

Dell'arricchimento senza causa

[OBERDAN TOMMASO SCOZZAFAVA^(*)]

1. L'azione di ingiustificato arricchimento è stata introdotta dal codice civile del 1942, anche se non è dato sapere con precisione quale sia stata la genesi di tale innovazione. Nella Relazione, che accompagna il codice, con un periodare tutt'altro che elegante, si opera un riferimento ad una larghissima corrente di dottrina e giurisprudenza già orientata *de iure condito* verso il riconoscimento di un'azione generale di arricchimento, diretta ad ovviare all'indebita locupletazione nei casi in cui non sia possibile impedirli con l'esperimento di «azioni particolari della stessa (...) o di diversa natura» (n. 792).

Prosegue, dunque, la Relazione ministeriale mettendo in luce che il nuovo codice ha accolto questo indirizzo, corrispondente agli scopi della giustizia e dell'equità, che l'ordinamento deve realizzare specie se vuole esprimere dal suo seno uno spirito di solidarietà (n. 792).

Sebbene a chi scrive non risulti che, nel periodo antecedente l'ultima codificazione, l'azione di arricchimento riscuotesse il favore della dottrina e della giurisprudenza, tuttavia l'opinione del Guardasigilli, è senz'altro plausibile, poiché, a partire dalla redazione del progetto italo-francese delle obbligazioni si fa strada la convinzione che fosse opportuno prevedere anche controlli di merito del contratto e più in generale dei movimenti di ricchezza.

Il Guardasigilli, poi, richiamando implicitamente l'equità, scrive che l'ordinamento non può tollerare spostamenti patrimoniale in assenza di una causa giustificatrice, senza chiarire, peraltro, a che cosa alludesse con questa espressione verbale.

^(*) Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

Anche se è possibile supporre che non si riferisse alla causa del contratto, visto che il nuovo codice aveva palesemente mutuato quest'ultimo elemento del contratto dalla concezione elaborata da Betti.

Ancora nella Relazione si legge che non era stato possibile chiarire legislativamente, con formula generale, il concetto di arricchimento ingiustificato, con la conseguenza che sarebbe stato compito della dottrina e della giurisprudenza colmare tale lacuna «ricercando se il singolo trasferimento di valori trovi a fronte la prestazione di un corrispettivo» (n. 792).

Infine nella Relazione viene spiegato che, dando seguito alla dottrina e alla giurisprudenza, all'azione disciplinata è stata assegnata una rilevanza meramente sussidiaria, giacché essa può essere attivata, solo nell'ipotesi in cui il soggetto, che ha subito l'impovertimento, non ha altro mezzo di tutela da attivare.

2. Ciò posto l'azione di ingiustificato arricchimento abitualmente è ricondotta – con il definitivo tramonto della categoria dei quasi contratto – nella categoria spuria delle obbligazioni nascenti dalla legge, che ricomprende istituti tra loro completamente diversi ed un'azione, che appunto non ha nulla a che vedere con le obbligazioni.

Senza contare che dopo tutto si può affermare che tutte le obbligazioni nascono dalla legge.

Orbene, la disciplina, che il codice civile riserva all'istituto in esame, è quanto mai scarna ed in apparenza lineare: l'art. 2041 c.c. dispone, infatti, che se qualcuno, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, ad indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale. Si è accennato che non è ben chiaro a cosa alluda il codice, quando fa riferimento all'assenza di una giusta causa, anche se, come diremo, ad un'attenta analisi, non è difficile dare un significato a tale espressione.

La norma, poi, chiarisce senza possibilità di equivoco che l'attività posta in essere dal soggetto, che si è arricchito, non costituisce un illecito civile. Il richiamo alla nozione di indennizzo non dà adito a dubbi al riguardo. Ancora, la norma prescrive una limitazione di responsabilità, visto che l'indenniz-

zo spettante al soggetto, che ha subito il depauperamento, non può essere superiore all'arricchimento.

Tale circostanza induce a ritenere che in questo caso il giudice non possa operare in totale discrezionalità nel determinare l'indennizzo, come invece accade in altre ipotesi espressamente previste dalla legge (art. 2045 c.c.).

La soluzione adombrata veramente è incomprensibile, se è vero che è principio generale che chi subisce un nocumento (e tale è anche il depauperamento) debba ottenere la totale eliminazione di quest'ultimo. Mentre in tale contesto l'arricchimento non dovrebbe acquisire alcun rilievo, tenuto conto, fra l'altro, che sulla sua entità potrebbe avere inciso la cattiva gestione dei beni realizzata dall'arricchito.

Tuttavia, riteniamo che si possa trovare una giustificazione alla soluzione, adombrata dalla norma, osservando che nel nostro sistema l'esigenza di eliminare completamente il danno si pone rispetto alla responsabilità contrattuale ed all'illecito civile, mentre la prescrizione giuridica in esame prevede una fattispecie che non ha nulla in comune con questi ultimi istituti.

3. Il problema, che pone la norma in esame e sulla quale ci soffermeremo in seguito, è quello di determinare la situazione soggettiva, che tutela tale azione, dal momento che l'ordinamento giuridico privatistico assolve lo scopo di tutelare tali situazioni.

Ad ogni modo, il 2° comma della norma in esame dispone che, qualora l'arricchimento abbia per oggetto una cosa determinata, colui che l'ha ricevuta è tenuto a restituirla in natura, se sussiste al tempo della domanda.

Senonché, la fattispecie delineata dalla norma è identica a quelle presupposte dalle azioni restitutorie o da quella di rivendicazione: tale circostanza la pone in luce lo stesso 2° comma dell'art. 2041 c.c., nel momento in cui fa riferimento a qualcuno che si è arricchito, ricevendo dal proprietario (o dal titolare di un diritto di godimento minore) una cosa determinata. Ma allora vi è da chiedersi, quando mai potrà ricevere applicazione la norma in esame? Evidentemente mai, poiché il soggetto impoverito dispone di meccanismi tipici di tutela, che escludono in radice la possibilità di avvalersi di un'azione che ha carattere sussidiario. Né si può ipotizzare che l'azione di ingiustificato

arricchimento possa essere attivata nei casi in cui non sia possibile avvalersi né dell'azione di rivendicazione né dell'azione restitutoria.

Tale ipotesi, infatti, è poco plausibile per l'ovvio motivo che l'azione di rivendicazione è imprescrittibile, mentre per quanto riguarda le azioni restitutorie la giurisprudenza assolutamente maggioritaria ritiene che, l'azione di arricchimento senza causa non possa essere attivata quando l'azione tipica di tutela non possa essere più esercitata per intervenuta prescrizione⁽¹⁾.

La prescrizione giuridica prevede, comunque, che la "cosa determinata" possa non esistere più al tempo della domanda. Ma in tal caso, è chiaro che il soggetto, che ha subito il depauperamento, non riceverà tutela mediante l'azione di ingiustificato arricchimento, per l'ovvio motivo che, come si è sottolineato, egli è titolare di un'azione restitutoria (reale o personale a seconda dei casi), con la conseguenza che, ricorrendone gli altri presupposti, lo stesso potrà attivare la tutela risarcitoria (art. 2043 c.c.).

4. L'art. 2042 c.c. individua il tratto caratterizzante dell'azione in esame nella sussidiarietà, la quale postula che non ci si possa avvalere di tale rimedio, quando il danneggiato può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare il pregiudizio subito.

Per meglio chiarire il senso e la portata della prescrizione giuridica, bisogna osservare che essa postula che il meccanismo di tutela in esame possa essere attivato solo se non esista in assoluto un altro mezzo di tutela attivabile dal danneggiato. Se al contrario tale mezzo esiste, ma, per qualche ragione, non è più attivabile, non è possibile avvalersi dell'azione di cui all'art. 2041 c.c.

Ciò posto, come dicevamo, il nostro codice collega sempre le azioni alla lesione dei diritti: non a caso al suo interno si rinviengono «le azioni a difesa della proprietà» (artt. 948 ss. e anche art. 2034 c.c.), «l'inadempimento delle obbligazioni» (artt. 1218 ss. c.c.) e così via⁽²⁾.

⁽¹⁾ P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, p. 42.

⁽²⁾ Anche la ripetizione dell'indebitto, in ultima analisi, si risolve in una forma di tutela della proprietà, poiché chi paga un debito insistente (nella duplice versione dell'indebitto oggettivo e soggettivo), può chiedere la restituzione della prestazione, poiché ha attribuito la proprietà di quest'ultima ad un terzo illegittimamente.

Orbene tale collegamento è del tutto estraneo all'art. 2041 c.c., se è vero che da esso non è dato desumere la situazione soggettiva che esso tutela.

Il problema all'evidenza non è privo di rilievo pratico, poiché collegando un meccanismo di tutela ad una specifica situazione soggettiva, si ottiene il risultato di definire i poteri del giudice. Definizione che nel nostro caso sarebbe stata importante, tenuto conto delle scarse indicazioni offerte dagli artt. 2041 e 2042 c.c.

Né si dica che il problema possa essere risolto attraverso il richiamo all'equità, a cui, come si è visto, si rifà la Relazione ministeriale: l'equità, infatti, può essere contemplata quale ragione che ha sollecitato l'adozione di una norma e non anche quale situazione tutelata dall'azione di ingiustificato arricchimento.

La norma, dunque, non specifica quale sia la situazione da essa tutelata e la stessa non chiarisce quale rilevanza debba assumere l'arricchimento, ma si limita a far riferimento al fatto che esso debba realizzarsi in assenza di una giusta causa, richiamando così una nozione, che, come si è visto, è niente affatto chiara.

Si comprende, dunque, che in tale contesto la giurisprudenza può operare del tutto liberamente e che le varie decisioni, in assenza di parametri normativi definiti, difficilmente possono essere oggetto di controllo.

Vero è che la stessa osservazione potrebbe essere estesa, ad esempio, rispetto alle azioni di rescissione del contratto per lesione (art. 1448 c.c.) e di quello concluso in stato di pericolo (art. 1447 c.c.), ma, a ben vedere così non è, se è vero che tali azioni sono qualificate dalla necessaria esistenza di un particolare stato soggettivo.

L'istituto in esame è stato introdotto con una buona dose di faciloneria e senza avere riguardo al sistema, istituito nel suo complesso dal codice, che, a nostro avviso, offre già in norme puntuali una compiuta tutela degli spostamenti patrimoniali ingiustificati. E non è un caso che la stessa formulazione della norma, come si è detto, desti innumerevoli perplessità.

Da ultimo non è superfluo far constatare che, anche l'azione di ingiustificato arricchimento è soggetta a prescrizione e, poiché le norme non enunciano una espressa soluzione al riguardo, si deve ritenere che il termine di prescrizione sia quello ordinario (art. 2946 c.c.).

Da notare che la giurisprudenza ripete con frequenza che i presupposti dell'azione si identifichino con l'esistenza di un arricchimento e di un concomitante impoverimento. Tale soluzione, che è avvalorata dall'art. 2041 c.c., che opera un riferimento ad entrambi tali elementi, è in una certa misura ovvia, giacché, sussistendo uno solo di essi – qualificato dall'assenza di giustificazione –, per forze di cose deve necessariamente esistere anche l'altro.

Ci si deve ancora chiedere se sia possibile attivare l'azione in esame in quelle ipotesi in cui la legge, anche se con espresse eccezioni, non assegna rilievo a spostamenti di ricchezza che, in astratto, sarebbero ingiustificati (cfr., ad esempio, art. 1592 c.c.).

A nostro avviso, a tale quesito bisogna dare risposta negativa, poiché il disvalore con cui le norme contemplano tali situazioni non può essere superato attraverso il meccanismo dell'ingiustificato arricchimento, che di fatto si porrebbe in contrasto con un norma, che espressamente regola la materia.

Da ultimo, la giurisprudenza ritiene che l'azione di ingiustificato arricchimento possa essere proposta in via riconvenzionale⁽³⁾ ed in via subordinata⁽⁴⁾.

5. Si è visto che esistono alcune norme giuridiche la cui prescrizione è finalizzata in via primaria a scongiurare che si realizzi un ingiustificato arricchimento⁽⁵⁾. Senonché è in primo luogo inutile asserire che tali norme siano riportabili nel principio di cui all'art. 2041 c.c., poiché l'ingiustificato arricchimento ha una sua peculiare conformazione strutturale: esso detta cioè una disciplina non applicabile alle fattispecie, che abbiamo richiamato e che sono state tipizzate espressamente dalla legge.

Tali soluzioni, dunque, non possono essere condivise, tenuto conto che esse hanno una mera rilevanza descrittiva.

Quando, ad esempio si afferma che la vendita di cosa altrui può presen-

⁽³⁾ Ord., 5 dicembre 2017.

⁽⁴⁾ Cass., 24 febbraio 2019, n. 4492; Cass., 13 marzo 2013, n. 6295; Cass., 13 settembre, n. 22404.

⁽⁵⁾ In argomento, P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 22 ss.

tare analogie con la figura dell'arricchimento senza causa, si fa un'affermazione del tutto descrittiva visto che il primo istituto ha una sua disciplina specifica e presenta autonome peculiarità (artt. 1478-1479 c.c.).

Lo stesso dicasi per la ripetizione dell'indebitto (art. 2033 c.c.): affermare che sussistono analogie tra tale figura e l'istituto dell'arricchimento senza causa può avere solo una rilevanza descrittiva; sul piano prescrittivo basta qui rammentare che nel primo istituto il *solvens* può ripetere quanto ha pagato, e non è non può pretendere di essere indennizzato della perdita patrimoniale nei limiti dell'arricchimento (art. 2041 c.c.).

Il vero è, infatti, che se si vuole seguire una prospettiva, tesa meramente a descrivere i fenomeni, si può affermare che tutte le azioni civilistiche, hanno la finalità di ristabilire un equilibrio economico alterato e, dunque, eliminare un ingiustificato arricchimento.

Chi, ad esempio, agisce in rivendicazione per ottenere la restituzione del bene di sua proprietà, in ultima analisi vuole che sia eliminato l'ingiustificato arricchimento, causato dal fatto che un terzo ha la disponibilità del proprio bene.

6. È noto principio dell'onerosità degli scambi permea il nostro sistema contrattuale. Non a caso, sia pure in altra prospettiva, un giurista della statura di Gino Gorla constatava che nel nostro ordinamento il principio della libera forma vige solo per i contratti a titolo oneroso, poiché, ove sia assente l'onerosità del titolo, il contratto deve essere necessariamente esternato con la forma causale della donazione⁽⁶⁾.

Si spiega forse così anche la ragione per cui un autorevole giurista come Massimo Severo Giannini scrivesse⁽⁷⁾ anni addietro: «il principio di onerosità dell'acquisto dei diritti reali è dunque un principio generale non scritto, e tanto sul piano storico che su quello comparatistico si può facilmente mostrare che è principio ormai stabilizzato nel tempo e nello spazio. È pertanto possibile assegnare a tale principio un rango ancor più elevato, ritenendolo

⁽⁶⁾ G. GORLA, *Il contratto*, Milano, 1954, p. 132.

⁽⁷⁾ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1970, p. 1249.

principio di costituzione materiale, immediata derivazione applicativa del principio *unicuique suum tribuere*: il discorso è di teoria generale, e ci porterebbe molto lontano se lo dovessimo sviluppare qui nella sua interezza».

«Certo è possibile che, in una normazione positiva storicamente determinata, il principio sia disapplicato: o nel senso che sia derogato senza che ricorra una ragione derogatoria sufficiente, o nel senso che sia applicato in modo incompiuto, anche qui senza una ragione derogatoria giustificativa. In tali casi si avrebbero norme viziate da illegittimità costituzionale, per cui, se nell'ordinamento statale positivo esiste un meccanismo di verifica della legittimità costituzionale della norma, lo si può adire».

E del resto si può ritenere che il principio della normale onerosità dei contratti abbia rilevanza positiva. Nel nostro sistema i contratti più diffusi sono infatti quelli a prestazioni corrispettive, che si caratterizzano in ragione della presenza di obbligazioni a carico di entrambi i contraenti. Ma lo stesso può dirsi dei contratti in cui le prestazioni di ciascuna parte sono dirette al conseguimento di uno scopo comune (art. 1420 c.c.). In questo caso è la stessa norma appena richiamata a suggerire che ciascuna parte è tenuta ad una prestazione.

Senza contare che il nostro codice dà per presupposta l'applicabilità a tali contratti dei rimedi sinallagmatici (art. 1459 c.c.).

Detto questo, occorre adesso chiarire se sia possibile individuare una norma generale da cui desumere un divieto degli spostamenti patrimoniali non assistiti da una giusta causa.

Orbene, da un'attenta analisi della normativa fin qui esaminata, nonché dei rilievi da noi svolti, è dato desumere che nessuna delle norme esaminate ivi compreso l'art. 2041 c.c., enunciino un principio generale, costituendo esse, se mai, un'applicazione puntuale di un principio altrove espresso dall'ordinamento giuridico.

Ciò si desume considerando che le norme puntuali, che reagiscono a spostamenti di ricchezza non giustificati, si applicano esclusivamente alla fattispecie presa in considerazione.

Diversamente, il principio espresso dall'art. 2041 c.c. sembrerebbe essere suscettibile di una più vasta applicazione e tuttavia neanche esso enuncia un

principio generale, giacché lo stesso ha carattere sussidiario e, dunque, ha un ambito di applicabilità molto definito.

7. Per dare risposta al quesito, che ci siamo posti, occorre in via preliminare chiarire che la problematica in esame può ovviamente porsi solo in presenza di spostamenti patrimoniali. E, poiché nel nostro sistema gli spostamenti patrimoniali si realizzano attraverso il contratto, ne consegue che occorre analizzare la disciplina di questo istituto per ricercare il principio che eventualmente sancisca il divieto di spostamenti patrimoniali che il codice stesso in maniera significativa qualifica “privi di causa” (art. 2041 c.c.).

Nella ricerca di tale principio, un sia pure limitato rilievo acquista la prescrizione giuridica contenuta nel 1° comma dell’art. 2041 c.c. che contiene il significativo inciso «chi senza una giusta causa si è arricchito a danno di un’altra persona». La formulazione della norma lascia, dunque, lascia supporre che è l’assenza di causa a determinare la riconduzione di determinate vicende giuridiche nella figura dell’ingiustificato arricchimento.

Da qui il fondato sospetto che gli spostamenti patrimoniali ingiustificati interferiscono con il requisito della causa.

Ora è ben noto che il problema della causa è stato uno dei più controversi tra gli operatori giuridici: si è andati dalla concezione oggettiva a quella soggettiva e all’interno di queste due prospettive sono poi state elaborate le più disparate teorie.

Ma quel che colpisce di più è che quasi tutte queste concezioni hanno avuto tendenzialmente solo una rilevanza ideologica o descrittiva, essendo le stesse prive di ogni rilievo prescrittivo.

Quando, ad esempio, si asserisce che la causa coincide con la funzione economica sociale del contratto si introduce un concetto fortemente ideologico, che peraltro è quasi inservibile sul piano applicativo. Esso infatti dovrebbe essere utile a privare di rilevanza giuridica quei contratti che realizzano interessi futili, o capricciosi e sono privi di rilievo sociale.

In questa ottica questo concetto di causa non sarebbe passibile di applicazioni rispetto ai contratti tipici, visto che rispetto ad essi vi è una preventiva valutazione legislativa di rilevanza degli interessi, che gli stessi devono comporre.

La causa, così intesa, troverebbe applicazione solo rispetto ai contratti atipici, visto che, come dispone l'art. 1322 del c.c., essi devono essere diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela.

Si comprende agevolmente che la soluzione in esame si rivela poco attendibile, se solo si pensa che un elemento essenziale del contratto viene prescritto, per essere applicabile ad una categoria marginale di pattuizioni, quali sono per l'appunto i negozi atipici.

Non a caso è stato osservato che noi «non riteniamo, comunque, nonostante certe proclamazioni anche del nostro codice, quel requisito (causa come funzione economico sociale n.d.r.), per lo stesso modo con cui è trattato e esemplificato, sia suscettibile di applicazioni pratiche»⁽⁸⁾.

Analogamente consuma il suo rilievo solo sul piano descrittivo la tesi, sostenuta da un autorevole giurista, secondo cui la causa si identificherebbe con la sua funzione giuridica fissata dalla sintesi dei suoi effetti (giuridici), con la conseguenza che questo elemento del negozio acquisterebbe rilievo pratico sotto profilo negativo: non l'esistenza, dunque, della causa, ma piuttosto l'inesistenza o l'illiceità di essa danno luogo a questioni, per decidere intorno all'eventuale nullità del negozio⁽⁹⁾.

Ma, ancora una volta, ci troviamo in presenza di una soluzione descrittiva e non si vede come dalla sintesi degli effetti giuridici del contratto possa desumersi l'esistenza della causa o la sua illiceità.

È di assoluta evidenza che l'enunciato concetto non è passibile di alcuna applicazione pratica, né si comprende che cosa debbano fare i privati per privare il contratto posto in essere della causa se essa viene così identificata.

8. Perché la causa diventi un concetto rilevante sul piano prescrittivo – come dovrebbe, tenuto conto che stiamo operando riferimenti a categorie giuridiche –, esso deve identificarsi con un principio normativo che i privati in concreto devono rispettare, poiché in difetto il contratto da loro posto in essere è suscettibile di essere dichiarato dal giudice nullo.

⁽⁸⁾ G. GORLA, *Il contratto*, cit., p. 203.

⁽⁹⁾ S. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in ID., *Diritto civile-Saggi*, Milano, 1951, p. 74 ss.

Detto in altri termini, il contratto, che eventualmente ometta di rispettare tale principio, determina la sua mancata corrispondenza al modello di fattispecie delineato dalla legge.

A tali requisiti sembra rispondere una ricostruzione, risalente nel tempo secondo cui «nel nostro ordinamento la funzione del negozio assume frequentemente il ruolo di causa ovvero sia di giustificazione dello spostamento patrimoniale attuato con il negozio stesso»⁽¹⁰⁾.

«Vi è una serie di casi nei quali lo spostamento patrimoniale trova la sua giustificazione causale nel negozio stesso che lo mette in essere». Ciò avviene esemplarmente nei contratti obbligatori, nei quali gli effetti, ovvero sia le obbligazioni che sorgono a carico dei soggetti, trovano la loro giustificazione nello stesso negozio, ovvero sia nello intrecciarsi delle obbligazioni stesse⁽¹¹⁾.

«Tuttavia in un ordinamento, quale il nostro, il negozio giuridico, e più spesso il contratto, esaurisce in sé stesso l'attuazione delle "prestazioni" poste in essere dalle parti, dato il principio, al quale più volte abbiamo accennato, che ricollega al "consenso" il trasferimento della proprietà o di altri diritti ovvero la costituzione di essi»⁽¹²⁾.

Tale impostazione trova un riscontro significativo in un contributo di assoluto rilievo di Gorla, il quale in una differente prospettiva ed in un diverso contesto, scriveva che risponde ad un principio fondamentale la circostanza «che una controprestazione o il dare un diritto di credito (equivalente questo alla *res...*) costituisce un requisito per la formazione del contratto».

Al riguardo l'autore faceva notare che «già Domat affermasse che la controprestazione o il controcredito è la causa (in senso proprio) che forma la convenzione»⁽¹³⁾.

Nel vigente codice civile italiano l'art. 1325 «distingue il requisito della causa da quello della forma (ivi compresa la forma della donazione) col

⁽¹⁰⁾ M. GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 564.

⁽¹¹⁾ M. GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, loc. cit.

⁽¹²⁾ M. GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, loc. cit.

⁽¹³⁾ G. GORLA, *Il contratto*, cit., p. 59.

quale ultimo si pone, anzi fa tutt'uno, il problema della *causa sufficiens* nelle obbligazioni di dare»⁽¹⁴⁾.

In altri termini, come si è già accennato, «quando un'attribuzione patrimoniale è fatta *solvendi* o *adquirendi causa* e l'obbligazione da adempiere non sussiste o l'acquisto non si realizza, l'attribuzione patrimoniale è invalida (...) la *ratio* di tale invalidità è la seguente: se l'attribuzione patrimoniale restasse ferma, nonostante l'insussistenza dell'obbligazione precedente o la mancata realizzazione dell'acquisto, si avrebbe un arricchimento o, se si vuole, una conversione dell'atto in donazione, contro lo scopo o causa del promittente o alienante, il cui scopo era quello di donare, ma, appunto, quello di solvere o di acquistare»⁽¹⁵⁾.

9. Un ulteriore riscontro alla tesi qui sostenuta la offrono le teorizzazioni elaborate un tempo dalla dottrina in tema di rescissione e di risoluzione del contratto. Che cosa ritenevano alcuni che caratterizzasse questi istituti? Essi, come è noto, si caratterizzano in ragione della sproporzione esistente tra le prestazioni (artt. 1447, 1448 e 1467 c.c.) o per l'assenza dell'esecuzione della prestazione stessa da parte di uno dei contraenti (artt. 1453 e 1463 c.c.).

Orbene, a fronte di tali patologie del contratto la dottrina richiamava alternativamente i concetti di difetto parziale genetico della causa o di difetto sopravvenuto della causa⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ G. GORLA, *Il contratto*, cit., p. 162. Le tesi di Gorla hanno trovato fecondo sviluppo negli studi della dottrina successiva in tema di liberalità e causa dell'attribuzione, che hanno condotto alla attuale concezione della causa, distinta dal tipo, come insieme degli interessi condivisi dalle parti e, quindi, oggettivati nell'atto e, come tali, da loro idonei a reggere le attribuzioni compiute (c.d. motivo oggettivato o causa in concreto): A. PALAZZO, *Contenuto e forma*, in ID. (a cura di), *I contratti di donazione*, in *Tratt. contratti Rescigno-Gabrielli*, 11, Torino, 2009, p. 45 ss.; e già prima, ID., *Le donazioni. Artt. 769-809*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, 2^a ed., Milano, 2000, p. 5 ss.; ID., *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2000, pp. 75 ss. e 120 ss.; ID., *La causalità della donazione tra ricerca storica e pregiudizio dogmatico*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2002, p. 245 ss.; ID., *Promesse gratuite e affidamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 181 ss.; ID., *Profili di invalidità del negozio unilaterale*, *ivi*, 2002, I, p. 587 ss. Nella giurisprudenza della Cassazione, v. almeno Cass., 8 maggio 2006, n. 10490; e, poi, Cass., Sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538.

⁽¹⁵⁾ G. GORLA, *Il contratto*, cit., pp. 268-269.

⁽¹⁶⁾ G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Milano, 1962.

Condivisibile o meno che sia questa tesi, essa all'evidenza parte dal postulato che la causa del contratto implichi che ad ogni prestazione debba corrispondere una controprestazione.

Con la conseguenza che, quando una delle due prestazioni possiede una rilevanza economica inferiore e tale situazione è qualificata da una peculiare situazione psicologica del soggetto, il contratto è inefficace.

In questo caso la sanzione comminata dalla legge non si identifica, con la nullità, poiché per l'appunto la controprestazione non è del tutto assente, ma ha solo una rilevanza economica inferiore: ecco perché è sufficiente rifarsi alla più blanda sanzione dell'inefficacia.

10. L'elemento della causa, come emerge nella prospettiva di Massimo Severo Giannini, ha punti di contatto con il concetto di onerosità.

E ciò è evidente, se si considera che un atto è a titolo oneroso, quando tutte le parti del contratto subiscono sacrifici patrimoniali.

L'onerosità viene sovente presa in considerazione dalle norme (cfr. ad esempio artt. 534, 1445, 2901 c.c.), in quanto ad essa è riconnessa la salvezza di un acquisto, che altrimenti potrebbe essere invalidato.

Sotto questo aspetto il concetto in esame non presenta un particolare valore prescrittivo, ma si limita ad indicare un modo d'essere assunto da un atto.

Nei contesti normativi richiamati ad assumere valore prescrittivo è quel frammento di regola giuridica che prevede il venir meno o la salvezza di uno specifico effetto acquisitivo. Laddove i requisiti dell'atto a titolo gratuito o a titolo oneroso degradano a mero presupposto di fatto dei richiamati effetti giuridici.

Comunque, ciò che possiamo far constatare è che un atto, se assistito da una giustificazione causale, non potrà che essere che a titolo oneroso, laddove, al contrario, se dovesse far difetto tale giustificazione l'atto, a seconda dei casi dovrà essere annoverato tra quelli a titolo gratuito o tra quelli donativi ed in quest'ultimo caso dovrà rivestire la forma causale prevista per quest'ultimi atti.

11. Possiamo adesso rammentare che è stato affermato che il principio, che postula che nei trasferimenti di beni le parti subiscano reciproci sacrifici

e vantaggi, trova il suo fondamento in un principio di costituzione materiale.

Non è questa la sede per stabilire come la soluzione in esame abbia acquisito tale rilievo, né possiamo verificare la ragione per cui esso sia stato sancito nel nostro codice civile, attraverso l'elevazione della causa ad elemento essenziale del contratto.

A stare alle tesi di Massimo Severo Giannini, è probabile che tale soluzione possa essere stata desunta dalla circostanza che le Costituzioni "moderne" hanno sempre previsto che nei procedimenti ablatori reali il destinatario del provvedimento venisse indennizzato in maniera non meramente simbolica.

Poiché i principi di Costituzione materiale si formano prevalentemente su base consuetudinaria⁽¹⁷⁾, è probabile che la regola secondo cui nel settore dei trasferimenti della ricchezza (in senso lato intesa) le parti debbano subire reciproci sacrifici abbia acquisito dapprima rilevanza sul piano consuetudinario.

Nel settore privatistico tale principio non è stato mai enunciato esplicitamente, ma ha acquisito rilievo attraverso il requisito della causa del contratto⁽¹⁸⁾.

Tentiamo di precisare i concetti, che abbiamo fin qui enunciato.

Prima di tutto, nel nostro sistema, gli spostamenti di ricchezza si realizzano attraverso lo strumento del contratto.

Anche quando dovesse realizzarsi l'eventualità di spostamenti, che vengono realizzati attraverso strumenti diversi (es. promesse unilaterali), essi in definitiva hanno sempre alla base un contratto.

Ora, il settore contrattuale è stato, quello deputato a dare veste giuridica alla circolazione dei beni (in senso lato intesa) ed il relativo diritto ha fatto proprio il principio secondo cui i trasferimenti di ricchezza devono importare per le parti rispettivi sacrifici e vantaggi.

⁽¹⁷⁾ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino, 1966, p. 252.

⁽¹⁸⁾ Alla concezione che abbiamo enunciato nel testo, non sembra ostare il fatto che l'art. 1443 c.c. chiarisca che la causa è illecita quando è contraria a norma imperativa all'ordine pubblico o al buon costume. Ed infatti è ben possibile affermare che i reciproci sacrifici o vantaggi a cui dà luogo il contratto possano essere contrarie a norme imperative all'ordine pubblico o al buon costume.

Se così è ne consegue che nel nostro ordinamento è stata data rilevanza generale a quello che può essere definito il principio dell'onerosità degli scambi.

Tale principio, enunciato attraverso il requisito della causa, ha carattere generale proprio perché disposto mediante il richiamo ad un elemento essenziale del contratto.

12. Si è detto che la legge riconnette al contratto, che non realizza reciproci vantaggi e sacrifici, la nullità per carenza di un elemento essenziale (artt. 1325 e 1418, 2° comma, c.c.).

Ciò postula che al contratto, che non realizza reciproci vantaggi e sacrifici, si applichino tutte le norme che disciplinano la nullità del contratto, ivi comprese quelle che prescrivono la retroattività, l'imprescrittibilità (art. 1422 c.c.), e la legittimazione generalizzata all'esercizio di tale azione (art. 1421 c.c.).

Stando così le cose, ossia posto che nel nostro ordinamento vige tale principio generale, ci si deve chiedere quale rilevanza possa assumere l'esistenza di una prescrizione giuridica che, in via sussidiaria, non consenta ai privati di porre in essere le fattispecie prive di causa (art. 2041 c.c.).

Si è visto che il c.d. ingiustificato arricchimento è un effetto che consegue alla conclusione di un contratto e che tale vicenda determina la nullità del contratto stesso. Ora, essendo, come si è visto, la nullità imprescrittibile ed avendo effetto retroattivo non si vede come e quando possa operare l'azione di cui all'art. 2041 c.c.

Per valorizzare la rilevanza prescrittiva dell'art. 2041 si potrebbe essere indotti a supporre che la regola dell'ingiustificato arricchimento possa trovare applicazione quando questa situazione non si realizza in maniera così macroscopica.

In buona sostanza, così ragionando, si ipotizza che l'art. 2041 c.c. possa operare nell'eventualità in cui si venga a profilare solo uno squilibrio tra prestazioni.

Ma, a ben vedere, così non è, poiché eccezionalmente la legge assegna rilievo alla sproporzione tra prestazioni e a tali fattispecie la norma riserva un'autonoma considerazione, che si identifica con il fatto e che tale sproporzione debba essere qualificata da peculiari stati soggettivi.

Al riguardo un significativo riscontro in tal senso lo offrono gli istituti della rescissione e della risoluzione per eccessiva onerosità (art. 1467 c.c.).

Non è un caso, sotto tale aspetto, che prendendo atto dell'esistenza di tale disciplina un giurista raffinato, come Rosario Nicolò, affermasse che la tutela dell'equilibrio contrattuale non rientra certamente tra le finalità dell'ordinamento giuridico⁽¹⁹⁾.

13. Per tentare di stabilire le possibilità applicative della norma in esame, chi scrive ha esaminato le sentenze che ha emesso sul tema la Suprema Corte di Cassazione nel periodo, che va dal 2007 al 2019. Ebbene le sentenze sono copiosissime, ma raramente esse fanno applicazione dell'art. 2041 c.c., dal momento che, attraverso varie argomentazioni, pervengono alla soluzione che la norma non sia applicabile alla fattispecie concreta.

In questo contesto la regola che risulta utilizzata con maggiore frequenza è quella contenuta nell'art. 2042 c.c., che prevede, come è noto, che l'azione di ingiustificato arricchimento abbia carattere sussidiario.

Un nutrito numero sentenze indulge in stanche ripetizioni del contenuto delle varie prescrizioni enunciate nella norma.

Nell'arco temporale considerato, le sentenze, che hanno applicato l'art. 2041 c.c., sono state un numero molto esiguo, in concreto si tratta di circa venti decisioni⁽²⁰⁾. E si tratta di arresti che sollevano molte perplessità, poiché la decisione poteva essere assunta, attraverso il richiamo ad altri principi.

Ad esempio la Suprema Corte applica con frequenza la norma in esame,

⁽¹⁹⁾ R. NICOLÒ, *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 1026.

⁽²⁰⁾ Cass., 22 agosto 2007, n. 17844; Cass., 17 maggio 2007, n. 11461; Cass., 12 aprile 2007, n. 8824; Cass., 27 giugno 2006, n. 14807; Cass., 31 maggio 2006, n. 12991; Cass., 11 novembre 2015, n. 21866; Cass., 28 ottobre 2005, n. 21096; Cass., 29 marzo 2005, n. 6570; Cass., 29 marzo 2004, n. 6201; Cass., 22 agosto 2003, n. 12347; Cass., 27 febbraio 2002, n. 2884; Ord., 29 maggio 2019, n. 14670; Ord., 20 maggio 2019, n. 13505; Cass., 24 maggio 2019, n. 14329; Ord., 8 maggio 2019, n. 12048; Ord., 22 agosto 2018, n. 20884; Ord., 13 giugno 2018, n. 15496; Ord., 7 giugno 2018, n. 15496; Ord., 11 agosto 2017, n. 20073; Cass., 9 gennaio 2017, n. 199; Cass., 4 gennaio 2017, n. 80; Cass., 6 ottobre 2015, n. 19886; Cass., 21 settembre 2015, n. 18567; Cass., 28 maggio 2009, n. 12550; Cass., 29 aprile 2009, n. 9946; Cass. 8 ottobre 2008, n. 24772.

nei casi in cui un appaltatore (o un lavoratore) abbia eseguito una prestazione, in assenza di un contratto. Per fare così conseguire all'appaltatore o al lavoratore la prestazione loro dovuta, i giudici di legittimità richiamano l'art. 2041 c.c., quando sarebbe stato più corretto ricondurre la fattispecie tra i rapporti contrattuali di fatto.

Tali dati confermano l'ipotesi avanzata nel corso della presente indagine, ossia che il sistema di tutele, previsto dal nostro codice, è molto compatto, con la conseguenza che l'adozione del meccanismo di tutela in esame è stato perfettamente inutile.