

## Azione generale di arricchimento nei confronti della P.A. e problematiche sulla determinazione del *quantum* indennizzabile

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, SENTENZA 7 GIUGNO 2013 N. 3133

Giulia Guccione\*

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Inquadramento generale dell'istituto - 3. L'accertamento della misura dell'arricchimento dovuto.

### 1. Premessa.

Con recente pronuncia la quinta sezione del Consiglio di Stato ha mostrato di aderire all'orientamento secondo il quale l'indennità prevista dall'art. 2041 c.c. va liquidata nei limiti della diminuzione patrimoniale subita dall'esecutore della prestazione resa in virtù del contratto (nel caso di specie di appalto pubblico) invalido, con esclusione di quanto lo stesso avrebbe percepito a titolo di lucro cessante se il rapporto negoziale fosse stato valido ed efficace; per cui, ai fini della determinazione dell'indennizzo dovuto, non potrebbe farsi ricorso alla revisione prezzi poiché tendente ad assicurare al richiedente quanto si riprometteva di ricavare dall'esecuzione del contratto, e inidonea, pertanto, a costituire anche solo un mero parametro di riferimento, trattandosi di meccanismo sottoposto dalla legge a precisi limiti e condizioni, pur sempre a fronte di un valido contratto di appalto.

Al fine di meglio comprendere l'opportunità di tale orientamento giurisprudenziale, già consolidatosi nella giurisprudenza ordinaria, s'è scelto di operare una ricostruzione storica e dogmatica dell'istituto, con particolare riferimento all'evoluzione delle elaborazioni teoriche concernenti la determinazione della misura dell'indennità e le problematiche sottese in ordine alle differenti possibili soluzioni.

### 2. Inquadramento generale dell'istituto.

L'arricchimento senza causa *ex art.* 2041 c.c., trova antecedente in quell'istituto del diritto romano classico, ricondotto alla categoria dei "quasi contratti", che prendeva il nome di *actio de in rem verso* (1), ed appartiene all'ampia ed eterogenea categoria dei rimedi restitutori essendo, per l'appunto, volto a consentire il recupero di quanto da un soggetto lucrato senza causa a spese di un altro (2).

---

(\*) Avvocato del libero Foro, già praticante presso l'Avvocatura dello Stato.

(1) In tema v. GALLO, *Commentario al Codice civile* diretto da BUSNELLI, artt. 2041-2042, Milano, 2003, 9.

(2) ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, 381 e ss.

Oggi, a ben guardare, potrebbe risultare fuorviante l'inquadramento operato dalla dottrina romanistica posto che, com'è noto, elemento caratterizzante il quasi contratto è la presenza di un comportamento volontario del soggetto che, con esso, fa sorgere l'obbligazione.

Nell'arricchimento senza causa è invece assente ogni componente volontaristica poichè l'obbligazione sorge direttamente dalla legge quando si verificano i presupposti fondamentali, individuati secondo l'interpretazione tradizionale, in quattro elementi fondamentali: la contemporanea sussistenza di un arricchimento da un lato, e di un impoverimento, dall'altro; l'esistenza del nesso causale fra quest'ultimi e la mancanza di un titolo giustificativo del negozio (3).

L'azione di arricchimento nei confronti della pubblica amministrazione (4) presenta caratteri di specialità rispetto al rimedio generale. Caratteri, quest'ultimi, configurati in via pretoria, e comportanti talvolta anche vistosi allontanamenti dalla struttura-base prima brevemente richiamata.

Primo dato differenziale è l'aggiunta di un ulteriore requisito: il riconoscimento dell'utilità da parte dell'Amministrazione (5) (o, per usare una locuzione ripresa da risalente giurisprudenza, "previo gradimento dell'amministrazione stessa"). Requisito, questo, formulato già nella vigenza del codice del 1865 dapprima in materia di gestione d'affari altrui e successivamente esteso anche all'azione di arricchimento e confermato da una pronuncia delle Sezioni Unite del 2008 (6), *leading case* nella materia *de qua*, cui successivamente si è conformata la giurisprudenza sia civile che amministrativa (7).

Un presupposto che, *prima facie*, potrebbe apparire iniquo dato che così ragionando si subordina il diritto del depauperato al compimento di un atto da parte di un soggetto che, in linea teorica e astratta, non ha alcun interesse a compimento ma che diviene condivisibile ove si tenga conto della *ratio* sottesa, da ravvisarsi nel fatto che l'autorità giudiziaria - per i limiti di cui all'art. 4, L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E - non potrebbe scendere ad un esame discrezionale e tecnico circa l'utilità conseguita dalla P.A, il cui giudizio è rimesso interamente e unicamente all'amministrazione.

---

(3) CARINGELLA, *Manuale di diritto civile. Le obbligazioni*, Milano, 2008, 1221 e ss.

(4) PRUSSIANI, *L'azione di arricchimento senza causa nei rapporti tra la pubblica amministrazione ed il professionista: riconoscimento dell'utilitas e criteri di quantificazione dell'indemizzo*, in *Corriere Giur.*, 2012, 10, 1216.

(5) *Ex plurimis*: v. Trib. Milano Sez. I, 15 febbraio 2012 ai sensi del quale "L'azione di arricchimento senza giusta causa, disciplinata dall'art. 2041 c.c., è esperibile nei confronti della P.A. allorché la stessa abbia tratto un vantaggio economico dall'attività posta in essere in suo favore da un terzo. Ai fini del valido esperimento dell'azione, in ragione degli interessi pubblici perseguiti dall'amministrazione, è richiesta la sussistenza di ulteriori condizioni rispetto alla previsione codicistica quali, oltre al fatto materiale dell'esecuzione di una prestazione economicamente vantaggiosa per l'ente pubblico, il riconoscimento dell'utilità stessa da parte dell'ente".

(6) Cass. civ. Sez. Unite, 11 settembre 2008, n. 23385.

(7) Cons. St., Sez. III, 24 aprile 2013, n. 2312.

A questa, si affianca l'ulteriore esigenza di tutelare l'interesse pubblico - che deve permeare l'agire della P.A. - contro l'iniziativa di privati che agiscano all'insaputa delle autorità competenti per trarne comunque un vantaggio economico; esigenza tanto più sussistente se si pensa alla circostanza che un orientamento ha, in passato, ammesso il computo del lucro cessante all'interno del *quantum* da restituire (8).

Altra obiezione che potrebbe essere mossa attiene ad un'asserita disparità che in tal modo si creerebbe quando, a parità di prestazione e soggetto passivo dell'obbligazione, l'azione si modellerebbe in modo differente a seconda che destinatario della prestazione sia un altro soggetto privato o l'Amministrazione. Profilo che non si può certo ritenere discriminatorio se sol si pensa alla diversa rilevanza degli interessi giuridicamente rilevanti di cui questi sono portatori, pertanto idonea a giustificare, sul piano della ragionevolezza, una diversità di disciplina.

Superati tali preliminari dubbi, ci si è chiesti, quanto alle modalità con cui deve avvenire il riconoscimento, se questo sia ammissibile anche in forma implicita o debba, piuttosto, avere carattere esplicito e avvenire con atto formale.

In particolare, i fattori di quest'ultima tesi si dividono tra quanti richiedono non solo un atto espresso, ma anche che questo sia costituito da un provvedimento adottato a conclusione di un procedimento correttamente instaurato ed abbia, insomma, tutti i crismi di validità ed efficacia, e tra quanti ammettono che il requisito sia soddisfatto anche da un atto carente delle varie formalità, purchè da questo risulti chiaramente che l'Amministrazione riconosce d'aver conseguito un vantaggio.

Viceversa, altro orientamento ha ritenuto che il riconoscimento potesse avvenire anche implicitamente (9), soprattutto quando l'ente era divenuto all' "utilizzo", posto che, empiricamente, si riscontrava l'esperibilità di quest'azione in presenza di prestazioni di privati avvenute in dipendenza di contratti irregolari, nulli o inesistenti da parte, generalmente, di imprenditori o professionisti. Così, negli ultimi tempi la giurisprudenza ha optato per un'attenuazione della rilevanza di questo requisito, essendosi infine consolidata la regola in virtù della quale ai fini del riconoscimento è sufficiente un uso o un impiego dei beni o dei servizi per le finalità dell'ente; sicchè può oggi ammettersi che questo risulti implicitamente per *facta concludentia* o attraverso l'utilizzazione della prestazione.

Questa evoluzione giurisprudenziale trova giustificazione nel tentativo,

---

(8) V. Cass. 7136/1996; Cass. 12 aprile 1995 n. 4192; Cass. sez. un. 5833/1984 e Cass. 6570/2005 che apportano un temperamento alla tesi ivi sostenuta e secondo cui il mancato guadagno indennizzabile deve considerarsi soltanto quello che il professionista avrebbe ricavato dal normale svolgimento della sua attività professionale nel periodo di tempo dedicato invece all'esecuzione dell'opera utilizzata dall'ente pubblico.

(9) Cfr. Cons. St., Sez. V, 4 giugno 2009 n. 3460.

da parte dei giudici, di temperare la posizione di vantaggio in cui si trova la P.A. in dette situazioni sostanziali, ed evitarne un eccessivo arbitrio.

Altro profilo che attiene le forme del riconoscimento riguarda gli organi all'uopo abilitati.

Se da un lato, infatti, la giurisprudenza ha mostrato un'apertura verso le esigenze del privato ammettendo la forma implicita del riconoscimento, dall'altro ha circoscritto l'ambito dei soggetti deputati al riconoscimento (esplicito o implicito) dell'utilità della prestazione. Questo, infatti, pur non dovendo rispondere a particolari requisiti di forma, è desumibile solo da atti e comportamenti di organi qualificati, cui sia rimessa la formazione della volontà dell'ente, e non da qualsiasi soggetto facente parte della struttura dell'ente (10).

## 2. L'accertamento della misura dell'arricchimento dovuto.

La *querelle* che tuttavia ha maggiormente interessato la giurisprudenza attiene al profilo dell'accertamento della misura dell'arricchimento dovuto e, con tutta probabilità, nasce dal fatto che l'azione di arricchimento è - nonostante la sua natura sussidiaria - un rimedio suscettibile di essere esperito in moltissime fattispecie.

Tra i casi in cui vi si è fatto più frequente ricorso spiccano l'arricchimento causato da fatto altrui e l'arricchimento dovuto all'esecuzione di una prestazione professionale sulla base di un negozio irregolare, invalido o inesistente (11); ed è forse per ovviare alle iniquità che si sarebbero prodotte in questi casi che recentemente la giurisprudenza ha cominciato a scostarsi dalla previsione testuale dell'art. 2041 il quale, a onor del vero, dice che l'obbligo restitutorio non può superare il limite dell'arricchimento.

Tre sono i filoni giurisprudenziali succedutisi a riguardo negli anni: il primo, volto a escludere dal computo dell'indennizzo il mancato guadagno *ex artt.* 1223 e ss. c.c., pone l'accento sulla differenza tra il danno aquiliano e il pregiudizio cui si riferisce la disciplina dell'arricchimento; un secondo sostiene

---

(10) Vedi in tal senso: Cass. civ. Sez. I, 18 aprile 2013, n. 9486 secondo cui "il riconoscimento dell'utilità dell'opera e la configurabilità stessa di un arricchimento restano affidati a una valutazione discrezionale della sola P.A. beneficiaria, unica legittimata - mediante i suoi organi amministrativi o tramite quelli cui è istituzionalmente devoluta la formazione della sua volontà - ad esprimere il relativo giudizio, che presuppone il ponderato apprezzamento circa la rispondenza, diretta o indiretta, dell'opera al pubblico interesse, senza che possa operare in via sostitutiva la valutazione di amministrazioni terze, pur se interessate alla prestazione, né di un qualsiasi altro soggetto dell'amministrazione beneficiaria. Tale riconoscimento può essere esplicito o implicito, occorrendo, in quest'ultimo caso, che l'utilizzazione dell'opera sia consapevolmente attuata dagli organi rappresentativi dell'ente, in quanto la differenza tra le due forme di riconoscimento sta solo nel fatto che la prima è contenuta in una dichiarazione espressa, mentre la seconda si ricava da un comportamento di fatto, tale da far concludere che il suo autore abbia inteso conseguire uno specifico risultato".

(11) Si veda, sull'argomento: PRUSSIANI, *L'azione di arricchimento senza causa nei rapporti tra la pubblica amministrazione ed il professionista: riconoscimento dell'utilitas e criteri di quantificazione dell'indennizzo* in *Corriere Giur.*, 2012, 10, 1216.

che deve essere indennizzato il valore corrispondente al «giusto prezzo» o «giusto corrispettivo» della prestazione eseguita dall'impoverito; un ultimo, maggioritario, invece ritiene che all'impoverito debba essere indennizzato sia il danno emergente che il lucro cessante.

La prima impostazione fra quelle citate ha, in particolare, fatto leva sul concetto di «diminuzione patrimoniale» e sulla differenza intercorrente fra i concetti di «perdita» e «danno» (12) i quali differirebbero, per la circostanza che il secondo, a differenza del primo, è ricollegato a profili di responsabilità. Alla sussistenza di una responsabilità del soggetto, infatti, corrisponderebbe un maggior disvalore del fatto e, pertanto, la necessità di un differente trattamento in sede di computo del *quantum*: ne deriverebbe la necessaria esclusione del mancato guadagno, il quale atterrebbe, più opportunamente, alla sola nozione di danno. Di conseguenza, una equa liquidazione del *quantum* dovrebbe ammontare limitatamente alla somma di quanto un soggetto abbia fatto proprio in virtù della diminuzione patrimoniale dell'altro soggetto coinvolto.

I fautori della seconda ricostruzione - secondo cui invece il danno *ex art.* 2041 c.c. deve essere equivalente al valore del bene o della prestazione o dell'attività altrui che ha prodotto l'arricchimento - ravvisano l'elemento differenziale con la responsabilità da illecito nel fatto che, in quest'ultimo caso, il danno è pari non al valore della cosa o della prestazione, bensì all'interesse leso, valutato in concreto e corrispondente al danno emergente e al lucro cessante. L'art. 2041, porrebbe una tutela omogenea ad altre ipotesi (artt. 935, 936 e 939 c.c.) tutte espressive, in realtà, di principi aventi portata generale. Quindi, se da un lato non può ristorarsi il lucro cessante, ciò non vuol dire che l'impoverito debba subire un ingiusto pregiudizio, quale sarebbe se l'indennizzo non corrispondesse al «giusto valore».

Una tesi siffatta è stata seguita dalla giurisprudenza soprattutto nei casi di prestazione d'opera di un professionista o di un imprenditore, avvenuta in virtù di un titolo inesistente o invalido. Con una soluzione equitativa e dando rilievo al «giusto corrispettivo» per la prestazione eseguita, si è così riconosciuto al professionista ciò che avrebbe ricavato dal normale svolgimento della propria attività professionale, pur negando - formalmente - la possibilità che la restituzione potesse consistere nella controprestazione indicata nel contratto stesso poichè *l'actio de in rem verso* non può surrettiziamente instaurare vincoli contrattuali.

Ben presto, e specificamente con riguardo alle azioni di arricchimento esperite nei confronti della pubblica amministrazione per prestazioni profes-

---

(12) Mentre, infatti, quest'ultimo mira ad ottenere la *restitutio in integrum* in virtù del principio in base al quale si vuole evitare che l'agire *contra legem* di un soggetto possa produrre conseguenze negative nella sfera patrimoniale e personale di un altro soggetto; il «riparare alla perdita» ha come fine quello di rimediare, semplicemente, allo squilibrio formatosi senza adeguata giustificazione, sicchè avrebbe quella base prettamente equitativa, riscontrabile in altre fattispecie codicistiche (es.: 2045 e 2047 c.c.) ove sono previste indennità al difettare dei presupposti per il risarcimento *ex art.* 2043.

sionali eseguite in virtù di contratti invalidi, si è sviluppato il terzo orientamento menzionato, il quale propendeva per un'interpretazione estensiva della locuzione di cui all'art. 2042 c.c.: «pregiudizio subito» .

Ponendo, infatti, al centro dell'analisi la lesione dell'interesse e il danno dell'impovertito, la Cassazione ha riconosciuto indennizzi individuati in base ai tariffari professionali, o a norma dell'art. 1226 c.c., così realizzando un ristoro per la lesione della situazione giuridica soggettiva dell'impovertito del tutto analogo a quello che potrebbe realizzarsi con l'azione risarcitoria.

Pur ammettendo che l'interpretazione letterale conduceva alla non indennizzabilità del mancato guadagno, s'affermava - tuttavia - che diminuzione patrimoniale rilevante *ex* l'art. 2041 c.c. dovesse essere ogni perdita economica del soggetto a svantaggio del quale l'*accipiens* si fosse arricchito, compreso il mancato guadagno. Ciò perché a fondamento della norma vi sarebbe una *ratio* volta ad evitare che un soggetto ottenga senza causa un incremento patrimoniale a danno di un altro soggetto: il considerare l'intero pregiudizio subito sarebbe, insomma, diretta conseguenza dell'interpretazione teleologica dell'istituto e approdo necessitato dalla rilevanza dell'elemento causale all'interno del nostro ordinamento, sicché non sarebbe possibile tollerare spostamenti patrimoniali disgiunti da una causa giustificatrice, neppure quando beneficiario ne sia un ente pubblico (13).

Una siffatta soluzione, condivisibile per la coerenza coi principi fondamentali che governano gli spostamenti patrimoniali, ha tuttavia avuto - quale effetto distorsivo - quello di trasformare l'*actio de in rem verso* in un rimedio equitativo privo di parametri certi di riferimento, idoneo a far conseguire ai soggetti privi di valido titolo il compenso tendenzialmente integrale cui avrebbero avuto diritto ove l'affare fosse stato validamente concluso. Con la particolarità che, di volta in volta, l'azione di indebito arricchimento prendeva in prestito (mascherandoli da meri indici parametrici o da elementi di prova presuntiva richiesti per una corretta valutazione equitativa) i criteri di liquidazione più favorevoli all'impovertito, applicandoli senza dover sottostare ai presupposti e alle condizioni cui il legislatore subordinava l'individuazione della controprestazione di lavori e servizi per la P.A. Con la pericolosa conseguenza di indebiti vantaggi per il privato contraente con la P.A., il quale avrebbe potuto ottenere la rideterminazione in base a parcella da lui stesso predisposta, ancorata alle tariffe professionali, anziché il minor compenso già prestabilito dall'ente nella convenzione invalida o nel capitolato (14). Ad aggravare il quadro generale stava la circostanza che questi effetti positivi si producevano anche a favore di chi sapeva non esistere affatto un contratto o, peggio, ne conosceva l'invalidità, poiché - non riguardando profili di responsabilità - l'azione *de qua*

---

(13) Cfr. Cass., S.U., n. 1025/1996; Cass. 7694/1992.

(14) V. Cass. civ. Sez. III, 25 settembre 1998, n. 9584.

prescinde da qualsiasi indagine sull'elemento psicologico; e ciò anche nelle ipotesi del c.d. arricchimento imposto o mediato, ove gli impoverimenti sono dovuti ad iniziative e comportamenti stessi dell'impoverito.

Il risultato aberrante di questa giurisprudenza è stato quello di rendere l'azione *de qua* una alternativa rispetto al rapporto contrattuale vero e proprio, ideale "scappatoia" per eludere l'applicazione delle norme imperative dell'evidenza pubblica (15).

A partire dagli anni Novanta è subentrata in giurisprudenza una cautela sempre maggiore nella concessione dell'azione *de qua*. Cautela che s'è tradotta, anzitutto, nella pretesa di un doppio requisito del riconoscimento, che poc'anzi abbiamo anticipato e qui giova ripetere e meglio puntualizzare, che dev'essere sia consapevolmente attuato dagli organi rappresentativi dell'ente, e concretizzarsi nell'effettiva utilizzazione della prestazione medesima; sia proveniente non più da qualsiasi soggetto o ufficio che faccia parte della struttura dell'ente, bensì solo da quelli cui è rimessa la formazione della volontà dello stesso o che per legge ne hanno la rappresentanza esterna, o in altre parole, da quegli stessi organi che sarebbero stati competenti a manifestare la volontà dell'amministrazione di contrarre nonché a stipulare.

In questo clima si innesta una importante pronuncia delle SS.UU. (16) che, con l'occasione, hanno riesaminato in radice funzione e finalità dell'azione *ex art. 2041 c.c.* allorché rivolta contro la pubblica amministrazione e, disattendendo la giurisprudenza divenuta ormai maggioritaria, si sono espresse a favore dell'interpretazione che esclude dal computo dell'indennizzo il lucro cessante. Più sono gli argomenti a sostegno svolti in motivazione.

*In primis*, l'argomento testuale: la lettera della norma è chiara sul punto e si

---

(15) Mosso proprio da questa preoccupazione, è intervenuto il legislatore che ha tentato, senza peraltro riuscirci, di ridimensionare l'istituto con l'art. 23, 4° co., D.L. 2 marzo 1989, n. 66, convertito in L. 24 aprile 1989, n. 144, stabilendo che in materia di enti locali in caso di lavori urgenti, non regolarizzati, è solo possibile agire *ex contractu* nei confronti del funzionario che ha agito illegittimamente. Nelle intenzioni del legislatore la configurazione di una responsabilità contrattuale diretta in capo al funzionario avrebbe dovuto costituire un deterrente contro le violazioni di legge da parte dei pubblici dipendenti i quali perseguivano fini di profitto colludendo con soggetti privati contraenti. Ma sarebbe stato deterrente per i privati stessi, onerati ad addivenire a una contrattazione munita di tutti i crismi, data la probabile e frequente insolvibilità del funzionario stesso. In seguito la giurisprudenza si è per lo più attenuta a questa normativa escludendo la possibilità per il privato di agire direttamente in arricchimento contro la P.A.: infatti, posto il carattere esplicitamente sussidiario dell'azione *ex art. 2042 c.c.*, la possibilità di agire *ex contractu* nei confronti del funzionario escluderebbe la possibilità di agire in arricchimento nei confronti della P.A., salva la possibilità per il privato di esperirla in via surrogatoria. Successivamente il legislatore è nuovamente intervenuto con il D.Lgs. 15 settembre 1997, n. 342 riconoscendo alla P.A. la facoltà di riconoscere i debiti fuori bilancio «nel limite dell'indebito arricchimento», in tal modo generando notevole confusione perché da un lato ripristinava il principio per cui compete all'ente stesso il riconoscimento dell'utilità, dall'altro pretendeva un riconoscimento formale, in palese contrasto con l'evoluzione giurisprudenziale prima citata che già in precedenza aveva ammesso che questo avvenisse anche implicitamente.

(16) Cass. Civ., Sez. Un., 11 settembre 2008, n. 23385.

pone in linea di continuità col principio romanistico «*iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores*» il quale consentiva di riparare, attraverso la nascita di obbligazioni restitutorie in capo all'arricchito, il *detrimentum* sofferto da un impoverito a seguito dell'esecuzione di una prestazione senza una giustificazione, sia essa mancante *ab origine* o venuta meno successivamente. Tale istituto presupponeva la nascita di un'obbligazione avente marcatamente carattere restitutorio, non di riparazione o risarcimento. Se, dunque, la natura dell'obbligazione è restitutoria, oggi come in passato, deve concludersi che l'esclusiva funzione dell'*actio de qua* sia semplicemente quella di porre in equilibrio una situazione di fatto alterata. A conferma le Sezioni Unite riportano che già sotto il codice del 1865 la giurisprudenza ammetteva l'*actio de in rem verso* del tutto simile a quella romanistica.

Conclusione avallata, oltre che dalle applicazioni storiche dell'istituto anche dalla collocazione sistematica che questo riceve all'interno del codice: subito dopo le ipotesi di obbligazioni restitutorie. Potrebbe concludersi, da ciò, che tali ipotesi e l'azione di arricchimento hanno un comune principio ispiratore volto a ripristinare una situazione di equilibrio tramite la «restituzione», rimanendo comunque differenziati circa la portata: le prime sono rimedi applicabili a fattispecie tipiche, riferite a specifiche perdite, l'azione ex art. 2041 ha invece portata generale potendo applicarsi a tutte le ipotesi di perdite ingiuste non previste dal legislatore a chiusura dei rimedi esperibili e avente dunque carattere sussidiario (previsto esplicitamente all'art. 2042 c.c.). Inoltre, siffatta conclusione è l'unica coerente con l'esigenza di evitare ogni possibile commistione con le azioni contrattuali, le sole aventi la funzione di assicurare al privato il giusto corrispettivo dell'incarico o dei lavori eseguiti.

Ma v'è di più. In tal modo, risulta ripristinata la funzione originaria di norma generale di chiusura destinata a disciplinare tutti i casi cui debba conseguire la restituzione che il legislatore non sarebbe in grado di prevedere singolarmente. Con la rilevante conseguenza che, vertendosi in tema di restituzioni e non di risarcimento, deve concludersi necessariamente che la norma non mira alla ricomposizione del patrimonio dell'impoverito, sicché difetta in radice un titolo idoneo a compensare il suo mancato incremento attraverso profitti non realizzati.

Da queste argomentazioni, non può non trarsi una stigmatizzazione del percorso logico seguito dalla giurisprudenza prima esaminata, in base al quale la stima dell'indennizzo non solo veniva conformata al modello contrattuale senza tener poi conto delle specifiche condizioni e limitazioni costituite dalle regole dell'evidenza pubblica, ritenute eppure assolutamente inderogabili, eludendole e neutralizzandone in nome di imprecisate esigenze equitative; ma, altresì, utilizzava istituti ed elementi parametrici peculiari di dette azioni col risultato di assicurare all'autore di una prestazione eseguita - malgrado l'invalidità del contratto - il medesimo profitto che avrebbe ricavato nello stesso periodo di tempo da altre attività remunerate.

In tal modo l'azione *de qua* non presenta più i caratteri di strumento *legibus solutus* idoneo, da un lato, a ricomprendere tutti i benefici derivanti da un contratto valido e, dall'altro, a trascenderlo per aggiungervi anche quelli non consentiti dalle condizioni e dai limiti posti dall'ordinamento all'attività negoziale degli enti pubblici.

In conclusione, può oggi dirsi che con la sentenza delle SS.UU. è stato inaugurato un consolidato orientamento nella giurisprudenza di legittimità (17), teso a privilegiare l'interpretazione dell'art. 2041 c.c. che esclude dal calcolo dell'indennità (richiesta per la "diminuzione patrimoniale" subita dall'esecutore di una prestazione in virtù di un contratto invalido) quanto lo stesso avrebbe percepito a titolo di lucro cessante se il rapporto negoziale fosse stato valido ed efficace.

Orientamento che, come dimostra la pronuncia in epigrafe, pare essere stato ormai recepito anche nella giurisprudenza amministrativa.

**Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 7 giugno 2013 n. 3133 - Pres. Trovato, Est. Lotti - Monteco Srl (avv.ti Lazzari e Positano) c. Comune di Casarano (avv. Mormandi).**

#### DIRITTO

Ritiene il Collegio di dover precisare, sotto il profilo fattuale, che la vicenda oggetto dell'appello riguarda un contratto (rep. n. 1144 del 22 marzo 1994), con cui l'appellato Comune di Casarano aveva affidato all'A.T.I. G.I.ECO srl - SO.GEA.A. srl (poi Monteco srl, attuale appellante) il servizio di igiene urbana e servizi complementari per la durata di otto anni.

Alla scadenza del suddetto rapporto contrattuale (28 febbraio 2002) il medesimo servizio veniva riaffidato alla società concessionaria, inizialmente in virtù della deliberazione di G.C. n. 15 del 18 gennaio 2002 e della determinazione n. 284 del 22 febbraio 2002; poi, in virtù di delibera di G.C. n. 332 del 22 novembre 2002 e determinazione n. 67 del 9 dicembre 2002, fino al 17 luglio 2003.

Successivamente, sia la cit. delibera di G.C. n. 15 del 18 gennaio 2002 che la cit. determina n. 284 del 22 febbraio 2002, venivano annullate da questo Consiglio con sentenza 2079-03; invece, la cit. delibera di G.C. n. 332 del 22 novembre 2002 e la cit. determinazione n. 67 del 9 dicembre 2002 risultavano adottate in violazione dell'ordinanza cautelare di questo Consiglio 28 agosto 2002, n. 3576, reso nel corso dello stesso giudizio d'appello (RG n. 6947/02). Per fronteggiare la situazione di emergenza, il Comune appellato aveva imposto l'esecuzione dell'attività precedentemente appaltata mediante l'adozione di ordinanze sindacali ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 22-1997 e dell'art. 30 del d.lgs. n. 267-2000 (ordinanza n. 113 del 10 luglio 2003, ordinanza n. 209 del 30 dicembre 2003, ordinanza n. 124 del 29 giugno 2004, ordinanza n. 219 del 30 dicembre 2004, ordinanza n. 98 del 30 giugno 2005, ordinanza n. 212 del 30 dicembre 2005, tutte di durata infrasemestrale).

Nel 2007, quando il Comune aveva affidato il medesimo servizio ad altro concessionario, individuato con apposita gara, la ditta Monteco ha presentato ricorso al TAR Puglia, sezione di Lecce, chiedendo:

---

(17) V. anche Cass. SS.UU. n. 1875/2009 e Cass. n. 22313/2011; n. 20648/2011; n. 3905/2010. Più di recente v. Cass. civ. Sez. I, Sent., 17 gennaio 2013, n. 1167.

- il compenso revisionale (comprensivo degli importi corrispondenti all'alea del 10%) per il periodo dal 1° gennaio 1998 al 17 luglio 2003;
- il recupero dell'importo corrispondente all'alea per il periodo 1° marzo 1995 - 31 dicembre 1995 e per il periodo 1° gennaio 1996 - 31 dicembre 1997;
- il riconoscimento del diritto al rimborso dei maggiori oneri derivanti dall'affidamento coattivo del servizio.

Il TAR, con la sentenza già riassunta in punto di fatto, riconosceva il diritto della ricorrente alla revisione dei prezzi per il periodo di durata dell'originario rapporto contrattuale (ovvero sino al 28 febbraio 2002) e disconosceva il preteso diritto della ricorrente alla revisione dei prezzi per il periodo successivo (fino al 17 luglio 2003), rigettando la richiesta di rimborso dei maggiori oneri derivanti dall'affidamento coattivo.

L'appellante impugnava detta sentenza limitatamente ai capi 2.2.B e 2.3.C, chiedendone la parziale riforma.

Secondo il Collegio, l'appello non può essere accolto.

Infatti, in primo luogo, con riferimento al periodo 28 febbraio 2002-17 luglio 2003, poiché i provvedimenti con cui è stato affidato il servizio (delibera di G.C. n. 15 del 18 gennaio 2002 e determina n. 284 del 22 febbraio 2002) sono stati annullati da questo Consiglio con sentenza 2079-03, il relativo contratto è da ritenersi invalido e affetto da nullità (*rectius*: sia stato caducato), come già chiarito in via generale da questo Consiglio con la fondamentale sentenza della sez. V 13 novembre 2002, n. 6281, che ha utilizzato la categoria della nullità virtuale o extratestuale per violazione di norme imperative, ma anche, conseguentemente, di tipo strutturale, per difetto di titolo al contratto in capo all'affidatario.

Secondo la cit. sentenza del 2002 la nullità per violazione di norma imperativa (proibitiva della stipula del contratto con l'affidatario), si traduceva, dunque, anche in una conseguente nullità strutturale per carenza di titolo a contrarre.

Nella consapevolezza delle difficoltà ricostruttive di questa figura, sembra che questa ricostruzione possa ritenersi sostituita dalla tesi della caducazione automatica, che vi si è sovrapposta, secondo la quale la fase di evidenza pubblica costituisce un requisito legale di efficacia del contratto, il cui venire meno, per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione, determina il travolgimento automatico del contratto, in forza del principio generale del *simul stabunt, simul cadent*, proprio anche dei negozi giuridici privati collegati in via necessaria (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332 e 4 aprile 2007, n. 1523).

Tale opzione fa discendere, come conseguenza dell'annullamento dell'atto amministrativo, l'automatica e retroattiva improduttività degli effetti del contratto, e tale descrizione della trasmissione del vizio di illegittimità del provvedimento sulla validità del contratto stipulato a valle non è circoscrivibile alle sole ipotesi di aggiudicazione di un contratto d'appalto, ma si estende a tutte le ipotesi in cui l'atto amministrativo e l'atto negoziale siano legati da un indissolubile nesso di presupposizione necessaria, nel senso che la stipulazione del contratto consegua al provvedimento di affidamento.

Ovviamente, posteriormente al recepimento della cd. Direttiva ricorsi (Dir n. 66 del 2007, recepita con il d. lgs. n. 53 del 2010), saranno applicabili le regole attualmente contenute negli artt. 121 e ss. c.p.a., non applicabili, tuttavia, al caso di specie, che è antecedente all'introduzione di tali novità normative.

Peraltro, per detto periodo antecedente (così come per i settori della contrattualistica pubblica attualmente non oggetto della Direttiva) potrebbe porsi un problema di giurisdizione riguardo alla cognizione della validità del contratto e della sorte del rapporto contrattuale, poiché, come

è noto, in tema di attività negoziale della P.A., rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto tutti gli atti della serie negoziale successiva alla stipulazione del contratto, cioè non solo quelle che attengono al suo adempimento e quindi concernenti l'interpretazione dei diritti e degli obblighi delle parti, ma anche quelle volte ad accertare le condizioni di validità, efficacia, nullità o annullabilità del contratto, siano esse inerenti o estranee o sopravvenute alla struttura del contratto, comprese quelle derivanti da irregolarità o illegittimità della procedura amministrativa a monte e le fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica o sussistenza di vizi che ne affliggono singoli atti (cfr. Cass. civile, Sez. Un., 5 aprile 2012, n. 5446 e 28 dicembre 2007, n. 27169).

Tuttavia, le condizioni di validità, efficacia, nullità o annullabilità del contratto, siano esse inerenti o estranee o sopravvenute alla struttura del contratto, comprese quelle derivanti da irregolarità o illegittimità della procedura amministrativa a monte e le fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica o sussistenza di vizi che ne affliggono singoli atti possono essere accertate incidentalmente dal giudice amministrativo, quando la loro determinazione, come in questo caso, sia funzionale all'accertamento rimesso alla cognizione del giudice amministrativo medesimo, poiché ai sensi dell'art. 8, comma 1, c.p.a., il G.A. ha il potere di decidere, senza efficacia di giudicato, tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 13 dicembre 2012, n. 6400).

Nel caso di specie, dunque, con riferimento al periodo 28 febbraio 2002-17 luglio 2003, poiché i provvedimenti con cui è stato affidato il servizio (delibera di G.C. n. 15 del 18 gennaio 2002 e determina n. 284 del 22 febbraio 2002) sono stati annullati da questo Consiglio con sentenza 2079-03, il relativo contratto è da ritenersi, con accertamento incidentale, inefficace e caducato retroattivamente, con la conseguenza che manca il presupposto essenziale richiesto dall'art. 6, comma 4, l. n. 537/93 per poter configurare il diritto alla revisione del prezzo.

Per il successivo periodo connesso all'emanazione della cit. delibera di G.C. n. 332 del 22 novembre 2002 e della cit. determinazione n. 67 del 9 dicembre 2002, si deve rilevare che esse risultano adottate effettivamente in violazione dell'ordinanza cautelare di questo Consiglio 28 agosto 2002, n. 3576, reso nel corso dello stesso giudizio d'appello, con conseguente nullità del relativo rapporto contrattuale.

In proposito deve osservarsi che l'art. 21-septies della legge n. 241 del 1990 dispone la nullità dell'atto violativo od elusivo del giudicato e non anche della pronuncia del giudice che non abbia ancora il carattere della definitività.

Il dato letterale della norma ha condotto parte della giurisprudenza di primo grado ad escludere la nullità dell'atto adottato in violazione od elusione delle statuizioni contenute in un'ordinanza cautelare ancorché non più soggetta a gravame, in base all'intrinseca provvisorietà che caratterizza le misure cautelari e nella inidoneità a regolare il rapporto in modo definitivo; oltre a poter essere oggetto di un provvedimento di revoca o di modifica (art. 58 c.p.a.), infatti, esse possono essere travolte da una decisione sul merito della causa di segno differente.

Tuttavia, ragioni di effettività della tutela giurisdizionale, impongono di assicurare l'osservanza del provvedimento cautelare da parte della pubblica amministrazione.

Infatti, alcune recenti pronunce di questo Consiglio (Cons. Stato, sez. VI, 17 luglio 2008, n. 3606; Cons. Stato, sez. VI, 4 giugno 2007, n. 2950; Cons. Stato, sez. V, 24 luglio 2007), sulla base di una supposta equivalenza tra giudicato e giudicato cautelare, hanno riconosciuto la nullità dei provvedimenti amministrativi dell'ordinanza cautelare divenuta inoppugnabile; nullità rilevabile anche d'ufficio dal giudice adito, giusto il disposto di cui all'art. 31, comma 4, c.p.a.

Si è adottata, in questi casi, una nozione di giudicato più ampia, comprensiva di tutte le pronunce immediatamente esecutive, in quanto caratterizzate da una certa stabilità.

La questione, peraltro, ha trovato esplicita soluzione nell'art. 114, comma 4, c.p.a. che, alla lett. c), prevede che in caso di accoglimento del ricorso il giudice possa pronunciare l'inefficacia degli atti emessi in violazione od elusione di sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti; confermandosi, quindi, la tesi della nullità derivante dalla violazione di un "giudicato" cautelare, come nella specie.

Peraltro, con riguardo alla richiesta di indennizzo ex art. 2041 c.c., si deve rilevare che sussisterebbe il difetto di giurisdizione del giudice adito poiché, a seguito della sentenza della Corte Cost. 6 luglio 2004, n. 204 non appartiene più alla giurisdizione del G.A., neppure nella materia dei pubblici servizi, e rientra dunque in quella del G.O., la controversia avente ad oggetto l'azione di indebito arricchimento (cfr. Cass. civ., Sez. Un., n. 28042-08); tale capo della sentenza non è stato impugnato dalla P.A. che ne eccepisce il difetto, come necessario ai sensi dell'art. 9 c.p.a.

Peraltro, come risulta dalla pacifica giurisprudenza civile, l'indennità prevista dall'art. 2041 c.c. va liquidata nei limiti della diminuzione patrimoniale subita dall'esecutore della prestazione resa in virtù del contratto invalido, con esclusione di quanto lo stesso avrebbe percepito a titolo di lucro cessante se il rapporto negoziale fosse stato valido ed efficace; pertanto, ai fini della determinazione dell'indennizzo dovuto, non può farsi ricorso alla revisione prezzi, tendente ad assicurare al richiedente quanto si riprometteva di ricavare dall'esecuzione del contratto, la quale, non può costituire neppure un mero parametro di riferimento, trattandosi di meccanismo sottoposto dalla legge a precisi limiti e condizioni, pur sempre a fronte di un valido contratto di appalto (Cassazione civ., Sez. Un., 11 settembre 2008, n. 23385).

Pertanto, alla luce di tali argomentazioni, il primo motivo d'appello deve essere respinto. Con riferimento al secondo motivo d'appello, relativo alla richiesta di riconoscimento del diritto al rimborso dei maggiori oneri derivanti dall'affidamento coattivo del servizio, dal luglio 2003 al 30 marzo 2006 in forza delle già citate ordinanze contingibili ed urgenti, questo Collegio condivide la posizione del TAR.

Infatti, la Società ricorrente ha svolto il servizio per tale periodo in virtù di 6 ordinanze sindacali contingibili ed urgenti, successive e autonome, nelle quali di volta in volta era stato sempre indicato in maniera esatta il corrispettivo a cui l'ente si obbligava; corrispettivo che la società ha sempre accettato senza mai contestare alcunché e il cui eventuale ammontare inferiore a quello previsto dalla legge non inciderebbe comunque sulla legittimità dell'atto amministrativo.

Pertanto, non è possibile in questa sede proporre domanda di risarcimento danni, trattandosi di atti del tutto legittimi, per i quali è assente ogni profilo di violazione dell'affidamento da parte della P.A. e in cui, anzi, emerge una contraddittorietà nel comportamento dell'appellante che si è sempre uniformato al provvedimento e non ha mai contestato l'ammontare di quanto pattuito, integrando così il principio del venire contra factum proprium idoneo a paralizzare la relativa azione giudiziaria (cfr., ex multis, Cassazione civ., sez. I, 4 settembre 2004, n. 17888). Tali argomentazioni sarebbero, dunque, già tranchant e condurrebbero inevitabilmente alla reiezione dell'appello.

Il Collegio ritiene di precisare ulteriormente, al riguardo, che la richiesta tendente al riconoscimento del diritto a percepire le somme che le sarebbero spettate se fosse stato adottato il criterio della "revisione dei prezzi", può anche essere qualificabile come richiesta risarcitoria trattandosi di un diritto derivante da un provvedimento che si assume come implicitamente illegittimo. Pertanto, in virtù di tale qualificazione giuridica, devono applicarsi i principi giurisprudenziali

indicati nella nota sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 500-1999 che ha affermato chiaramente che l'imputazione della responsabilità alla P.A., riferibile agli elementi costitutivi della responsabilità ex art. 2043 c.c., non può avvenire sulla base del mero dato obiettivo dell'illegittimità dell'azione amministrativa, poiché il giudice deve svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad esso applicabile, bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente (da riferire ai parametri della negligenza o imperizia), ma della P.A. intesa come apparato che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi (punto 11 della motivazione).

Al riguardo, è pur vero che, in materia di appalti pubblici, la giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia UE 30 settembre 2010, C-314-09) ha affermato che la normativa dell'UE osta alle norme nazionali che subordinano il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno compiuto da una Pubblica Amministrazione al carattere colpevole della violazione commessa dalla PA medesima.

Ma tale indirizzo interpretativo è strettamente connesso alle violazioni, commesse dalla PA, in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, procedure che, in relazione alla controversia in oggetto, non vengono direttamente in rilievo, trattandosi di lite relativa ad aspetti di esecuzione del contratto d'appalto, "a valle" dell'aggiudicazione, ove tale principio non è operante (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 12 febbraio 2013, n. 829).

È centrale, quindi, l'idea che l'elemento soggettivo della fattispecie aquiliana in esame debba configurarsi come colpa dell'apparato, non predicabili di riflesso in quanto discendenti dai rimproveri eventualmente addebitabili a carico del singolo agente, ma dedotta dalla considerazione dell'intero contegno dell'Amministrazione, ossia dal fatto che questa abbia effettivamente adottato l'atto illegittimo e dannoso mediante un esercizio scorretto della funzione, sindacabile come tale secondo il criterio usuale dell'*id quod plerumque accidit*.

Anche per la giurisprudenza di questo Consiglio, coerentemente con l'indirizzo espresso dalle Sezioni Unite della Cassazione, ai fini dell'ammissibilità della domanda di risarcimento del danno a carico della Pubblica amministrazione non è sufficiente il solo annullamento del provvedimento lesivo, ma è altresì necessaria la prova del danno subito e la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo ovvero della colpa (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sez. IV, 7 gennaio 2013, n. 23).

Si deve quindi verificare se l'adozione e l'esecuzione dell'atto impugnato sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede alle quali l'esercizio della funzione deve costantemente ispirarsi, con la conseguenza che il giudice amministrativo può affermare la responsabilità dell'Amministrazione per danni conseguenti a un atto illegittimo quando la violazione risulti grave e commessa in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimento normativo e giuridico tali da palesare la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'assunzione del provvedimento viziato e negarla quando l'indagine presupposta conduca al riconoscimento dell'errore scusabile per la sussistenza di contrasti giudiziari, per l'incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto. Nel caso in esame, il Comune di Casarano, nell'emanare le ordinanze citate si è sempre uniformato ai Decreti del Commissario Straordinario per l'Emergenza Ambientale in materia di rifiuti, con ciò palesando la conformità ai principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa e l'assenza di ogni imputazione di responsabilità per colpa.

Conclusivamente, anche alla luce di tale argomentazione, il secondo motivo d'appello deve essere respinto, in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),

definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte appellante al pagamento, in favore dell'appellato, delle spese di lite del presente grado di giudizio, spese che liquida in euro 4000,00, oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 aprile 2013