto legge riconosce sia un diritto di opzione sia un diritto di prelazione) una proposta di vendita con indicazione del relativo prezzo, e tale proposta sia stata tempestivamente accettata dall'oblatore, deve ritenersi che tra le parti (istituto previdenziale gestore e conduttore dell'immobile) si sia perfezionato un vero e proprio contratto preliminare di compravendita, per effetto del quale sorge il diritto soggettivo in capo all'accettante di conseguire a fronte del rifiuto di stipulare il definitivo una sentenza costitutiva che produca gli effetti del contratto non concluso (ai sensi dell'art. 2932 c.c.). La giurisdizione su tale controversia, non involgendo alcun potere discrezionale della pubblica amministrazione, spetta al giudice ordinario”*.

¹⁰ Cfr., *ex multis*, Gazzoni, op. cit, pag. 802.

- **del negozio fiduciario**, ove l'inserimento del *pactum fiduciae* comporta una deviazione dalla normale finalità traslativa della vendita, trasformandola in strumento di garanzia o di collaborazione (vedi il quarto Capitolo);
- della **vendita a prezzo simbolico**, per i romani “vendita *nummo uno*”, ove l'importo insignificante del corrispettivo converte la funzione propria della vendita in quella della donazione, se sussiste l'intento di liberalità;
- della **vendita a prezzo vile**, per i romani mista *cum donatione*, caratterizzata da un prezzo significativamente inferiore al valore di mercato del bene, anche se non insignificante (ad esempio, 1/3 del valore di mercato), ove alla funzione della compravendita si affianca una finalità liberale o di altro tipo¹¹.

Si afferma **tradizionalmente** che questo “**fine anomalo rispetto al tipo**” resti esterno alla causa negoziale, senza modificarla in modo giuridicamente rilevante, tanto è vero che **la disciplina applicabile al negozio indiretto è quella prevista dalla legge per il negozio mezzo**, cioè per il tipo negoziale formalmente utilizzato.

Quest'affermazione deve essere, però, precisata.

L'approccio ermeneutico basato sulla **causa in concreto** impone, infatti, **di valorizzare il reale assetto teleologico/funzionale del negozio indiretto**, come quello di tutte le figure negoziali¹², e questo -non già per mero esercizio intellettuale, bensì- per verificare se la causa in concreto sia **lecita o meno**, nonché per ricostruire compiutamente **la disciplina applicabile alla fattispecie**.

In quest'ottica la disciplina dovrebbe essere quella del negozio fine, invece che quella del negozio mezzo, tanto è vero che una **parte della dottrina nega in apice la stessa utilità sistematica della figura del negozio indiretto**, considerandola incapace di portare risultati proficui nella ricostruzione della disciplina applicabile¹³.

Ma questa critica pur cogliendo un aspetto di verità, prova troppo.

Difatti, **secondo la tesi prevalente** (a giudizio di chi scrive preferibile):

- in riferimento al **negozio mezzo** (tipo legale utilizzato dalle parti) si individuano i **requisiti formali** dell'atto negoziale¹⁴, che, pertanto, sono quelli normativamente previsti per il tipo legale utilizzato;
- in riferimento al **negozio fine**, invece, si individua **la disciplina sostanziale del rapporto**, necessariamente coerente con i risultati dell'analisi funzionale in concreto.

¹¹ Non rientra, invece, nella figura del negozio indiretto l'ipotesi in cui le parti utilizzino uno schema negoziale a causa neutra, come, ad esempio, il contratto a favore di terzi, ove, infatti, per definizione, lo schema utilizzato non è un tipo negoziale causalmente definito dal legislatore -come può essere, invece, il “tipo compravendita”, identificato da una certa portata causale/effettuale (scambio di un bene contro un prezzo)- per cui non è dato riscontrare alcuna deviazione casuale proprio in considerazione dell'ontologica “elasticità funzionale” del tipo utilizzato.

¹² Cfr. Bianca, op. cit., pag. 486.

¹³ In altre parole, l'ormai predominante teoria della causa in concreto tende inevitabilmente a “sovrapporsi” alla figura del negozio indiretto.

¹⁴ Ad esempio, se il tipo utilizzato è la compravendita immobiliare, la forma richiesta *ad substantiam* è quella scritta non pubblica, ai sensi dell'art. 1350 c.c., anche se la causa in concreto dell'affare è donativa (ad esempio, per l'irrisorietà del prezzo), cui dovrebbe teoricamente ricollegarsi il necessario utilizzo della forma pubblica.

Sotto il profilo sistematico **la ratio di tale impostazione**, che determina una peculiare divaricazione tra regole sulla forma e regole sul funzionamento sostanziale del rapporto, è individuata nei **principi di certezza dei rapporti negoziali e di tutela dell'affidamento**, in virtù dei quali se le parti utilizzano un tipo negoziale espressamente contemplato dal legislatore è necessario che l'atto resti soggetto -pur a fronte della sua deviazione causale- alle regole formali che lo stesso legislatore ha dettato per quel tipo, così da evitare incertezze e conseguenti ostacoli al normale sviluppo dei traffici giuridici. Si pensi, ad esempio, al caso della vendita mista a donazione, la quale è ritenuta soggetta alle (sole) regole formali dettate per il contratto di vendita -invece che a quelle più solenni della donazione- al fine di evitare pregiudizi all'affidamento dei terzi (in particolare dei subacquirenti) sulla validità di un negozio stipulato, pur sempre, nel rispetto delle forme legalmente previste per la vendita, cioè per il tipo utilizzato e che risulta all'esterno¹⁵.

Infine, va evidenziato come **non sia pacifico neppure l'ambito di applicazione** del negozio indiretto rispetto alle figure "limitrofe" del negozio misto e della collegamento negoziale¹⁶.

2.2.2. *La discussa categoria delle liberalità indirette*

Una categoria di notevole interesse sistematico e che presenta **indubbi punti di contatto con la figura del negozio indiretto** -tanto che secondo alcuni interpreti si tratterebbe di una *species* dello stesso, **ma la questione non ha ancora trovato una soluzione univoca**- è quella delle liberalità (o donazioni) indirette.

Il riferimento normativo è rappresentato dall'art. 809 c.c., intitolato "*Norme sulle donazioni applicabili ad altri atti di liberalità*", con cui il legislatore ha espressamente riconosciuto la validità di **atti negoziali connotati da animus donandi ancorché diversi dal contratto di donazione in quanto strutturalmente riconducibili a un tipo legale differente**, che, a seconda dei casi, può essere "causalmente caratterizzato" (come nel caso del contratto di vendita utilizzato a fini liberali, mercé la previsione di un corrispettivo simbolico) ovvero a causa variabile (come, ad esempio, la remissione del debito e l'adempimento del terzo effettuati con *animus donandi*).

È di tutta evidenza come **l'art. 809 c.c. ridimensioni l'impatto sistematico della "rigidità formale" propria del contratto di donazione**, non essendo quest'ultimo l'unico mezzo giuridico per configurare l'*animus donandi*, che può essere attuato anche utilizzando figure negoziali sottoposte a regole formali meno stringenti.

La categoria delle donazioni indirette solleva da sempre interrogativi sistematici.

¹⁵ La logica di fondo è, dunque, per certi versi analoga a quella che connota anche la disciplina sulla simulazione negoziale (vedi il terzo Capitolo), tesa a valorizzare l'apparenza in chiave di tutela dell'affidamento.

¹⁶ Questo **per due distinte ragioni. In primo luogo** perché una parte degli interpreti ritiene che siano da ricondurre alla figura del negozio misto, invece che a quella del negozio indiretto, tutti i casi in cui nella stessa struttura negoziale convivano più cause. In quest'ottica, dunque, la vendita a prezzo vile rientra nella categoria del negozio misto realizzato "per via quantitativa", *id est* agendo su un elemento misurabile del rapporto, quale corrispettivo della vendita. **In secondo luogo** perché alcuni autori parlano di negozio indiretto anche in riferimento alle ipotesi di collegamento negoziale, considerando indiretto ciascuno dei negozi collegati perché utilizzato per uno scopo diverso da quello tipico proprio in forza del collegamento con l'altro negozio. A giudizio di chi scrive, invece, è preferibile mantenere distinte tali figure, limitando la nozione di negozio indiretto ai soli casi in cui la deviazione causale dal tipo investa un negozio singolo e strutturalmente unitario.

Il primo riguarda la disciplina applicabile, dato che l'art. 809 c.c. vi estende soltanto le norme sulla revocazione delle donazioni per causa di ingratitudine e per sopravvenienza di figli, nonché quelle sulla tutela dei legittimari¹⁷, e tale rinvio non copre certamente tutti gli aspetti rilevanti.

Per quanto riguarda la forma, è opinione consolidata¹⁸ che alle liberalità indirette si applichino le regole di forma proprie del tipo negoziale utilizzato, anziché quelle sul contratto di donazione, per cui, ad esempio, la vendita a prezzo simbolico non richiede forma pubblica. Questo perché **la funzione sistematica dell'art. 809 c.c.**, come già si è accennato, è proprio quella di permettere che l'*animus donandi* si realizzi anche in forma diversa dal contratto di donazione, consentendo il ricorso a figure negoziali meno solenni, quali, *ex multis*, il mutuo gratuito, il comodato di lunga durata, l'acquisto di un immobile da parte di Tizio con denaro fornito da Caio per spirito di liberalità, il *negotium mixtum cum donatione* e la vendita a prezzo simbolico¹⁹, così come tutti i negozi a causa neutra, ad esempio il contratto a favore di terzi, la remissione del debito, l'adempimento del terzo e la rinuncia a un diritto reale che incideva negativamente sulla sfera giuridica del donatario²⁰. Per cui tutte queste figure negoziali, quando connotate da *animus donandi*, realizzano delle liberalità indirette, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 809 c.c. (vedi *supra*), restando soggette ai presupposti di forma propri del tipo negoziale utilizzato, pur a fronte della causa in concreto donativa²¹.

Si discute, invece, su quale sia la disciplina sostanziale delle liberalità indirette, posto che, come

¹⁷ In ordine alla quale, peraltro, la Cassazione ha precisato che mentre a fronte di una donazione diretta *“qualora il donatario beneficiario della disposizione lesiva abbia alienato l'immobile donatogli, il legittimario, se ricorrono le condizioni stabilite dall' art. 563 c.c. , può chiederne la restituzione anche ai successivi acquirenti”*, in caso di donazione indiretta, invece, questi ultimi *“sono al riparo da ogni pretesa restitutoria del legittimario. . . poiché l'azione di riduzione non mette in discussione la titolarità del bene”*, per cui la tutela del legittimario *“si concentra soltanto sul valore economico dell'investimento finanziato con la donazione indiretta, che il legittimario potrà richiedere al donatario con le modalità tipiche del diritto di credito”*: Cassazione civile, Sez. II, 2 dicembre 2022, n. 35461.

¹⁸ Cfr. G. Veri, Un trasferimento di strumenti finanziari con intento di liberalità al vaglio delle Sezioni Unite, in Dir. civ. cont., 7 ottobre 2017; si veda, inoltre, Cassazione civile, Sez. II, 25 ottobre 2018, n. 27050, secondo cui *“Per la validità delle donazioni indirette, cioè di quelle liberalità realizzate ponendo in essere un negozio tipico diverso da quello previsto dall'art. 782 cod. civ., è sufficiente l'osservanza delle forme prescritte per il negozio tipico utilizzato per realizzare lo scopo di liberalità, dato che l'art. 809 cod. civ., nello stabilire le norme sulle donazioni applicabili agli altri atti di liberalità realizzati con negozi diversi da quelli previsti dall'art. 769 cod. civ., non richiama l'art. 782 cod. civ. , che prescrive l'atto pubblico per la donazione”*.

¹⁹ Cfr. Cassazione civile, Sez. II, 17 novembre 2010, n. 23215 e 2 febbraio 2016, n. 1986.

²⁰ Secondo Sezioni Unite 12 luglio 2019, n. 18831, anche *“Il trust inter vivos, con effetti post mortem, deve essere qualificato come donazione indiretta, rientrando, in quanto tale, nella categoria delle liberalità non donative ai sensi dell'art. 809 c.c. , poiché l'attribuzione ai beneficiari del patrimonio che ne costituisce la dotazione avviene per atto del "trustee", cui il disponente aveva trasferito la proprietà, sicché l'avvenuta fuoriuscita del "trust fund" dal patrimonio di quest'ultimo quando era ancora in vita esclude la natura "mortis causa" dell'operazione, nella quale l'evento morte rappresenta mero termine o condizione dell'attribuzione, senza penetrare nella giustificazione causale della stessa”*.

Inoltre, secondo Cassazione civile, Sez. II, 17 aprile 2019, n. 10759, *“Si ha donazione indiretta di un bene (nella specie, un immobile) anche quando il donante paghi soltanto una parte del prezzo della relativa compravendita dovuto dal donatario, laddove sia dimostrato lo specifico collegamento tra dazione e successivo impiego delle somme, dovendo, in tal caso, individuarsi l'oggetto della liberalità, analogamente a quanto affermato in tema di vendita mista a donazione, nella percentuale di proprietà del bene acquistato pari alla quota di prezzo corrisposta con la provvista fornita dal donante”*.

²¹ Deve, però, precisarsi che, secondo la tesi prevalente in giurisprudenza, ancorché con oscillazioni, la sopra descritta “deformalizzazione” varrebbe solo per le liberalità indirette realizzate utilizzando un tipo negoziale “causalmente caratterizzato”, come, ad esempio, la vendita, mentre non sarebbe predicabile con riferimento a liberalità indirette realizzate mediante negozi a causa neutra (ad esempio, il contratto a favore di terzi), per cui queste ultime figure negoziali, se stipulate a fini donativi, non realizzerebbero lo schema del negozio indiretto (vedi *supra*) e, pertanto, richiederebbero la forma pubblica *ad substantiam*, in omaggio alla disciplina della donazione (si veda, sul punto, quanto si osserverà in relazione ad alcune specifiche figure negoziali a causa variabile, ad esempio sulla cessione del credito che sarà trattata fra breve). Secondo la tesi opposta, invece, la categoria delle liberalità indirette vanterebbe una “estensione maggiore” rispetto a quella del “normale” negozio indiretto, tale da ricomprendere anche i negozi a causa neutra, i quali potrebbero essere, pertanto, utilizzati a fini donativi senza necessità di stipula in forma pubblica.

detto, l'art. 809 c.c. dichiara espressamente applicabili solo alcuni profili specifici della disciplina sul contratto di donazione.

Tuttora non esiste una risposta univoca a questo interrogativo, discutendosi, in primo luogo, sull'applicabilità o meno alle liberalità indirette del divieto di donazione di beni futuri dettato dall'art. 771 c.c. per il contratto di donazione. Si pensi al caso paradigmatico della cointestazione di un conto corrente nella consapevolezza che vi confluiranno somme corrisposte da un solo cointestatario: applicando l'art. 771 c.c. è inevitabile pretendere che ciascuna delle rimesse sia effettuata con spirito di liberalità, non potendosi configurare un'unica operazione di liberalità iniziale, che sarebbe nulla per violazione dell'art. 771 c.c. in quanto relativa a beni oggettivamente futuri; a soluzione opposta si giunge ritenendo inapplicabile l'art. 771 c.c. in materia di liberalità indirette.

La risposta a questi interrogativi dipende essenzialmente dalla collocazione sistematica che si intende attribuire alle liberalità indirette, giacché:

- se si riconducono queste ultime al *genus* del negozio indiretto si è portati ad applicare la disciplina (anche) sostanziale del negozio mezzo (vedi *supra*), cioè del tipo negoziale concretamente utilizzato, e non, dunque, l'art. 771 c.c., riferito al contratto di donazione (negozio fine); inoltre questa tesi trova alimento nel tenore testuale dell'art. 809 c.c., il quale -richiamando soltanto alcune norme specifiche sul contratto di donazione- parrebbe indicare un'implicita volontà del legislatore di escludere l'applicazione alle liberalità indirette delle altre norme sulla donazione non richiamate;
- se, invece, si nega che le liberalità indirette appartengano al *genus* del negozio indiretto, l'applicabilità dell'art. 771 c.c. diviene più predicabile, pur restando l'ostacolo testuale dianzi evidenziato.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono pronunciate sulla **possibilità di inquadrare o meno tra le liberalità indirette un atto privo di natura negoziale** -nel caso specifico **il bancogiro**- ovvero l'ordine rivolto alla banca di corrispondere a un terzo una somma dal proprio conto corrente, cui è pacificamente riconosciuta funzione esecutiva e, proprio per questo, natura non negoziale²².

La Cassazione ha risposto negativamente al quesito, affermando, in via generale, che l'art. 809 c.c. non si applica agli atti sprovvisti di natura negoziale, i quali, pertanto, non possono essere validamente utilizzati per compiere una liberalità priva della forma solenne di cui all'art. 769 c.c. Se l'atto, come nel caso del bancogiro, ha natura esecutiva, deve essere preceduto da un formale contratto di donazione obbligatoria, per il quale è, ovviamente, necessaria la forma pubblica *ad substantiam*, mentre in assenza di tale presupposto la *datio* non è sorretta da un titolo valido e il disponente può esigerne la restituzione. Questo perché a fronte di un mero atto privo di natura non negoziale non emergono quelle esigenze di certezza dei traffici giuridici e di tutela della volontà donativa che, come detto, sono alla base della disciplina, rispettivamente, sul negozio indiretto in generale e sulle liberalità indirette in particolare.

²² Si tratta della sentenza 7 luglio 2017, n. 18725.

Il caso concreto aveva a oggetto un bancogiro di valori finanziari effettuato da parte di soggetto deceduto dopo pochi giorni, la cui figlia aveva citato in giudizio la beneficiaria -chiedendo, nella misura di un terzo, pari ai propri diritti sull'asse- la restituzione del valore degli strumenti finanziari ceduti. La domanda, infine accolta dalla Cassazione, aveva come presupposto la nullità dell'atto attributivo in quanto privo della forma solenne richiesta *ad substantiam* per il contratto di donazione. Viceversa la convenuta del bancogiro sosteneva che lo stesso fosse da considerare una liberalità indiretta beneficiante della deformalizzazione stabilita dall'art. 809 c.c.

Dal Capitolo V – Sezione VI

2. Il subcontratto

Si parla di subcontratto, figura non disciplinata in termini generali dal codice civile, laddove -sul presupposto di un contratto già concluso- una delle parti di quest'ultimo stipula con un terzo soggetto un ulteriore contratto (detto, appunto, subcontratto) con oggetto uguale o compatibile con quello del precedente contratto.

Il *proprium* identificativo della figura risiede: - **sul piano strutturale**, nel fatto che i due contratti sono distinti, hanno una parte in comune (c.d. intermediario), oggetto uguale o compatibile; - **sul piano funzionale**, nell'intento della parte "intermediaria", che figura in entrambi i contratti, di "scaricare" sul terzo, con cui stipula il subcontratto, gli effetti del contratto originario, a seconda dei casi positivi (in cambio, per regola, di un corrispettivo a carico del subcontraente) o negativi (pagando, per regola, un corrispettivo al subcontraente).

Difatti, il subcontratto può realizzarsi in **due modalità differenti**: - **il subcontratto attivo**, ove l'intermediario trae dal contratto base la legittimazione per disporre di una determinata posizione giuridica, come nell'esempio emblematico della sublocazione, ove l'intermediario acquisisce dalla locazione originaria la legittimazione a disporre di un bene non di sua proprietà, potendolo per questo concedere, a sua volta, in locazione al terzo subcontraente, mentre l'altro contraente originario (nell'esempio il proprietario/locatore originario del bene) resta estraneo al subcontratto e ai suoi effetti²³; - **il subcontratto passivo**, ove la posizione soggettiva subcontrattata ha ad oggetto una prestazione cui l'intermediario è tenuto nei confronti dell'altro contraente originario, ove allora il subcontratto costituisce lo strumento giuridico a disposizione dell'intermediario per trasferire sul subcontraente l'onere di eseguire quella prestazione, come nel caso paradigmatico del subappalto, con cui l'appaltatore (intermediario) si obbliga a pagare il terzo subappaltatore affinché esegua la prestazione oggetto del contratto di appalto stipulato con il committente, senza che quest'ultimo acquisti un credito nei confronti del subcontraente, benché si avvalga, in concreto, della sua prestazione.

Il subcontratto, sia attivo che passivo, può intervenire solo a valle di contratti con effetti che si prolungano nel tempo, atteso che, se gli effetti si esauriscono, invece, al momento della stipulazione, non residua alcuna posizione contrattuale della quale la parte può utilmente subdisporre. È ciò che tipicamente accade nei contratti traslativi, i quali, in base al principio consensualistico, producono istantaneamente effetto al momento della stipula, per cui l'acquirente può disporre -non già della posizione contrattuale, bensì- del diritto di proprietà già acquistato e, dunque, l'eventuale trasferimento del bene a terzi è un effetto autonomo dal primo, salvo il legame indiretto costituito dall'inefficacia del nuovo atto dispositivo al venir meno del primo, in conseguenza, però, non già di un rapporto di presupposizione vero e proprio, bensì del generale principio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*²⁴.

Il legislatore non ha dettato una disciplina generale del subcontratto, regolando solo alcune

²³ Infatti egli non diventa creditore nei confronti del subcontraente, anche se in alcuni casi beneficia della c.d. azione diretta (vedi *infra*).

²⁴ Sulla base di tale impostazione si esclude tradizionalmente che il primo venditore A possa agire nei confronti del secondo compratore C per il pagamento del prezzo, anche laddove C non abbia ancora versato al primo compratore B l'importo dello stesso.

specifiche figure -sublocazione (1594 c.c.), subappalto (1656 c.c.) e subcomodato (art. 1770 c.c.)- la cui disciplina, peraltro, non è pienamente coincidente, diversificandosi, ad esempio, sui limiti di ammissibilità e sulla pretesa della parte, che figura come creditrice nel rapporto base, di ottenere l'adempimento direttamente da parte del subcontraente (c.d. azione diretta). Compete, dunque, all'interprete, sulla scorta dell'analisi sistematica, individuare, per quanto possibile, una disciplina generale di riferimento, utile per colmare le lacune di quella codicistica sulle figure speciali.

Quanto ai **limiti generali di ammissibilità**, si registrano ipotesi (sublocazione di immobili urbani, fideiussione) in cui il subcontratto non richiede e altre (sublocazione di mobili, submandato) in cui, invece, esige il consenso dell'altra parte del contratto presupposto, sino a figure contrattuali in cui il subcontratto è *tout court* vietato (divieto di subenfiteusi e divieto di subaffitto di fondi rustici, lavoro a cottimo). Orbene, la necessità o meno del consenso della controparte iniziale risponde a **ragioni differenti a seconda che si tratti di subcontratto attivo ovvero passivo**, giacché nella prima tipologia la necessità del consenso si fonda sui possibili rischi di usura eccessiva o perimento del bene attribuito in uso a soggetto diverso dalla parte originaria del contratto presupposto, che il proprietario ha ovviamente il diritto di valutare traendone le conseguenze, mentre nel subcontratto passivo il consenso del contraente originario è richiesto in quanto la prestazione cui ha diritto sarà, per effetto del subcontratto, eseguita da soggetto diverso dal debitore originario, cioè il subcontraente intermediario, per cui il creditore ha diritto di accettare o meno la sostituzione del debitore. Peraltro, **le conseguenze del difetto di consenso necessario sono diverse nel subcontratto attivo e in quello passivo**, giacché nel primo caso, fungendo il contratto originario da fonte del potere di disposizione, il subcontratto è inefficace per difetto di legittimazione, mentre nel subcontratto passivo il difetto di consenso non intacca l'efficacia del subcontratto e, piuttosto, genera responsabilità dell'intermediario nei confronti della controparte originaria.

Anche l'**azione diretta** della controparte del contratto presupposto nei confronti del subcontraente **difetta di una disciplina normativa di carattere generale**, avendo il legislatore previsto l'esperibilità di tale peculiare rimedio solo con riguardo ad alcuni subcontratti, in particolare, la sublocazione, ove l'art. 1595 c.c. consente al locatore di agire direttamente nei confronti del subconduttore (art. 1595 c.c.), nonché il submandato, ove l'art. 1717 c.c. consente al mandante di agire direttamente nei confronti del submandatario.

Discussa è la **natura del subcontratto**, potendo richiamarsi, tra **le varie ricostruzioni** proposte: - **la teoria del contratto a favore del terzo** (*rectius* del subcontraente), cui si è obiettato che il subcontratto è un accordo negoziale ulteriore e distinto da quello principale e che il subcontraente acquista i propri diritti -non già dal dante causa originario, bensì- dall'avente causa originario, ottenendo, peraltro, anche obblighi, oltre che diritti; - **la teoria del collegamento negoziale**, che ravvisa un'ipotesi di collegamento necessario tra subcontratto e contratto presupposto, unilaterale perché il solo subcontratto risentirebbe delle eventuali vicende incidenti sulla sorte del contratto presupposto e non viceversa; - **la dottrina più moderna**, secondo cui il subcontratto dà luogo a collegamento negoziale solo in alcune ipotesi senza presupporlo necessariamente e ciò in quanto il collegamento si caratterizza per l'interdipendenza funzionale dei contratti collegati nell'ottica delle parti, che li stipulano in vista di uno scopo unitario (vedi *supra*), mentre tale elemento è soltanto eventuale nel subcontratto; su tale presupposto, dunque, il vero *proprium* generale della figura è, piuttosto, il **“rapporto di subderivazione”** dal contratto presupposto delle posizioni soggettive oggetto del subcontratto, concetto differente da quello di collegamento negoziale perché incentrato esclusivamente sulla relazione effettuale tra i due contratti, senza esigere un disegno causale unitario.

Sul piano delle **conseguenze concrete**, tale ricostruzione conduce, prima di tutto, a escludere che nei rapporti tra contratto e subcontratto trovi necessariamente applicazione il principio *simul stabunt simul cadent*, il quale presuppone un'interazione funzionale, come detto, non sempre presente nel subcontratto.

Al riguardo, l'analisi può **partire dalla disciplina dettata in materia di sublocazione**, che la giurisprudenza utilizza quale principale "punto di riferimento" sugli aspetti non disciplinati delle altre figure subcontrattuali.

Orbene, **l'art. 1595, comma 3, c.c.** prevede che la nullità e la risoluzione del contratto di locazione producano effetto anche nei confronti del subconduttore, precisando, però, che ciò non comporta "*pregiudizio delle ragioni del subconduttore verso il subconduttore*". La regola è, dunque, che **le vicende patologiche del presupposto contratto di locazione non comportano una radicale caducazione del contratto di sublocazione, il quale resta in vita e giustifica le residue pretese risarcitorie del subconduttore verso il sublocatore**. In sostanza, la caducazione del contratto presupposto si ripercuote sul subcontratto "soltanto" nel senso di privare il subconduttore della facoltà di godimento del bene sublocato, la quale presuppone ciò che il sublocatore aveva acquistato dal proprietario/locatore, venuto meno con la caducazione della locazione principale. E la conseguente perdita del diritto di godimento del bene da parte del subconduttore comporta la sopravvenuta impossibilità di eseguire la prestazione oggetto del contratto di sublocazione, il quale, tuttavia, resta in vita quale possibile fonte di responsabilità contrattuale del sublocatore verso il subconduttore tutte le volte in cui detta impossibilità sia a lui imputabile, in quanto, ad esempio, inadempiente al proprio obbligo verso il proprietario/locatore di pagare il canone del contratto di locazione, proprio per questo risolto su richiesta dello stesso. Viceversa, se il sublocatore non ha responsabilità nella caducazione della locazione base (ad esempio causata dal perimento del bene per fatto non imputabile) il subcontratto risulterà inevitabilmente e totalmente travolto, ai sensi dell'art. 1463 c.c. Pertanto, la disciplina della sublocazione conferma la ricostruzione dei rapporti tra subcontratto e contratto presupposto in termini di "pura derivazione", come tale incompatibile con le dinamiche proprie del collegamento negoziale, che avrebbero portato a ritenere il subcontratto completamente travolto dalla caducazione del contratto presupposto²⁵.

La sopra descritta impostazione generale consente, altresì, di risolvere in senso negativo **la questione dell'ammissibilità o meno dell'azione diretta al di fuori delle ipotesi in cui è espressamente prevista dal legislatore** considerata l'autonomia funzionale tra i diversi rapporti che intercorrono tra le parti. Ad esempio, se il subappaltatore non esegue l'opera a regola d'arte, il vizio di esecuzione potrà

²⁵ La complessità dei rapporti tra contratto base e subcontratto trova conferma, in materia di subappalto, in Cassazione civile, Sez. II, 12 maggio 2016, n. 9766, secondo cui "*Essendo il subappalto un contratto derivato o subcontratto (con tale contratto l'appaltatore conferisce a un terzo subappaltatore l'incarico di eseguire in tutto o in parte i lavori che si è impegnato a eseguire sulla base del contratto principale), le vicende di detto contratto restano condizionate da quelle del contratto principale. Conseguentemente gli art. 1667 e 1668 c.c. (sulla responsabilità per difformità e vizi dell'opera) si applicano al contratto di subappalto con le seguenti differenze: a) con riguardo all'opera eseguita dall'appaltatore, l'accettazione senza riserva dell'appaltatore resta condizionata dal fatto che il committente accetti a sua volta l'opera senza riserve; b) l'appaltatore non può agire in responsabilità contro il subappaltatore prima ancora che il committente gli abbia denunciato la presenza di vizi e difformità. Ciò perché prima di tale momento, l'appaltatore è privo dell'interesse ad agire, atteso che il committente potrebbe accettare l'opera nonostante i vizi palesi, oppure non denunciare mai i vizi occulti, oppure denunciarli tardivamente, per cui di nulla potrebbe dolersi l'appaltatore perché nessun danno - non essendo il destinatario dell'opera - sarebbe a lui derivato dalla presenza di difformità o vizi dell'opera realizzata dal subappaltatore; c) conseguentemente l'appaltatore può agire in giudizio nei confronti del subappaltatore non appena il committente gli abbia tempestivamente denunciato la presenza di detti vizi e difformità, avendogli resa nota in tale modo la sua intenzione di far valere la relativa responsabilità*"; su tali presupposti la Suprema Corte ha ritenuto corretta la decisione del giudice a quo di ritenere inammissibile la domanda diretta alla condanna del subappaltatore alla manleva per eventuali azioni che sarebbero potute essere avviate dal committente, perché sarebbe una domanda non su un diritto asseritamente esistente, ma su un diritto prospettato ed eventuale.

essere fatto valere dal committente nei confronti dell'appaltatore, il quale, a sua volta, potrà agire in regresso contro il subappaltatore, così come il subappaltatore potrà agire solo contro l'appaltatore per il pagamento del prezzo e non anche contro il committente²⁶.

Può, dunque, concludersi che **l'azione diretta rappresenta una “eccezione sistematica”**, che, in quanto tale, non può essere estesa oltre i casi in cui è prevista dalla legge, mentre alla soluzione opposta avrebbe condotto la tesi del collegamento negoziale, giacché, in quell'ottica, la possibilità di esperire l'azione diretta discende fisiologicamente dall'interdipendenza funzionale tra i due contratti.

3. La cessione del contratto e il subcontratto negli appalti pubblici

Nei rapporti contrattuali pubblici gli accordi di cessione del contratto e di subcontratto sollevano **specifiche criticità**.

Innanzitutto perché possono, *lato sensu*, “vanificare” la funzione di controllo propria delle procedure di scelta del contraente, le quali implicano verifiche di “attendibilità imprenditoriale” relative all'appaltatore, mentre in caso di cessione del contratto e di subappalto la prestazione è materialmente eseguita da un soggetto diverso, nei confronti del quale, peraltro, la stazione appaltante non dispone di rimedi diretti (vedi quanto osservato nel paragrafo precedente in materia di subcontratto), potendo, in caso di inadempimento, agire soltanto nei confronti dell'appaltatore designato.

In secondo luogo perché la prassi commerciale ha dimostrato che queste operazioni negoziali, in particolare il subappalto, possono celare l'intento dell'appaltatore di eludere la disciplina di tutela dei lavoratori mediante l'affidamento della materiale esecuzione delle prestazioni a imprese di minori dimensioni e forza, cui è possibile imporre surrettiziamente condizioni economiche insostenibili, con ciò che ne consegue in termini di danni ai lavoratori.

Allo stesso tempo, però, sono emerse nella prassi anche **esigenze di corretta organizzazione imprenditoriale** che **rendono necessario** l'utilizzo di questi moduli operativi, in particolare il subappalto, tanto è vero che **l'atteggiamento del legislatore italiano** -tradizionalmente prudente in materia- ha trovato **ostacolo nel diverso approccio unionale**, da sempre **più propenso** a consentirne un ampio utilizzo nel settore dei contratti pubblici.

La faticosa **ricerca di un punto di equilibrio** spiega le **ripetute modifiche** cui è andata incontro **la disciplina di settore**.

Limitando l'analisi alle vicende più recenti, **l'art. 119 del d.lgs. n. 36/2023** ha introdotto, in primo luogo, **il principio generale di esecuzione diretta degli appalti pubblici**, in base al quale “*I soggetti affidatari dei contratti eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, e le forniture compresi nel contratto. Fatto salvo quanto previsto dall'art. 120, comma 1, lett. d), la cessione del contratto è nulla. È altresì nullo l'accordo con cui a terzi sia affidata l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente e dei contratti ad alta intensità di manodopera. È ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo*”.

²⁶ Cfr. Cassazione civile, Sez. II, 27 agosto 2019, n. 21719.

A ciò consegue che **la cessione del contratto di appalto pubblico è possibile** solamente al ricorrere delle condizioni individuate dall'art. 120, comma 1, lettera d) del d.lgs. 36/2023, ovvero quando: “1) le modifiche soggettive implicanti la sostituzione del contraente originario sono previste in clausole chiare, precise e inequivocabili dei documenti di gara; 2) all'aggiudicatario succede, per causa di morte o insolvenza o a seguito di ristrutturazioni societarie, che comportino successione nei rapporti pendenti, un altro operatore economico che soddisfi gli iniziali criteri di selezione, purché ciò non implichi ulteriori modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del codice, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 124; 3) [...] la stazione appaltante assume gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori”.

Ben più ampio lo spazio di utilizzo del subappalto.

Difatti, al netto di alcune tipologie contrattuali specifiche per le **quali il comma 3 dell'art. 119 del d.lgs. 36/2023 lo esclude espressamente**, per il resto **il subappalto è ora consentito senza particolari ostacoli**, essendo caduto il preesistente limite del 30% del valore complessivo della prestazione, ciò a seguito di alcune pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea che avevano giudicato quel limite in contrasto con il diritto europeo sotto il profilo della tutela della concorrenza²⁷.

Per il resto, la disciplina dettata dagli altri commi dell'art. 119 si preoccupa essenzialmente di limitare i rischi, come detto, ontologicamente insiti nel subappalto pubblico, **sotto diversi profili**.

In primo luogo, stabilendo che “*il subappaltatore...deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale...*”, questo mediante l'applicazione del contratto collettivo che più si attaglia alle prestazioni oggetto della singola commessa pubblica²⁸ (art. 119, comma 12).

In secondo luogo, aggiungendo al già previsto obbligo dell'aggiudicatario di presentare una certificazione attestante l'assenza, in capo al subappaltatore, delle cause di esclusione di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro, l'obbligo di dichiarare il possesso, sempre da parte del subappaltatore, dei requisiti di cui agli artt. 100 e 103 del medesimo Codice, affinché la stazione appaltante possa esercitare le opportune verifiche attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'art. 23 del d.lgs. 36/2023.

In terzo luogo, prevedendo una piena solidarietà tra l'impresa contraente e il subappaltatore, nei confronti della stazione appaltante, rispetto agli obblighi retributivi e contributivi, mentre è esclusa una responsabilità diretta della stazione appaltante nei confronti dei lavoratori impiegati nell'appalto, compresi quelli del subappaltatore (comma 6 art. 119).

Da ultimo, occorre evidenziare che il nuovo codice dei contratti pubblici ha consentito il c.d. **“subappalto a cascata”**, adeguandosi ai rilievi formulati dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione UE.

In particolare, il d.lgs. n. 36/2023 non ha riportato, all'interno dell'art. 119, la norma precedentemente

²⁷ Cfr. le pronunce 14 luglio 2016, in causa C-406/14, e 26 settembre 2019, in causa C-63/18.

²⁸ Al riguardo la giurisprudenza amministrativa ha precisato, per un verso, che la scelta del contratto collettivo appropriato rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore, per cui la stazione appaltante non può imporre nel bando un determinato CCNL da applicare alla gara (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 6 agosto 2019, n. 5574), e, per altro verso, che la suddetta libertà incontra, però, il limite della necessaria coerenza tra il CCNL che si intende applicare, sulla base del quale il concorrente formula la propria offerta, e l'oggetto dell'appalto (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 12 settembre 2019, n. 6148).

contenuta nell'art. 105, comma 19, del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui “L'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto”. In tal modo sono state soddisfatte le prescrizioni dettate dalle direttive UE in ordine al divieto di limitazioni al ricorso al **“subappalto di subappalto”**, fissate in maniera astratta e prescindendo dalla verifica delle capacità di eventuali subappaltatori e senza menzionare il carattere essenziale degli incarichi.

L'art. 119, comma 17, ora dispone testualmente che “Le stazioni appaltanti indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che, pur subappaltabili, non possono formare oggetto di ulteriore subappalto, in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto e dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori oppure di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali”: in tal modo, il legislatore ha previsto la possibilità che il subappalto a cascata sia limitato, evidenziando però la necessità che tali limitazioni siano specifiche e motivate²⁹.

Dal Capitolo VII – Sezione III

4.2. Approfondimento: la novazione

Si definisce novazione il negozio giuridico con cui le parti di un preesistente rapporto obbligatorio lo estinguono per sostituirlo con un nuovo rapporto giuridico differente.

Sono configurabili due tipi diversi di novazione.

La novazione soggettiva consiste nella sostituzione del precedente rapporto con uno nuovo nel quale compare un debitore diverso da quello originario, figura negoziale che l'art. 1235 c.c. sottopone alle stesse “norme contenute nel capo VI di questo titolo”, cioè alla disciplina su delegazione, espromissione e acollo. Tale previsione normativa è, per un verso, incompleta -omettendo di considerare l'ipotesi della sostituzione della parte attiva del rapporto, anch'essa possibile come cessione del credito- per altro verso, inutile, non essendovi spazio logico-giuridico per configurare effetti diversi da quelli propri delle sopra richiamate figure modificative del lato passivo del rapporto, alla cui disciplina l'art. 1235 c.c. inevitabilmente rinvia. Probabilmente si tratta di un retaggio del codice previgente, che non consentiva di cedere “a bocce ferme” la posizione creditoria e quella debitoria, per cui l'unica modalità per “sostituire” il debitore o il creditore era la novazione, che, come detto, postula concettualmente l'estinzione del rapporto obbligatorio iniziale e la nascita di un nuovo rapporto, al di fuori, dunque, della logica successoria.

La novazione oggettiva trova fondamento normativo nell'art. 1230 c.c. secondo cui “La obbligazione si estingue quando le parti sostituiscono all'obbligazione originaria una nuova obbligazione con oggetto o titolo diverso. La volontà di estinguere l'obbligazione precedente deve risultare in modo non equivoco”. Si tratta, dunque, dell'accordo con cui le parti di un rapporto obbligatorio lo estinguono e lo sostituiscono con uno nuovo, caratterizzato da un oggetto (in tutto o in parte) diverso ovvero da una disciplina giuridica (questo il significato della parola “titolo” utilizzata dal legislatore) differente.

Una peculiarità della novazione oggettiva riguarda l'ontologica “disonia” tra il profilo funzionale e quello effettuale, difatti:

²⁹ Cfr. Giovagnoli, Compendio di diritto amministrativo, III ed., pagg. 672 e ss.

- **sul piano funzionale** una certa “continuità” con gli interessi sostanziali sottesi al rapporto obbligatorio originario -non a caso necessariamente richiamato dall’accordo novativo- è logicamente indispensabile, altrimenti le parti darebbero vita a un rapporto del tutto nuovo, invece che novare un rapporto preesistente; correlativamente il fenomeno novativo presuppone **due atti negoziali**, quello che ha dato vita al rapporto obbligatorio originario (sempre che esso non sia di fonte legale) e quello novativo, **tra loro collegati**, fermo restando che, in caso di contrasto, prevale la disciplina del negozio di novazione, ultimo in ordine di tempo, per cui il primo negozio continua a produrre effetti solo nella parte in cui è confermato -implicitamente o espressamente- dal sopravvenuto negozio novativo.
- **sotto il profilo formale/effettuale** resta, però, il fatto che l’accordo novativo comporta l’estinzione dell’originaria obbligazione e la sua sostituzione con una diversa, tanto è vero che, ai sensi dell’art. 1232 c.c., si estinguono le garanzie reali del vecchio credito salvo patto contrario: in ciò emerge la differenza rispetto ad altre figure, ad esempio la *datio in solutum*, ove l’obbligazione resta quella originaria anche se con diverso oggetto.

Queste due “anime” apparentemente contraddittorie della novazione cercano di convivere nella **disciplina del codice**, la quale:

- **per un verso, tiene conto dell’obbligazione originaria** e del relativo negozio-fonte, stabilendo all’art. 1234 c.c. che “1. La novazione è senza effetto, se non esisteva l’obbligazione originaria. 2. Qualora l’obbligazione originaria derivi da un titolo annullabile, la novazione è valida se il debitore ha assunto validamente il nuovo debito conoscendo il vizio del titolo originario”, il che conferma come il rapporto giuridico iniziale rappresenti il necessario “substrato causale” dell’accordo novativo, per cui l’inesistenza³⁰ del primo si riflette sul secondo, mentre la sola annullabilità del primo negozio, non facendo venir meno l’obbligazione originaria, attribuisce alla novazione veste sostanziale di convalida, sempre che ne sussistano i presupposti-;
- **per altro verso, esige che la nuova obbligazione presenti un significativo *quid novi*** rispetto a quella originaria, perché altrimenti non si giustificerebbe l’effetto estintivo del vincolo originario, stabilendo l’art. 1231 c.c. che “Il rilascio di un documento o la sua rinnovazione, l’apposizione o l’eliminazione di un termine e ogni altra *modificazione accessoria dell’obbligazione non producono novazione*”³¹, per cui accordi di questo tenore, pur sempre validi ed efficaci, non comportano l’effetto tipico della novazione, cioè la sostituzione della vecchia obbligazione con una nuova, foriero di rilevanti conseguenze giuridiche, come tra breve si vedrà.

Altro presupposto della novazione, questa volta di carattere soggettivo, è l’**animus novandi**, che trova base normativa nel secondo comma dell’art. 1230 c.c., secondo cui “la volontà di estinguere l’obbligazione precedente deve risultare in modo non equivoco”³². E proprio alla luce di tale disposizione normativa si ritiene che il codice contempli una “**presunzione relativa di non novazione**”, ricollegabile al principio di conservazione negoziale. Del resto l’accertamento dell’efficacia novativa o meno del nuovo accordo

³⁰ Si ritiene che con questo termine, certamente improprio, il legislatore abbia inteso riferirsi a tutte le ipotesi di inefficacia del titolo iniziale, che determina, appunto, inesistenza dell’obbligazione originaria, il che si verifica se il negozio è nullo, dichiarato annullato, risolto, rescisso o se non opera la norma ritenuta dalle parti erroneamente capace di generare l’obbligazione originaria.

³¹ Cfr. Cassazione civile, Sez. I, 20 dicembre 2016, n. 26334.

³² Difatti “*La novazione deve essere connotata non solo dall’aliquid novi, ma anche dal c.d. animus novandi, inteso come manifestazione inequivoca dell’intento novativo, e inoltre dalla causa novandi, intesa come interesse comune delle parti all’effetto novativo. L’esistenza dei riferiti specifici elementi deve essere in concreto verificata dal giudice del merito, con un accertamento di fatto che si sottrae al sindacato di legittimità se conforme alle disposizioni evocate e se congruamente motivato*”: così la stessa pronuncia della Cassazione da ultimo citata.

comporta, come detto, **conseguenze rilevanti sulla disciplina** applicabile alla fattispecie di volta in volta esaminata, basti pensare, quale esempio significativo, al fenomeno della progressione in carriera dei dipendenti pubblici, ove dal carattere novativo o meno del nuovo inquadramento discendono conseguenze (persino) sul riparto della giurisdizione per le relative controversie³³.

L'effetto novativo di una preesistente obbligazione è spesso da ricondurre -piuttosto che a un accordo a ciò specificamente rivolto- a **fattispecie negoziali connotate da una causa più ampia**, come nel caso paradigmatico della **transazione (artt. 1965 e segg. c.c.)**, contratto con cui le parti di una controversia -attuale o potenziale- la risolvono o la prevengono concordando un nuovo assetto di interessi caratterizzato da reciproche concessioni, nel quale possono prevedere (anche) l'estinzione di preesistenti obbligazioni, come espressamente afferma l'art. 1976 c.c.

Si noti che, mentre **la novazione** è tipizzata dal legislatore come **negozio a causa neutra**, identificato soltanto dai suoi effetti (vedi il quinto Capitolo), **la transazione** è tipizzata in relazione alla sua **funzione specifica** di composizione/prevenzione delle liti³⁴, il che rende necessarie alcune precisazioni sulla **peculiare evenienza in cui la transazione contempra effetti novativi**.

Si tratta di un effetto che non discende sempre e necessariamente da qualunque transazione, come dimostra l'espresso disposto dell'art. 1976 c.c., secondo cui *“La risoluzione della transazione per inadempimento non può essere richiesta se il rapporto preesistente è stato estinto per novazione, salvo che il diritto alla risoluzione sia stato espressamente stipulato”*³⁵.

Tale previsione normativa dimostra, dunque, come una transazione che intervenga su un precedente rapporto obbligatorio -ovvero, come spesso accade, su un rapporto più ampio che contenga obbligazioni- non sempre estingue l'obbligazione o le obbligazioni originarie, **dovendosi perciò distinguere la figura della transazione novativa da quella della transazione non novativa (detta anche conservativa o pura)**.

Sono, invero, emerse **incertezze interpretative in ordine agli esatti confini tra le due figure**.

Secondo la tesi più diffusa in giurisprudenza, la transazione è novativa soltanto se comporta una modifica causale del rapporto (ad esempio, stabilendo che quanto era originariamente previsto a titolo di prezzo deve ora intendersi accordato a titolo di mutuo) ovvero se, pur incidendo soltanto su di un'obbligazione compresa nel rapporto originario, comporti una modifica sostanziale dell'oggetto della prestazione (ad esempio, stabilendo che sia dovuto un immobile in luogo di una somma di denaro). Peraltro, mentre in alcune pronunce tali presupposti oggettivi sono stati considerati sufficienti a configurare la transazione novativa³⁶, in altre è stata aggiuntivamente richiesta l'espressa manifestazione

³³ Difatti *“Sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie in materia di conseguenze economico-normative della mancata comunicazione, da parte della P.A., della possibilità di partecipazione ai percorsi formativi finalizzati a consentire, ai dipendenti privi dei requisiti curriculari alternativi al titolo di studio richiesto per il passaggio di area, di prendere parte alle selezioni interne previste dal c.c.n.l. di settore, non essendo tali controversie riconducibili alla “costituzione del rapporto di lavoro”, né alla sua novazione oggettiva attraverso una progressione verticale per passaggio del dipendente ad altra area professionale, bensì di crediti fatti valere all'interno di un rapporto già in essere e di diritto ad un superiore inquadramento contrattuale, a prescindere da prove concorsuali o selettive interne”*: così Sezioni Unite, 20 ottobre 2017, n. 24879.

³⁴ Difatti è nulla la transazione intervenuta su una lite già decisa con sentenza passata in giudicato della quale almeno una delle parti avesse conoscenza (art. 1974 c.c.).

³⁵ La *ratio* di tale disposizione normativa è rinvenuta nel fatto che se la transazione ha estinto il rapporto originario, la successiva risoluzione della stessa comporterebbe la reviviscenza di un rapporto che le parti hanno dimostrato di non volere più, estinguendolo, il che non avrebbe senso.

³⁶ In questo senso si veda Cassazione civile, 6 ottobre 2020, n. 21371.

dell'*animus novandi*³⁷. **La transazione conservativa**, invece, si configura quando difettano gli elementi sopra descritti, per cui è conservativa, e non novativa, la transazione contemplante clausole estintive di precedenti obbligazioni tra le stesse parti senza che queste ultime abbiano inteso sostituire integralmente la disciplina originaria del loro rapporto, ove, allora, si è in presenza di un contratto con natura transattiva ma non anche novativa.

La distinzione tra i due tipi di transazione -novativa e pura- assume rilievo, oltre che ai sensi del già richiamato art. 1976 c.c. in materia di inadempimento della transazione, riguardo al **regime delle eccezioni opponibili in caso di nullità del rapporto originario oggetto di transazione**.

Deve, al riguardo, premettersi che l'art. 1972 c.c. detta per la transazione una disciplina diversa da quella che **l'art. 1234 c.c.** contempla per la novazione, in quanto: - **per la novazione** l'art. 1234 c.c. statuisce che l'inesistenza dell'obbligazione originaria, di solito conseguente a nullità del contratto fonte, rende sempre nullo l'accordo novativo (vedi *supra*); - **per la transazione**, invece, l'art. 1972 c.c. statuisce che la nullità del contratto originario rende nulla la transazione solo in caso di nullità per illiceità, mentre nelle altre ipotesi la nullità dell'accordo comporta (soltanto) l'annullabilità della transazione, azionabile esclusivamente dalla parte che non la conosceva, ai sensi dell'art. 1972 c.c.

Differenza di regime, questa, legata al fatto che la transazione, diversamente dalla novazione, è caratterizzata soprattutto dalla funzione di prevenzione/soluzione delle liti, la quale può validamente realizzarsi anche nelle ipotesi in cui il contratto originario sia nullo.

Deve, però, osservarsi che la portata applicativa dell'art. 1972 c.c., laddove sancisce l'annullabilità (invece della nullità) della transazione su contratto nullo (purché non illecito), trova un limite nella **prevalente interpretazione giurisprudenziale secondo cui la norma in questione può trovare applicazione soltanto nelle ipotesi di transazione novativa**, cioè qualora le parti abbiano inteso sostituire radicalmente la disciplina del rapporto originario con una nuova, e non, invece, nelle ipotesi di "transazione conservativa" (vedi *supra*), la quale, dunque, se incide su un contratto nullo è nulla a sua volta quand'anche le parti abbiano preso in specifica considerazione proprio la nullità del rapporto originario. Questo perché, si osserva, un accordo transattivo non novativo è, per definizione, destinato a regolare il rapporto -non già autonomamente, bensì- congiuntamente al primo titolo contrattuale, il che non è concepibile se quest'ultimo è nullo, con il conseguente "contagio" dei vizi tra i due atti negoziali collegati³⁸.

³⁷ In questo senso si veda Cassazione civile, Sez. II, 26 maggio 2020, n. 9690, nonché 7 marzo 2023, n. 6821 e 5 aprile 2023, n. 9347.

³⁸ In questi termini Cassazione civile, Sez. III, ordinanza 20 aprile 2020, n. 7963.

Dal Capitolo VII – Sezione VI

2. Ingiustificato arricchimento

2.1. In diritto civile

2.1.1. La causa ex art. 2041 c.c. a confronto con la causa del negozio giuridico

Ai sensi dell'art. 2041 c.c., rubricato “Dell'arricchimento senza causa”, “Chi senza una giusta causa si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale”: è la **“azione generale di ingiustificato arricchimento”** (o di arricchimento senza causa).

Occorre, prima di tutto, chiarire **cosa si debba intendere per assenza di una “giusta causa”** nell'accezione utilizzata dall'art. 2041 c.c.

Secondo un'impostazione ampiamente condivisa l'azione di ingiustificato arricchimento è espressione di un principio generale del nostro ordinamento, in virtù del quale **ogni vantaggio patrimoniale ottenuto a carico altrui deve trovare fondamento in una situazione soggettiva giuridicamente tutelata perché meritevole di tutela**, che può essere di origine legale o convenzionale, mentre, in difetto, lo spostamento di ricchezza è da considerarsi ingiustificato³⁹.

Per cogliere appieno **la differenza tra quest'accezione di causa** (quale giustificazione giuridica dello spostamento di ricchezza) **e quella di causa negoziale** (quale elemento essenziale del negozio giuridico: vedi quinto Capitolo), si consideri l'ipotesi in cui lo spostamento di ricchezza consegue all'esecuzione della prestazione prevista da un contratto, per esempio, di vendita: se quest'ultimo diventa inefficace - magari a seguito di annullamento per incapacità di una delle parti - lo spostamento di ricchezza risulta privo di causa nell'accezione di essa cui fa riferimento l'art. 2041 c.c., nonostante la causa del contratto di vendita, in sé considerata, non sia in discussione. Difatti, mentre la causa negoziale è la funzione concreta che deve caratterizzare qualunque atto negoziale, la “causa” cui fa riferimento l'art. 2041 c.c. è il titolo giuridico efficace (negoziale o legale) che dà vita alla situazione giuridica soggettiva in grado di giustificare giuridicamente la modifica (arricchimento/impovertimento) della situazione materiale delle parti interessate⁴⁰.

In assenza del titolo giustificativo, dunque, lo spostamento di ricchezza dovrà essere “riequilibrato” e a ciò sovrintende la disciplina dettata dall'**art. 2041 c.c., la cui funzione è, invero, residuale**, nel senso

³⁹ Cfr. Bianca, op. da ultimo cit., pagg. 810 e segg.

⁴⁰ Cfr. Cassazione civile, Sez. II, 13 aprile 2016, n. 7331, secondo cui “In tema di azione generale di arricchimento, che presuppone la locupletazione, senza giusta causa, di un soggetto a danno di un altro, non è invocabile la mancanza ovvero l'ingiustizia della causa, allorché l'arricchimento (nella specie, l'assegnazione di un alloggio realizzato da una cooperativa edilizia) dipenda da un atto di disposizione volontaria (nella specie, la cessione, in favore dell'assegnatario, delle quote della società cooperativa), finché questo conservi la propria efficacia obbligatoria”.

Interessante, per la materia trattata, anche T.A.R. Milano, Sez. II, 10 dicembre 2013, n. 2790, con cui si è esclusa l'applicazione dell'art. 2041 c.c. in favore del proprietario che abbia subito gli effetti del “passaggio automatico” alla pubblica amministrazione della proprietà del manufatto abusivo non demolito, osservando che l'art. 2041 c.c. “presuppone l'arricchimento “senza giusta causa” di una parte a danno dell'altra, mentre nel caso di specie l'acquisizione del bene al patrimonio comunale costituisce conseguenza automatica di legge, quindi, al di là di ogni altra considerazione, manca l'elemento essenziale della “ingiustizia” dell'arricchimento, visto che l'acquisizione è sorretta da un valido titolo giuridico”.

che il suo spazio di operatività inizia dove finisce quello di tutti gli altri meccanismi rimediali previsti dal legislatore, prima fra tutti l'esaminata azione di ripetizione d'indebito.

Esistono, in primo luogo, ipotesi di spostamento ingiustificato di ricchezza oggetto di una **disciplina ad hoc**, come paradigmaticamente in materia di **fatti illeciti**: se il fattore squilibrante è rappresentato dalla condotta illecita posta in essere da chi si è arricchito trovano senz'altro applicazione, in favore dell'impovertito, le norme sul risarcimento del danno, che sul piano sistematico nulla hanno a che vedere con il meccanismo di cui all'art. 2041 c.c., essendo incentrate sull'ingiustizia del danno subito dalla vittima, che di per sé giustifica il risarcimento, per cui non esigono un correlato arricchimento dell'agente, come, invece, l'art. 2041 c.c. (vedi *infra*)⁴¹.

Pertanto, a fronte del comune presupposto rappresentato dal danno subito dall'attore, pur con qualche differenza anche su questo (vedi *infra*), **tra l'azione di risarcimento del danno e l'azione di ingiustificato arricchimento emergono le seguenti differenze:**

- **sul piano della *causa petendi***, l'azione di cui all'art. 2043 c.c. presuppone una condotta illegittimamente lesiva di un'altrui situazione soggettiva qualificata, mentre l'azione di cui all'art. 2041 c.c. richiede soltanto la "non giustificazione causale" dell'arricchimento dell'uno e del correlato impoverimento dell'altro, causati da una condotta umana non illecita o da un fatto naturale;
- **sul piano del *petitum***, entrambe le richieste hanno a oggetto un debito di valore (vedi *supra*) ma di diverso contenuto e ammontare, perché quello previsto dall'art. 2043 c.c. è un vero e proprio risarcimento, calcolato sull'entità del danno ingiusto, mentre quello di cui all'art. 2041 c.c. è un indennizzo, parametrato al valore dell'impovertimento, che non comprende il lucro cessante (vedi *infra*)⁴² e non può superare l'entità del simmetrico arricchimento altrui⁴³.

Viceversa opera nello stesso ambito sistematico e valoriale dell'art. 2041 c.c. la disciplina sulla **ripetizione d'indebito** (vedi *supra*), che ha carattere speciale rispetto a quella di cui all'art. 2041 c.c.

Al fine di precisare il **confine applicativo tra i due rimedi** può osservarsi che laddove la prestazione sia

⁴¹ Si pensi, ad esempio, a un atto vandalico, che è fonte di responsabilità anche se il danneggiante non ne ha tratto alcun vantaggio concreto e questo perché la giustificazione sostanziale dell'obbligazione risarcitoria sta nel fatto che l'impovertimento subito dal danneggiato è -non soltanto senza titolo, ma anche- provocato da una condotta illecita altrui.

⁴² Cfr. Cassazione civile, Sez. III, 6 ottobre 2015, n. 19886; Cassazione civile, Sez. III, 7 novembre 2014, n. 23780, secondo cui "In tema di azione di indebito arricchimento, conseguente all'assenza di un valido contratto (nella specie, avente ad oggetto prestazioni a favore di degente ricoverato in casa di cura), l'indennità prevista dall'art. 2041 cod. civ. va liquidata nei limiti della diminuzione patrimoniale subita dalla parte nell'erogazione della prestazione e non in misura coincidente con il mancato guadagno che la stessa avrebbe potuto trarre dall'instaurazione di una valida relazione contrattuale"; da ultimo Cassazione civile, Sez. I, 15 luglio 2016, n. 14526, secondo cui "In tema di azione di indebito arricchimento, conseguente all'assenza di un valido contratto di appalto, l'indennità prevista dall'art. 2041 c.c. va liquidata nei limiti della diminuzione patrimoniale subita da chi ha eseguito la prestazione, con esclusione di quanto questi avrebbe percepito a titolo di lucro cessante se il rapporto negoziale fosse stato valido ed efficace"; nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva liquidato l'indennità dovuta alla parte erogante servizi per il funzionamento di due strutture per anziani avuto riguardo al valore di mercato delle prestazioni svolte in esecuzione del contratto invalido

⁴³ Cfr. Gazzoni, op. cit., pag. 689; Cassazione civile, Sez. I, 21 gennaio 2015, n. 1053, secondo cui "Le domande di adempimento contrattuale e di arricchimento senza causa, quali azioni che riguardano entrambe diritti eterodeterminati, si differenziano, strutturalmente e tipologicamente, sia quanto alla causa petendi (esclusivamente nella seconda rilevando come fatti costitutivi la presenza e l'entità del proprio impoverimento e dell'altrui locupletazione, nonché, ove l'arricchito sia una p.a., il riconoscimento dell'utilitas da parte dell'ente), sia quanto al petitum (pagamento del corrispettivo pattuito o indennizzo). Deriva da quanto precede, pertanto, che, la domanda di arricchimento senza causa è inammissibile ove proposta, per la prima volta, nel giudizio di appello, non potendo l'appellante far valere in tale sede domande nuove, rispetto a quelle di adempimento contrattuale poste a base della richiesta avanzata nel corso del giudizio di primo grado e in assenza di un consentito ampliamento dell'originario thema decidendum innestato legittimamente nel corso di quel giudizio".

eseguita *solvendi causa*, cioè in ritenuto adempimento di un'obbligazione poi rivelatasi inesistente, si applica la disciplina dell'art. 2033 c.c.⁴⁴. Inoltre quest'ultima è considerata applicabile alle ipotesi di **indebito oggettivo sopravvenuto**, cioè quando il titolo giustificativo della prestazione eseguita viene meno *ex post* (ad esempio per risoluzione del contratto-fonte), il che riduce lo *spatium operandi* dell'art. 2041 c.c. Quest'ultimo, invece, **occupa interamente il campo delle prestazioni indebite insuscettibili di ripetizione e di quelle aventi a oggetto un *facere***, cui la disciplina ex art. 2033 c.c. è considerata tradizionalmente inapplicabile⁴⁵.

Esistono, poi, **disposizioni che prevedono ipotesi di arricchimento senza causa speciali rispetto a quella generale di cui all'art. 2041 c.c.**, come le norme che obbligano il proprietario a corrispondere il valore dei materiali altrui utilizzati per eseguire opere a vantaggio del proprio fondo (artt. 935, 936 e 937 c.c.) e la norma che impone all'incapace, all'esito dell'annullamento del contratto, di restituire la prestazione devoluta a suo vantaggio (art. 1443 c.c.). Anche in queste ipotesi, dunque, l'art. 2041 c.c. recede in favore della previsione speciale.

In base a quanto premesso, dunque, l'*actio* di cui all'art. 2041 c.c. può essere invocata solo a tutela di una pretesa cui non risulti applicabile alcun altro meccanismo rimediabile, il che conferma il **ruolo sistematicamente residuale dell'azione di ingiustificato arricchimento**, espressamente sancito dall'art. 2042 c.c.

Si discute, però, sulla *ratio* di tale carattere residuale e, conseguentemente, sul regime processuale dello stesso.

Secondo **la tesi tradizionale**, il carattere residuale dell'azione di ingiustificato arricchimento osterebbe al suo esercizio tutte le volte in cui siano prospettabili altre azioni ancorché “non tipiche”, cioè fondate - invece che su una norma speciale o su un contratto- su una clausola generale dell'ordinamento, come tipicamente l'azione risarcitoria. Tesi, questa, che attribuisce alla residualità dell'art. 2041 c.c. la funzione di evitare che il rimedio possa diventare “*strumento per eludere o aggirare i limiti esistenti nei confronti dell'azione tipica*”⁴⁶.

Secondo una diversa tesi il carattere residuale osterebbe all'utilizzo dell'*actio* di cui all'art. 2041 c.c. nelle sole ipotesi in cui la diversa azione prospettabile discenda da contratto o da una disposizione normativa puntuale (cc.dd. azioni tipiche), quale, ad esempio, l'azione di nullità contrattuale. Viceversa l'ostacolo della residualità verrebbe meno qualora la diversa azione proponibile trovi fondamento in una clausola generale dell'ordinamento, come nelle tipiche ipotesi delle domande risarcitorie proposte a titolo aquiliano o precontrattuale. La conseguenza è che, in caso di presentazione congiunta di una domanda risarcitoria e di una domanda di ingiustificato arricchimento, il giudice potrebbe prescindere dall'esame della domanda di ingiustificato arricchimento solo ove abbia precedentemente accolto quella risarcitoria, mentre la domanda ex art. 2041 c.c. resterebbe conoscibile in caso di rigetto di quella risarcitoria. Tesi, questa, che riconduce il carattere residuale dell'azione di ingiustificato arricchimento soltanto all'intento del legislatore di scongiurare duplicazioni di tutela, evitando, cioè, che colui che abbia visto accolta la domanda principale possa ancora agire con l'azione di arricchimento, lucrando ingiustamente una

⁴⁴ Si veda il paragrafo precedente sulla ripetizione d'indebito, a proposito dell'utilizzo di tale rimedio a fini restitutori dopo la pronuncia di nullità negoziale.

⁴⁵ Fermo restando che se la prestazione di *facere* è stata eseguita con l'intenzione di gestire un affare altrui si ricade, invece che nell'alveo del 2041 c.c., in quello dell'art. 2028 c.c.

⁴⁶ Così, da ultimo, Cassazione civile, Sez. III, 17 gennaio 2020, n. 843.

seconda volta⁴⁷.

Sulla questione **la III Sezione della Corte di Cassazione ha chiesto che si pronunciasse le Sezioni Unite**⁴⁸, evidenziando che l'orientamento propenso a consentire l'utilizzo dell'*actio* di cui all'art. 2041 c.c. insieme ad altro rimedio fondato su una clausola generale dell'ordinamento -come, nel caso specificamente esaminato, l'azione di risarcimento per responsabilità precontrattuale- "*rischia di consentire all'impovertito di aggirare l'esito negativo del giudizio avente ad oggetto tale domanda, quando la stessa, proposta in via principale, sia stata rigettata nel merito per difetto di prova*".

Le Sezioni Unite hanno sostanzialmente aderito alla prima tesi, restrittiva, ma apportandovi un correttivo⁴⁹.

Sono partite dall'assunto tradizionale secondo cui l'art. 2042 c.c. pone "*la regola della sussidiarietà in termini generali, senza quindi distinzione tra le diverse azioni suscettibili di essere dedotte in via principale*".

Dopo avere premesso questo in termini generali, le Sezioni Unite hanno evidenziato la necessità di **distinguere tra**: - **le ipotesi** in cui il rigetto della diversa domanda derivi dal riconoscimento della carenza *ab origine* dei suoi presupposti, il che non preclude l'ulteriore domanda di ingiustificato arricchimento, giacché la mancanza originaria di un requisito fondante il rimedio principale comporta che il possibile concorso tra lo stesso e l'*actio* residuale di cui all'art. 2041 c.c. sia solo apparente, non sussistendo i presupposti per l'applicazione del primo rimedio e potendo, quindi, il secondo svolgere appieno la propria funzione di chiusura; - **le ipotesi** in cui il rigetto della domanda diversa sia, invece, dovuto a inerzia dell'impovertito, il quale sia incorso nella prescrizione o decadenza del diritto azionato ovvero nella mancata dimostrazione di un presupposto fondante, il che preclude la conoscibilità dell'ulteriore domanda di ingiustificato arricchimento, evitando che il rimedio residuale si risolva in un "indebito soccorso" del soggetto che non abbia adeguatamente tutelato le proprie pretese o che pretenda di far "rivivere" un contratto nullo⁵⁰. OMISSIS

2.2. In diritto amministrativo

⁴⁷ In questo senso si è espressa, da ultimo, Cassazione civile, Sez. III, 17 gennaio 2020, n. 843.

⁴⁸ Si tratta di Cassazione civile, Sez. III, 20 febbraio 2023, n. 5222.

Il caso sottoposto all'attenzione della Sezione era il seguente.

Una società aveva acquistato un dato terreno quando era edificabile, per cui aveva presentato al comune competente una proposta di piano di lottizzazione. Nelle more era cambiata l'amministrazione comunale e la nuova aveva deciso di modificare il piano di fabbricazione e il regolamento edilizio vigenti, variando la destinazione urbanistica del terreno in questione da residenziale ad agricolo, con conseguente perdita di valore. La società proprietaria aveva rinunciato a muovere osservazioni su questa variante per le rassicurazioni ricevute dall'amministrazione circa il futuro ripristino della natura edificabile del terreno, data la sua attitudine alla viabilità ed al collegamento con altre aree. Successivamente il comune aveva adottato una variante volta a consentire l'interramento di cavi ad alta tensione nel terreno in questione, secondo quanto richiesto da un comune limitrofo. La società proprietaria del terreno aveva effettuato a proprie spese le opere d'interramento avendo il comune rinnovato la promessa (rimasta, però, non contrattualizzata) di ripristinare la natura edificabile del terreno, ma tale promessa era stata, poi, disattesa, per cui il terreno aveva conservato la destinazione agricola. A quel punto la società ha agito in giudizio chiedendo, in via principale, la condanna del comune al risarcimento dei danni per responsabilità precontrattuale e, in subordine, alla restituzione di una somma pari all'arricchimento ingiustificato derivante dall'esecuzione dei lavori.

⁴⁹ Si fa riferimento a Cassazione civile, Sezioni Unite, 5 dicembre 2023, n. 33954.

⁵⁰ Così ragionando, dunque, se il rigetto della domanda risarcitoria deriva dalla mancata prova, da parte del contraente, del danno derivante dall'altrui condotta inadempiente, l'accoglimento della domanda di ingiustificato arricchimento trova insormontabile ostacolo nel canone di residualità sancito dall'art. 2042 c.c.

La possibile incidenza del rimedio di cui all'art. 2041 c.c., in ambito pubblicistico, deriva dal fatto che **la pubblica amministrazione può compiere erogazioni economiche nei soli limiti individuati dalla legge**, per cui il privato che abbia svolto una prestazione a favore di un soggetto pubblico in assenza dei presupposti legali necessari per il pagamento del corrispettivo può essere costretto a ricorrere all'azione di ingiustificato arricchimento.

Ipotesi classica è quella dell'attività svolta dal **funzionario di fatto** (vedi, sul punto, il terzo Capitolo), a seguito della quale l'interessato riconduce la propria richiesta di compenso all'art. 2041 c.c., chiedendo una somma pari all'indennità normalmente spettante a chi svolge quelle funzioni in piena legittimità.

Sul punto **si distingue**, però, tra colui che abbia svolto le funzioni **in radicale e originaria assenza della nomina** -perché mai rilasciata o annullata prima dell'adozione dell'atto- e colui che, invece, abbia agito in base a una **nomina annullata successivamente**, ancorché con effetti *ex tunc*: **nel primo caso** la remunerazione dell'attività viene tradizionalmente ricondotta all'art. 2041 c.c. con quel che ne consegue (vedi *infra*), mentre **nel secondo caso** è chiamato in causa l'art. 2126 c.c., che garantisce al lavoratore il diritto a una congrua retribuzione dell'attività svolta⁵¹.

Vengono, poi, in evidenza le fattispecie che vedono un **soggetto privato esterno rispetto alla struttura burocratica dell'amministrazione**, normalmente un professionista intellettuale o un prestatore d'opera, **svolgere in favore della stessa la propria attività**, ad esempio di progettazione, senza che ciò sia stato precedentemente formalizzato in un rapporto contrattuale, con l'amministrazione che utilizza il risultato della prestazione rifiutandosi di remunerarla proprio per l'assenza di un previo incarico formale. Anche in questi casi è d'uso per il professionista agire ai sensi dell'art. 2041 c.c., come nel tipico caso dello **"sconfinamento dal contratto"**, che si configura quando la prestazione eseguita si collega all'oggetto di un regolare contratto ma esorbitando dai suoi limiti, come nel classico esempio dell'appaltatore che, in corso d'opera, esegua prestazioni -magari opportune per il buon esito complessivo dei lavori, ma comunque- non previste nel progetto (e, quindi, nel contratto) posto a base del rapporto formale con l'amministrazione appaltante.

Orbene in questi casi l'utilizzo dell'art. 2041 c.c. ha dato luogo a **non poche incertezze**.

Si è a lungo discusso, in primo luogo, se tra i requisiti dell'*actio* di cui all'art. 2041 c.c. nei confronti della pubblica amministrazione vi fosse il **riconoscimento, da parte dell'amministrazione stessa, dell'utilitas**, cioè del concreto arricchimento pubblico per effetto della prestazione svolta dal privato senza contratto, analogamente a quanto previsto per la *negotiorum gestio* (vedi il terzo Capitolo).

L'impostazione tradizionale era nel senso di esigere tale requisito, che, sebbene non previsto dall'art. 2041 c.c., era ricollegato all'esigenza di evitare ingerenze del giudice su valutazioni riservate all'amministrazione. Così ragionando la giurisprudenza aveva ritenuto che il riconoscimento dell'*utilitas* dovesse espressamente risultare da un formale provvedimento amministrativo, peraltro insindacabile in giudizio⁵².

In seguito era stato fatto un passo avanti per la tutela del privato, ritenendo che il riconoscimento dell'*utilitas* potesse desumersi implicitamente dal fatto che l'amministrazione avesse, poi, utilizzato la prestazione, dimostrando così di avvantaggiarsene.

La questione è stata, infine, oggetto di una **pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione**⁵³, con cui il pendolo parrebbe, **a prima vista**, essersi spostato in direzione favorevole al privato, avendo la Corte affermato che *"Il riconoscimento dell'utilità da parte dell'arricchito non costituisce requisito dell'azione di indebito"*

⁵¹ Cfr. R. Garofoli - G. Ferrari, Manuale di diritto amministrativo, 2012-13, ed. Nel diritto, pagg. 138 e segg.

⁵² Cfr. R. Garofoli - G. Ferrari, op. cit., pagg. 141 e segg.

⁵³ Cassazione civile, Sezioni Unite 26 maggio 2015, n. 10798.

arricchimento, sicché il depauperato che agisce ex art. 2041 c.c. nei confronti della p.a. ha solo l'onere di provare il fatto oggettivo dell'arricchimento, senza che l'ente pubblico possa opporre il mancato riconoscimento dello stesso, esso potendo, invece, eccepire e provare che l'arricchimento non fu voluto o non fu consapevole, e che si trattò, quindi, di "arricchimento imposto".

Con tale pronuncia è stato deciso un ricorso proposto da un imprenditore (più precisamente dalla sua vedova) che non si era visto riconoscere alcun compenso per l'effettuazione di lavori non compresi nella convenzione con cui gli era stato formalmente attribuito l'incarico da parte dell'amministrazione (sconfinamento dal contratto: vedi *supra*) e la Cassazione gli ha dato ragione, sul presupposto che *"La regola di carattere generale secondo cui 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"*.

Ma, a ben vedere, quello esaminato dalla Corte è un **caso divenuto oggi anacronistico** perché legato a un **quadro normativo superato**, il che **le stesse Sezioni Unite hanno espressamente precisato**, evidenziando come, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 23 del d.l. 2 marzo 1989, n. 66⁵⁴, si applichi alle fattispecie verificatesi successivamente (mentre quella esaminata dalla Corte era precedente) **la regola opposta** secondo cui **-a fronte di qualunque prestazione o servizio** reso da un privato in favore dell'amministrazione **senza preventivo impegno di spesa**, come tale da considerare contabilmente **"fuori bilancio"**- il soggetto pubblico può soddisfare le (di per sé legittime) pretese dell'interessato **solo previo riconoscimento della legittimità del debito fuori bilancio**, il che presuppone un procedimento apposito in cui l'amministrazione è chiamata a **valutare l'utilità dell'opera** svolta in assenza di un incarico formale.

La stessa disciplina normativa sopra richiamata prevede, inoltre, che l'esecuzione della prestazione in assenza del preventivo impegno di spesa comporti -questo sin da subito e a prescindere dalla sopra descritta procedura, che investe la sola posizione dell'amministrazione- l'insorgere *ex lege* di un **credito del privato** nei confronti **del funzionario responsabile dell'accaduto**⁵⁵, cioè di colui che ha materialmente commissionato la prestazione non prevista, il che indirettamente conferma la non esperibilità del rimedio di cui all'art. 2041 c.c., per effetto del generale carattere sussidiario dello stesso⁵⁶ (vedi *supra*).

Deve, peraltro, osservarsi come la questione in esame si sia, poi, arricchita di un **ulteriore pronuncia della Corte di Cassazione**⁵⁷, la quale, nel confermare l'impostazione sopra descritta, ha, però,

⁵⁴ Convertito in legge 24 aprile 1989, n. 144, poi abrogato dall'art. 123 del d.lgs. 25 febbraio 1995, n. 77, ma riprodotto senza sostanziali modifiche dall'art. 35, del medesimo decreto e, infine, rifluito nell'art. 191 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

⁵⁵ Credito che, in base ai principi da ultimo affermati dalle Sezioni Unite della Cassazione, con ordinanza 3 ottobre 2016, n. 19677, dovrà essere azionato davanti al giudice ordinario; difatti, secondo la citata pronuncia, *"Presupposto della giurisdizione amministrativa - secondo la Carta costituzionale- è che la tutela giurisdizionale deve avere luogo con la partecipazione in posizione attiva o passiva della pubblica amministrazione -ovvero del soggetto che, pur non facendo parte dell'apparato organizzativo di essa, eserciti le attribuzioni dell'amministrazione; pertanto l'art. 103 Cost. non consente di ritenere che il Giudice amministrativo possa conoscere di controversie di cui non sia parte una pubblica amministrazione, o soggetti ad essa equiparati, sicché la pretesa risarcitoria avanzata nei confronti del funzionario amministrativo in proprio, cui si imputi l'adozione del provvedimento illegittimo, va proposta dinanzi al giudice ordinario"* (massima tratta da Lexitalia.it).

⁵⁶ Cfr., tra le pronunce più recenti, Cassazione civile, Sez. III, ordinanza, 19 maggio 2017, n. 12608.

⁵⁷ Si tratta di Cassazione civile, Sez. VI, 31 marzo 2022, n. 10432, secondo cui *"In tema di assunzione di obbligazioni da parte degli enti locali, qualora le obbligazioni siano state assunte senza un previo contratto e senza l'osservanza dei controlli contabili relativi alla gestione dello stesso, al di fuori delle norme di evidenza pubblica, insorge un rapporto obbligatorio direttamente tra chi abbia fornito la prestazione e l'amministratore o il funzionario inadempiente che l'abbia consentita. Tuttavia, al fine di salvaguardare il principio di sussidiarietà dell'azione di ingiustificato arricchimento, sussistono in tal caso in favore del funzionario (o amministratore)*

consentito al funzionario pubblico (in quel caso un amministratore di un comune, dunque un funzionario onorario) **che abbia pagato di tasca propria il compenso del professionista di agire ai sensi dell'art. 2041 c.c. nei confronti della pubblica amministrazione** beneficiaria della prestazione del professionista, ripristinando il “riequilibrio sostanziale” delle posizioni coinvolte. Difatti il funzionario, a differenza del professionista, può fruttuosamente esercitare il rimedio generale di cui all'art. 2041 c.c. semplicemente perché la sua posizione non è attinta dalla sopra richiamata disciplina di settore in materia di debiti fuori bilancio, per cui l'azione di ingiustificato arricchimento può svolgere, in suo favore, la propria classica funzione sussidiaria.

Un'ultima notazione riguarda i **criteri di riparto della giurisdizione**, che in materia di azione ex art. 2041 c.c. conducono, per regola, al **giudice ordinario**, giacché la domanda di ingiustificato arricchimento -non collegandosi all'esercizio del potere, bensì al fatto dell'arricchimento (e correlato impoverimento) ingiustificato- ha come *causa petendi* un diritto soggettivo.

Più dubbia la questione laddove l'*actio* ex 2041 c.c. sia proposta nell'ambito di una materia in cui il giudice amministrativo dispone di giurisdizione esclusiva, rispetto alle quali la tesi dominante è che lo stesso possa conoscere anche delle domande di ingiustificato arricchimento⁵⁸.

Inoltre sono attribuite al **giudice amministrativo** le controversie aventi a oggetto **la procedura di riconoscimento, da parte dell'amministrazione, del debito fuori bilancio** (vedi *supra*), vista l'incidenza sulle stesse del relativo potere di valutazione esercitato dall'amministrazione.

le condizioni affinché egli possa esercitare l'azione ex art. 2041 c.c. verso l'ente nei limiti dell'arricchimento da questo conseguito. Pertanto, l'amministratore che sia stato convenuto dal privato ben può esercitare l'azione di arricchimento onde essere rilevato indenne dall'esborso; lo può fare perché l'azione diretta di indebito arricchimento verso l'amministrazione locale è preclusa al professionista o al fornitore del servizio, il quale può agire contrattualmente in via principale nei confronti del singolo amministratore in ragione della costituzione ope legis del rapporto obbligatorio con lui. La proposizione di tale azione espone tuttavia l'amministratore condannato in proprio a un depauperamento patrimoniale che si correla a un arricchimento ingiustificato dell'amministrazione pubblica, per avere comunque quest'ultima beneficiato di una prestazione patrimoniale senza corrispettivo: ne deriva, pertanto, l'esigenza di tutela dell'amministratore, che può essere soddisfatta mediante la proposizione, in mancanza di altre azioni, proprio dell'azione di ingiustificato arricchimento verso l'ente pubblico, a norma dell'art. 2041 c.c.”

⁵⁸ Cfr., da ultimo, Cassazione civile, Sezioni Unite, 29 luglio 2013, n. 18192, secondo cui “È devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto il risarcimento dei danni, od in subordine l'ingiustificato arricchimento, derivanti dall'inosservanza da parte di una società privata agli obblighi di un accordo di programma stipulato tra enti pubblici, cui la prima aveva successivamente aderito, finalizzato alla bonifica ed al recupero di un'intera zona industriale, trattandosi di causa inerente all'esecuzione di un accordo da qualificarsi come integrativo o sostitutivo di provvedimenti amministrativi di tali enti, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, che ricomprende tali controversie tra quelle riservate al giudice amministrativo, senza che alcun rilievo possa attribuirsi alla clausola sulla competenza territoriale contenuta in detto accordo, non potendo essa derogare alla giurisdizione circa gli effetti del menzionato accordo sostitutivo”; cfr. anche Corte Costituzionale 18 febbraio 2011, n. 54, secondo cui “È manifestamente infondata la q.l.c. dell'art. 4 d.l. 23 maggio 2008 n. 90, conv., con modificazioni, in l. 14 luglio 2008 n. 123, censurato, in riferimento all'art. 103, comma 1, Cost., nella parte in cui non esclude dalla giurisdizione esclusiva del G.A. le controversie - anche sub specie di regresso, ripetizione ovvero ingiustificato arricchimento nei rapporti interni tra enti condebitori - concernenti il pagamento di indennità, canoni ed altri corrispettivi connessi alla complessiva azione di gestione dei rifiuti. Identica questione è stata, infatti, già dichiarata non fondata, nei sensi di cui in motivazione e, successivamente, manifestamente infondata”.

Dal Capitolo IX – Sezione I

5.6.2. L'art. 1227 c.c. e il danno da evasione fiscale

L'art. 1227 c.c. è stato evocato in un significativo arresto delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁵⁹ dedicato a una questione assai controversa come la **relazione giuridica esistente tra le condotte di evasione fiscale penalmente rilevanti e le possibili conseguenze risarcitorie delle stesse in ordine al danno cagionato al Fisco.**

Come noto, l'articolo 185, comma 2, c.p. stabilisce che il reato obbliga il colpevole al risarcimento del danno patrimoniale o non patrimoniale eventualmente cagionato dalla condotta criminosa.

Nessuna **previsione normativa è, invece, dedicata alla relazione giuridica esistente tra la responsabilità civile per il danno cagionato da un reato tributario**, che in astratto potrebbe giustificare la costituzione del Fisco come parte civile, e **gli ordinari strumenti di riscossione coattiva che il Fisco stesso può esercitare per recuperare le somme sottratte alla tassazione.**

In tale contesto normativo sono stati sottoposti alle Sezioni Unite i seguenti quesiti:

- 1. Se e quando il danno causato dall'evasione fiscale coincida concettualmente e concretamente con l'imposta evasa.**
- 2. Se il Fisco abbia l'onere di attivare preliminarmente gli strumenti ordinari di accertamento e riscossione coattiva del tributo o possa, invece, rivendicare il danno da evasione fiscale direttamente nel processo penale, costituendosi parte civile.**
- 3. In che modo, una volta instaurato il giudizio risarcitorio per il danno da evasione, si ripartisca l'onere della prova**, restando da chiarire se debba essere il Fisco a dimostrare di aver perduto senza colpa il proprio credito in conseguenza del fatto illecito oppure il convenuto a dimostrare il contrario.

Le Sezioni Unite hanno preliminarmente chiarito che **il debito d'imposta è un'obbligazione pecuniaria di origine legale** e che in caso di inadempimento della stessa l'Amministrazione fiscale dispone sia degli strumenti ordinari di riscossione e accertamento sia del rimedio risarcitorio per il danno da inadempimento.

Tuttavia per **delineare correttamente i rapporti e i reciproci confini tra i due rimedi** occorre tenere conto del fatto che, quanto meno in senso tecnico, il danno è concetto diverso dalla prestazione originariamente dovuta, ancorché nelle obbligazioni pecuniarie, come quella tributaria, l'oggetto materiale sia il medesimo. Pertanto il tributo evaso non coincide concettualmente con il danno da inadempimento, essendo il primo oggetto dell'obbligazione originaria e perciò dell'ordinaria azione di adempimento, il secondo oggetto dell'obbligazione risarcitoria azionabile ai sensi dell'art. 1218 c.c.

A ciò consegue che il Fisco non possa proporre azione risarcitoria in sede penale al fine di ottenere la condanna dell'evasore al pagamento del tributo non pagato, poiché quest'ultimo non costituisce una voce di danno azionabile in sede penale, ove è consentito "l'incidente risarcitorio" solo per i veri e propri "danni da reato". Così come in sede penale neppure è possibile chiedere il pagamento degli interessi moratori decorrenti sull'importo del tributo evaso, in quanto, pur remunerando il danno da ritardo nelle obbligazioni pecuniarie, detti interessi sono identificati direttamente dall'art. 1224 c.c.

⁵⁹ Si tratta di Cassazione civile, Sezioni Unite, 12 ottobre 2022, n. 29862.

negli interessi legali, decorrenti dal giorno della mora e dovuti anche se il creditore non prova di aver sofferto alcun danno, per cui la relativa voce dovrà essere dal Fisco liquidata e riscossa utilizzando gli strumenti ordinari di accertamento e riscossione coattiva previsti per il tributo evaso.

Viceversa **il Fisco potrà rivendicare nel giudizio penale il risarcimento dei soli danni da evasione diversi dall'importo del tributo e dai relativi interessi**, giacché su tali voci ulteriori non potrebbe ovviamente utilizzare le ordinarie procedure di riscossione coattiva. Si tratta, in sostanza, **del “maggior danno” cui fa riferimento il secondo comma dell'art. 1224 c.c.**, non di rado configurabile in una fase storica come quella attuale, caratterizzata da un'elevata inflazione. **La prova di tale maggior danno compete ovviamente al Fisco stesso.** Deve, comunque, **escludersi che il maggior danno possa consistere nel “danno funzionale”, *id est* nel “turbamento” dell'attività amministrativa causato dalla condotta di evasione**, posto che il contrasto di quest'ultima rappresenta una delle funzioni fondamentali istituzionalmente assegnate agli uffici dell'Amministrazione finanziaria.

Altra domanda risarcitoria proponibile nel giudizio penale è quella avente a oggetto la **pretesa rivolta nei confronti di una persona diversa dal soggetto passivo d'imposta**, posto che nei confronti della stessa non sono ovviamente esperibili gli ordinari strumenti di riscossione coattiva. Proprio in tale ipotesi **emerge la rilevanza dell'art. 1227 c.c.**, avendo le Sezioni Unite chiarito che il Fisco potrà ottenere la condanna del terzo responsabile in sede penale (solo) ove dimostri di avere perso il proprio credito fiscale nei confronti del contribuente ovvero la ragionevole probabilità dell'infruttuosa esazione dello stesso. Il che equivale a dire che, nel giudizio di danno promosso nei confronti di persona diversa dal contribuente, è onere del Fisco provare l'originaria esistenza del credito fiscale, nonché la perdita dello stesso e il nesso causale tra la stessa e la condotta dell'imputato, mentre **compete al convenuto dimostrare che la perdita del credito è avvenuta per negligenza dell'Amministrazione tributaria, capace di escluderne -in tutto o in parte- la responsabilità ai sensi dell'art. 1227 c.c.**