

DIRITTO AMMINISTRATIVO

I3

Direttori

Prof. Arturo CANCRINI

Prof. Vittorio CAPUZZA

Comitato scientifico

Avv. Antonio BARGONE

Cons. Alessandro BOTTO

Avv. Ettore FIGLIOLIA

Avv. Angelo PIAZZA

DIRITTO AMMINISTRATIVO

La collana “Diritto Amministrativo” raccoglie sia opere storiche del diritto amministrativo, scritte da autori appartenenti alla più classica tradizione del settore, sia opere nuove, che forniscono una visione alternativa e aggiornata della materia. L'intento è quello di offrire quindi la possibilità di rileggere i testi che costituiscono i capisaldi della scienza giuridica del settore e, allo stesso tempo, di essere aggiornati sulle novità della materia.

La collana ospita inoltre atti di convegni organizzati su specifiche tematiche e opportunamente selezionati dal comitato scientifico, e opere straniere di rilievo internazionale.

ROSAMARIA FRUNZI

**INQUADRAMENTO
SISTEMATICO E PROFILI
DI DIRITTO INTERNO
E INTERNAZIONALE**

**NOZIONE, REQUISITI E LIMITI
DEI POTERI IMPLICITI**



aracne



©

ISBN
979-12-5994-108-4

PRIMA EDIZIONE
ROMA 11 MAGGIO 2021

INDICE

- 7 Capitolo I
 Il principio di legalità dell'azione amministrativa
- 21 Capitolo II
 I poteri impliciti nell'ordinamento statunitense
- 23 Capitolo III
 I poteri impliciti nell'ordinamento eurounitario
- 25 Capitolo IV
 I poteri impliciti nella giurisprudenza costituzionale italiana
- 31 Capitolo V
 Esempi di poteri impliciti nel diritto interno
- 39 Capitolo VI
 L'orientamento restrittivo della prevalente giurisprudenza
 amministrativa
- 47 Capitolo VII
 La teoria favorevole all'ammissibilità dei poteri impliciti
- 51 Capitolo VIII
 La tesi dottrinale
- 53 Capitolo IX
 La recente giurisprudenza del Consiglio di Stato: un nuovo
 orientamento?

59 Capitolo X
 Poteri impliciti e provvedimenti ablatori: un connubio irrealizzabile

77 *Bibliografia*

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA

La tematica dei poteri impliciti si innesta nel più ampio quadro dei limiti applicativi al principio di legalità dell'azione amministrativa: in particolare, si tratta di poteri non espressamente attribuiti dalla legge ma che, tuttavia, l'amministrazione intende esercitare per raggiungere scopi che la legge le impone di perseguire attraverso l'assegnazione di altri poteri attribuiti espressamente.

La Pubblica Amministrazione (di seguito P.A.) è soggetta alla legge in funzione dei poteri autoritativi dalla stessa esercitati, poteri che devono rinvenire il presupposto nella volontà popolare⁽¹⁾ espressa attraverso le leggi (principio di legittimazione democratica). Qualunque potere amministrativo deve, pertanto, essere ispirato da una legge che individua i fini e i risultati cui la P.A. deve tendere, non essendo, la stessa, mai libera nei fini, in quanto attua ed esegue l'indirizzo determinato a monte dal Legislatore. Qualora, infatti, quest'ultimo non determini gli scopi dell'azione amministrativa, si abbandona il campo dell'attività amministrativa *strictu sensu* intesa, controllabile dall'autorità giudiziaria e si confluisce nell'attività politica, non soggetta alla giurisdizione del giudice amministrativo come, peraltro, ricorda l'art. 7 c.p.a.

In altri termini, in presenza di potere amministrativo, vi è sempre una legge che fonda quel potere. L'esigenza di individuare un esplicito schema

(1) G. FERRARA, *La sovranità popolare*, p. 259, a proposito della necessità per cui la sovranità, nella sua declinazione giuridica e non più solo fattuale, *non può essere solo di una parte del corpo elettorale*.

legale idoneo a legittimare il potere controverso discende dalla vigenza, indiscussa, nel nostro ordinamento, proprio del principio di legalità dell'azione amministrativa⁽²⁾.

Si discute, ancora oggi, su quale sia il fondamento normativo del principio di legalità. Vi è convergenza di vedute nel ritenere che il principio in parola rinvenga il suo fondamento nell'art. 97 della Costituzione, ai sensi del quale *i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione* e negli artt. 24 e 113 Cost., che sottopongono l'incedere dell'attività amministrativa al sindacato giurisdizionale, a sua volta soggetto alla legge: ne deriva, quale immediato corollario applicativo, che la P.A., per essere soggetta a un sindacato giurisdizionale, deve necessariamente uniformarsi alla legge.

Non può, tuttavia, sottacersi che altresì gli artt. 23 e 42 Cost. completino il quadro normativo dei referenti costituzionali del principio in questione. In particolare, l'art. 23 Cost. legittima le ablazioni personali, che possono essere ammesse *solo nei casi previsti dalla legge*: da qui, la conclusione che la P.A. può emanare provvedimenti amministrativi ablativi della persona nei soli casi previsti dalla legge. Alla medesima conclusione volge il disposto normativo di cui all'art. 42 Cost., in relazione al potere espropriativo cui la P.A. è legittimata *ex lege*.

Se sui referenti normativi del principio summenzionato esiste una sostanziale convergenza in dottrina e giurisprudenza, non univoci sono, invece, gli orientamenti sulla portata in concreto del principio di legalità. Sul punto, si contendono il campo tre distinti orientamenti.

Un primo orientamento ritiene che il principio di legalità consenta alla P.A. di fare ciò che non le sia impedito espressamente dalla legge. Si tratta, quindi, di un limite esterno che scatta quando l'atto amministrativo è contrario alla legge: in tal senso, si discorre di concezione liberale tendente al perseguimento dell'obiettivo pubblico, in modo funzionale ed efficiente.

Un secondo orientamento ritiene, poi, che nel diritto amministrativo ci sia un principio di legalità formale: in forza di tale ermeneusi, alla P.A. è consentito solo ciò che è autorizzato, mentre è solo al privato che è consentito tutto ciò che non è vietato dalla legge, come previsto dall'art. 1322 c.c.

(2) N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano 2001.

Tale impostazione, tuttavia, si accontenta unicamente del presidio legislativo, senza indagare l'intima corrispondenza del provvedimento alla legge.

Il terzo orientamento, peraltro accolto dalla giurisprudenza costituzionale⁽³⁾, accoglie, infine, una connotazione sostanziale del principio di legalità, in forza del quale ogni provvedimento amministrativo non dev'essere semplicemente autorizzato dalla legge, ma dev'essere conforme all'intima *ratio* ispiratrice della norma. La legge, quindi, oltre ad attribuire il potere, ha il compito di determinare i confini dello stesso, individuando con sufficiente precisione l'Autorità competente, i destinatari dell'atto, il tipo di potere (discrezionale o vincolato) e il risultato da raggiungere.

Il principio di legalità viene inteso, pertanto, come mera *regola di limite* che si inserisce nella dialettica autorità-libertà⁽⁴⁾, operando con riferimento all'attività amministrativa, in quanto questa si esprima in atti aventi un contenuto autoritativo⁽⁵⁾.

Dal principio di legalità derivano importanti corollari applicativi.

In particolare, non esistono provvedimenti amministrativi atipici. I provvedimenti amministrativi sono tutti tipici, in quanto frutto di un potere attribuito dal Legislatore, al fine di perseguire un risultato prestabilito a monte. Non è un caso che il principio di tipicità del provvedimento amministrativo soffra di un'eccezione rappresentata dalle ordinanze *extra ordinem* che hanno come caratteristica quella di essere previste dal Legislatore, unicamente con riguardo all'attribuzione del potere, ma di essere libere nei contenuti. Si tratta, dunque, di provvedimenti ammessi solo nei casi di necessità e urgenza, in cui qualunque altro provvedimento amministrativo non sarebbe idoneo a perseguire l'interesse pubblico. Trattasi di ordinanze che non possono essere compiutamente definite in tutti i loro aspetti, dal momento che regolano situazioni emergenziali, eccezionali, che per definizione non possono essere predeterminate. In tal senso, si posta l'attenzione dall'attribuzione del potere al risultato da raggiungere: non si guarda, quindi, alla fonte del potere, ma al risultato da raggiungere. La Corte costituzionale⁽⁶⁾ ritiene che tale tipo di ordinanze sia ammesso

(3) Corte costituzionale, 7 Aprile 2011, n. 115.

(4) R. GUASTINI, voce *Legalità (principio di)*, in *D. disc. pubbl.*, IX, 1994, 85 ss.

(5) M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1993, 81 ss.

(6) *Ex plurimis*, Corte Cost, sentt. Nn. 127/1995, 418/1992, 32/1991, 617/1987.

nei soli casi di necessità e urgenza, ove non si ravvisi violazione del principio di legalità.

Sulla base delle osservazioni sin qui svolte è, dunque, possibile ritenere che il principio di legalità non esprima una regola costituzionale generale e univoca. Esso si attegga, piuttosto, a un insieme di principi *operanti in ambiti differenti, con consistenza diversa in relazione ad ogni singolo ambito e inidonei a condizionare e ad orientare l'intera attività amministrativa*⁽⁷⁾.

Così chiarite la portata e i limiti del principio di legalità, è opportuno spiegare sin da subito che l'eventuale ammissibilità di un'attribuzione implicita a favore dell'amministrazione si pone essenzialmente come un problema di interpretazione, non destinataria di una risposta aprioristicamente univoca⁽⁸⁾. Il principio di legalità non è sufficiente a escludere che il fondamento di un atto possa essere implicito nella legge⁽⁹⁾. È necessario stabilire, invece, in che modo l'amministrazione debba rapportarsi alla norma che ne disciplina l'azione: se, cioè, la stessa trova nella legge solo un vincolo a cui conformarsi, o se deve attenersi ad essa, agendo soltanto come questa prevede⁽¹⁰⁾.

I poteri impliciti sono caratterizzati da un requisito di carattere negativo e da uno di carattere positivo. Il primo postula che il potere implicito non dev'essere contemplato da nessuna norma; il secondo, invece, richiede che il potere che si assume implicito dev'essere legato da un nesso di strumentalità a un altro potere espressamente fondato su una norma abilitata a conferirlo. La relazione che deve informare il potere implicito e quello espressamente conferito è una relazione naturale, appropriata, logica, evi-

(7) A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, I, 91 ss.

(8) Per comprendere la diversità di approccio del giudice comunitario rispetto a quello nazionale nell'utilizzare la teoria dei poteri impliciti e il connesso principio dell'effetto utile, si veda la sentenza 6 giugno 2002 — Causa t — 342/99, Tribunale di primo grado delle CE, sez. V, in tema di concorrenza e posizioni dominanti, in *Guida al diritto*, 29 giugno 2002, n. 25, 88 ss.

(9) F. LEVI, *voce Legittimità (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, 134–135. In materia di poteri impliciti anche, F. BASSI, *Sanzioni amministrative edilizie ed interesse pubblico*, in *Stato ed economia*. Scritti in onore di Donatello Serrani, Milano, 1984, 583; R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1974, 134 ss.

(10) L. CARLASSARE, *voce Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, 1990, 1 ss.

dente e palese tra il fine insito nel potere e il mezzo impiegato per raggiungerlo. Si tratta, pertanto, di poteri cd. *conseguenziali o concomitanti*⁽¹¹⁾, che accompagnano poteri espressamente conferiti all'amministrazione da un'esplicita norma e che l'ente ritiene necessario o utile per soddisfare gli scopi cui mirano le norme attributive del potere.

Il potere implicito è un potere non previsto dalla norma, ma è un potere che dà vita a un provvedimento espresso: ciò che manca non è il provvedimento esteriore, ma la fonte attributiva del potere.

Diversamente, è pacificamente ammessa la cittadinanza nel nostro ordinamento dei cd. provvedimenti impliciti quando *l'amministrazione, pur non adottando formalmente un provvedimento, ne determina univocamente i contenuti sostanziali, o attraverso un comportamento conseguente, ovvero determinandosi in una direzione, anche con riferimento a fasi istruttorie coerentemente svolte, a cui non può essere ricondotto altro volere che quello equivalente al contenuto del provvedimento formale corrispondente*⁽¹²⁾ «*congiungendosi i due elementi di una manifestazione chiara di volontà dell'organo competente e della possibilità di desumerne in modo non equivoco una specifica volontà provvedimentale nel senso che l'atto implicito deve essere l'unica conseguenza possibile della presunta manifestazione di volontà* (l. n. 241/1990)⁽¹³⁾.

Quindi, per meglio intendere, nel caso del potere implicito l'Autorità si trova ad esprimere un provvedimento senza fonte giuridica alcuna, mentre nel caso del provvedimento implicito, questo non viene percepito esteriormente, pur essendoci la fonte.

La giurisprudenza riconosce, infatti, pur se restrittivamente, la sussistenza del provvedimento implicito, quando *l'amministrazione pur non adottando formalmente un provvedimento, ne determina univocamente i contenuti sostanziali, o attraverso un comportamento conseguente, ovvero determinandosi in una direzione, anche con riferimento a fasi istruttorie coerentemente svolte, a cui non può essere ricondotto altro volere che quello equivalente al contenuto del provvedimento formale corrispondente*⁽¹⁴⁾, congiungendosi i

(11) L'espressione è di A. UBALDI, *Poteri impliciti della P.A.: tra legalità e forma*, in *Lexitalia.it*, 4/2013.

(12) Cons. Stato, Sez. IV, 7 febbraio 2011, n. 813.

(13) T.A.R. Lazio Latina Sez. I, 12-02-2016, n. 85, in Massima redazionale, 2016; CGA, 1 febbraio 2012, n. 118.

(14) Cons. Stato, Sez. IV, 7 febbraio 2011, n. 813.

due elementi di una manifestazione chiara di volontà dell'organo competente e della possibilità di desumerne in modo non equivoco una specifica volontà provvedimentale *nel senso che l'atto implicito deve essere l'unica conseguenza possibile della presunta manifestazione di volontà*⁽¹⁵⁾.

Un chiaro esempio di provvedimento implicito è rinvenibile nel requisito dell'*utiliter coeptum* collegato all'azione di ingiustificato arricchimento esperita dal privato nei confronti della PA.

La categoria dei rimedi restitutori è molto vasta⁽¹⁶⁾.

Essa ingloba, nel suo ambito, fattispecie piuttosto eterogenee, che spaziano dalle varie forme di restituzione per fine rapporto, deposito, comodato, locazione, mutuo, e così via, per poi passare alle varie fattispecie quasi contrattuali tradizionali, quali l'arricchimento senza causa, il pagamento dell'indebitto e la gestione d'affari altrui. Nel settore dei rimedi restitutori possono, ancora, essere ricondotti i rimedi recuperatori reali, quali per esempio la *revindica* e così via. Questa indubbia vastità ed eterogeneità delle ipotesi in esame pone all'interprete un primo problema di delimitazione e qualificazione delle varie fattispecie.

Gli elementi costitutivi dell'azione di arricchimento senza causa sono cinque: 1) l'arricchimento; 2) il pregiudizio; 3) la correlazione tra pregiudizio e arricchimento; 4) la mancanza di giusta causa; 5) la sussidiarietà dell'azione.

L'azione generale di arricchimento è un'azione autonoma e può essere esperita soltanto nell'ipotesi in cui manchi un titolo specifico sul quale possa essere fondato il diritto di credito. Per queste ragioni, essa non può reputarsi proposta per implicito in una domanda fondata su un altro titolo⁽¹⁷⁾. Una domanda, pur proposta per la medesima situazione di fatto, ove sia fondata su un titolo diverso (nella specie rescissione per lesione della divisione), non vale ad interrompere la prescrizione della domanda di indebitto arricchimento⁽¹⁸⁾. Il suo carattere sussidiario non esclude che possa esercitarsi in concorrenza o in pendenza dell'azione primaria. Il termine di prescrizione dell'azione decorre dal giorno in cui si matura il relativo diritto.

(15) Cons. Stato, Sez. VI, 21 ottobre 2014, n. 5887.

(16) GALLO, *Quasi contratti*, in *Digesto civ.*, XVI, 4^a ed., Torino, 1997, 154.

(17) Cass. 1881/1997.

(18) Cass. 1049/1997.

to. L'azione non può essere proposta quando il soggetto aveva la possibilità di esperire una diversa azione che è stata rigettata (ad es. per prescrizione o decadenza) dal giudice cui è stata proposta⁽¹⁹⁾. Qualora la domanda fondata su un'azione tipica sia stata respinta per carenza *ab origine* dell'azione stessa, è ammessa l'azione di arricchimento ingiustificato⁽²⁰⁾. La domanda di arricchimento senza causa può essere proposta anche per la prima volta in appello, purché prospettata sulla base delle medesime circostanze di fatto fatte valere in primo grado⁽²¹⁾.

Il diritto all'indennizzo di cui all'art. 2041 c.c. viene meno quando lo spostamento patrimoniale, anche se ingiustificato, tra due soggetti, sia determinato da una successione di fatti incidenti su due diverse situazioni patrimoniali soggettive, in maniera totalmente indipendenti l'uno dall'altro⁽²²⁾.

La domanda di arricchimento senza causa ai sensi dell'art. 2041 c.c., introdotta dall'attore in primo grado all'udienza *ex art.* 183 c.p.c., costituisce domanda nuova rispetto a quella di pagamento delle spese condominiali, originariamente formulata e, pertanto, è inammissibile, in quanto diverso è il bene giuridico richiesto (indennizzo, anziché le spese indicate nel riparto), con conseguente mutamento dell'iniziale "*petitum*", e per l'introduzione nel processo degli elementi costitutivi di una nuova situazione giuridica, quali l'impovertimento dell'attore e l'altrui locupletazione⁽²³⁾.

La giurisdizione sulle azioni di indebito arricchimento spetta al giudice ordinario, trattandosi di un istituto civilistico dante luogo a situazioni di diritto soggettivo perfetto anche quando parte sia una P.A., salvo il limite interno del divieto di annullamento e modifica degli atti amministrativi (fattispecie relativa ad azione esperita da un professionista nei confronti di un Comune per prestazioni professionali di progettazione e direzione dei lavori di opere pubbliche in difetto di forma scritta)⁽²⁴⁾.

L'azione di arricchimento nei confronti della P.A. presenta caratteri di specialità nei confronti del rimedio generale. In via pretoria, la giurispru-

(19) Cass., S.U., 9531/1996.

(20) Cass. 6981/1986.

(21) Cass. 9042/2010.

(22) Cass. 18878/2015.

(23) Cass. 5288/2012.

(24) Cass., S.U., 23284/2010.

denza ha, infatti, modificato profondamente la struttura dell'azione generale di arricchimento senza causa, creando un rimedio con caratteristiche tipiche.

Secondo una prima impostazione, parte della giurisprudenza ha affermato che, per poter agire in arricchimento nei confronti della P.A., è essenziale la prova del previo gradimento dell'amministrazione stessa⁽²⁵⁾.

Successivamente, si è andato consolidando il principio secondo cui l'azione di indebito arricchimento nei confronti della P.A. differisce da quella ordinaria, poiché non è sufficiente il fatto materiale dell'esecuzione di un'opera o di una prestazione vantaggiosa per l'ente, che dev'essere provato dall'attore, ma è necessario che l'ente abbia riconosciuto l'utilità dell'opera o della prestazione in maniera esplicita, con atto formale, ovvero in modo implicito⁽²⁶⁾. Il requisito del riconoscimento dell'utilità venne formulato già nella vigenza del codice del 1865 in materia di gestione d'affari altrui e, successivamente, esteso anche all'azione di arricchimento. La *ratio* di tale regola deve ravvisarsi nel fatto che la a.g.o., per i limiti di cui all'art. 4, l. 20.3.1865, n. 2248, all. E, non potrebbe scendere a un esame discrezionale e tecnico circa l'utilità conseguita dalla P.A. Compete, viceversa, al giudice ordinario accertare la misura dell'arricchimento dovuto.

Il riconoscimento dell'utilità consente, inoltre, l'esperibilità dell'azione di arricchimento anche nel caso in cui, per ragioni connesse alle modalità di funzionamento interno della P.A., il servizio fornito non abbia comportato un utile effettivo per l'amministrazione stessa⁽²⁷⁾. Si immagini, per esempio, il caso in cui un architetto abbia predisposto un piano regolatore successivamente rimasto inattuato a causa di modifiche intervenute nel piano stesso; o, ancora, a un geometra che predisponga il progetto di un edificio poi non attuato a causa dell'annullamento della delibera⁽²⁸⁾. Allo stesso modo, non è ammissibile l'azione di arricchimento se non si prova che l'amministrazione abbia ricavato dall'attività del dipendente un'utilità maggiore di quella che il dipendente avrebbe dovuto rendere in relazione alle sue mansioni⁽²⁹⁾. Il diritto del pubblico dipendente al corrispettivo per l'espletamento di mansioni superiori non può fondarsi sull'ingiustificato arricchimento dell'ammini-

(25) Cass. 715/1994.

(26) Cons. St., 30.9.2013, n. 4828.

(27) Cass. 6514/1980.

(28) Cass. 2758/1978.

(29) Cons. St. 24.1.2013, n. 441.

strazione, atteso che l'esercizio di mansioni superiori a quelle della qualifica rivestita, svolte durante l'ordinaria prestazione lavorativa, non arreca alcuna effettiva *diminutio* patrimoniale ai danni del dipendente⁽³⁰⁾ che ha comunque percepito la retribuzione prevista per la qualifica rivestita⁽³¹⁾ considerato, altresì, che le norme imperative statuenti le retribuzioni dei pubblici dipendenti accordano specifiche azioni in presenza dei relativi presupposti⁽³²⁾. Il diritto alle differenze retributive per lo svolgimento delle mansioni superiori da parte dei pubblici dipendenti va riconosciuto con carattere di generalità unicamente a decorrere dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 387/1998, atteso che, prima di tale data nel settore del pubblico impiego, salvo diversa disposizione di legge, le mansioni svolte da un pubblico dipendente erano del tutto irrilevanti ai fini della progressione di carriera ovvero agli effetti economici, in conseguenza della preposizione a un ufficio di livello superiore, né era considerato applicabile l'art. 2041 c.c.⁽³³⁾.

Fino all'entrata in vigore del d.lgs. 29.10.1998, n. 387, la retribuitività delle mansioni superiori svolte dal dipendente pubblico non trovava base normativa in alcuna norma o principio generale desumibile dall'ordinamento e, quindi, né nel disposto di cui all'art. 2126 c.c., concernente unicamente l'ipotesi della retribuitività del lavoro prestato sulla base di atto nullo o annullato, né nell'applicazione diretta dell'art. 36 Cost., la cui incondizionata applicazione al pubblico impiego è impedita dalle contrastanti previsioni degli artt. 97 e 98 Cost., né, infine, nell'art. 2041 c.c., in ragione della sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa⁽³⁴⁾.

In tema di assunzione di impegni ed effettuazione di spese da parte degli enti locali, l'art. 23, 3° co., D.L. 3.3.1989, n. 66 (convertito, con modificazioni, dalla l. 24.4.1989, n. 144), dispone che qualsiasi spesa degli enti comunali dev'essere assistita da un conforme provvedimento dell'organo munito di potere deliberativo e da uno specifico impegno contabile registrato nel competente bilancio di previsione costituendosi, in mancanza, il rapporto obbligatorio direttamente con il funzionario, onde il professionista non può esperire nei confronti dell'ente pubblico l'azione di indebito

(30) Cons. St. 15.9.2015, 4279.

(31) Cons. St. 20.4.2015, n. 1987.

(32) Cons. St. 18.1.2011, n. 269.

(33) T.A.R. Sicilia, 19.1.2015, n. 210.

(34) Cons. St. 29.11.2013, n. 5716.

arricchimento (art. 2041 c.c.), in quanto tale azione difetta del necessario requisito della sussidiarietà⁽³⁵⁾.

L'azione di arricchimento *ex art. 2041 c.c.* può essere esercitata anche nei confronti della P.A. che abbia tratto profitto dall'attività lavorativa di un privato non formalmente legato da un rapporto di lavoro subordinato o autonomo ma che tuttavia abbia colmato, con la sua opera, una lacuna organizzativa fermo restando, da un lato, che l'indennizzo che da tale azione può derivare deve corrispondere all'effettivo arricchimento, provato o almeno probabile e, dall'altro, che tale azione, stante il suo carattere sussidiario, deve ritenersi esclusa in ogni caso in cui il danneggiato, secondo una valutazione da compiersi in astratto, possa esercitare un'altra azione per farsi indennizzare il pregiudizio subito⁽³⁶⁾.

La sussistenza dell'arricchimento dell'ente pubblico va valutata avendo riguardo all'effettiva utilità che abbia ricavato. Il ricorso a eventuali tariffe professionali rappresenta soltanto un indice presuntivo. Il debito che nasce in capo all'ente è un debito di valore e non di valuta⁽³⁷⁾.

L'*acceptio* consente, dunque, non solo di fondare una responsabilità di carattere restitutorio, ma anche di estendere la responsabilità al recupero del valore integrale di quanto prestato, a prescindere dall'accertamento dell'effettiva locupletazione.

Negli ultimi tempi la giurisprudenza ha, però, mostrato una progressiva tendenza ad attenuare sempre più la rilevanza del requisito del riconoscimento dell'utilità da parte della P.A.. Mentre, infatti, in un primo tempo si riteneva necessaria a questi fini una vera e propria manifestazione di volontà formale, proveniente dagli organi competenti a formare la volontà dell'ente, successivamente si è 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⁽³⁸⁾.

Il riconoscimento può risultare anche implicitamente per *facta concludentia*⁽³⁹⁾ o attraverso l'utilizzazione della prestazione⁽⁴⁰⁾.

(35) Cass. 24478/2013.

(36) T.A.R. Abruzzo, 5.6.2014, n. 512.

(37) Cass., S.U., 1025/1996.

(38) Cass. 10884/2007.

(39) Cass. 6570/1997.

(40) Cass., S.U., 10596/1994.

La mancanza di questo riconoscimento può, per converso, essere desunta da un divieto di effettuare l'opera⁽⁴¹⁾. Ciò sulla base dell'assunto che non pare logico rendere arbitraria l'amministrazione della proponibilità di un'azione nei suoi confronti. Le opere o i servizi prestati dal terzo possono, ad ogni buon conto, consistere in attività a favore della P.A. o in servizi fruibili direttamente dalla collettività. Talune sentenze temperano questa impostazione, ammettendo che il riconoscimento implicito dell'utilità della prestazione possa essere desumibile solo da comportamenti assunti da organi cui è rimessa la formazione della volontà dell'ente e non da qualsiasi soggetto facente parte della struttura dello stesso⁽⁴²⁾.

Una volta che sia intervenuto l'atto espresso di riconoscimento dell'*utilitas*, questo dispiega i suoi effetti anche quando manchi delle prescritte approvazioni o dei controlli preventivi e successivi richiesti⁽⁴³⁾. Tale riconoscimento, per poter assurgere a elemento costitutivo necessario per esperire l'azione di arricchimento, richiede un effettivo utilizzo della prestazione che integri il requisito obiettivo dell'arricchimento⁽⁴⁴⁾.

In ogni caso, tale riconoscimento non può essere effettuato dall'Autorità giudiziaria, la cui funzione si esaurisce ad accertare se e in che misura l'opera o la prestazione siano state effettuate⁽⁴⁵⁾. Anche nell'ipotesi in cui l'azione sia proposta contro la P.A., la competenza è del giudice ordinario⁽⁴⁶⁾.

A seguito della sentenza della Corte costituzionale 6.7.2004 n. 204, non appartiene più alla giurisdizione del giudice amministrativo, neppure nella materia dei pubblici servizi, e rientra — dunque — in quella del giudice ordinario, la controversia avente ad oggetto l'azione di indebito arricchimento. Trattasi, infatti, di un istituto civilistico che dà luogo a situazioni di diritto soggettivo perfetto anche quando parte sia un'amministrazione, salvo il limite interno del divieto di annullamento e modifica dei provvedimenti amministrativi⁽⁴⁷⁾.

(41) Cass. 10251/1996.

(42) Cass. 9458/1994.

(43) Cass. 7694/1992.

(44) Cass. 2544/1994.

(45) Cass. 10567/1994.

(46) Cass. 1521/1991.

(47) Cons. St. 3.3.2015, n. 498.

La legislazione primaria e secondaria riguardante i servizi di accoglienza del Grande Giubileo dell'anno 2000 non pone alcuna obbligazione di finanziamento a carico dell'amministrazione statale, in quanto gli erogatori dei servizi acquistano un vero e proprio diritto soggettivo solo se l'Autorità ha liquidato la somma in base ai criteri definiti in sede amministrativa. Ne consegue che la domanda di pagamento del corrispettivo avanzata dall'impresa erogatrice di quei servizi nei confronti dell'ente pubblico appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo e dev'essere separata dalla domanda subordinata di ingiustificato arricchimento che, invece, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, non coinvolgendo provvedimenti autoritativi con profili di discrezionalità⁽⁴⁸⁾.

Le competenze per territorio per la domanda *ex art. 2041 c.c.* proposta nei confronti della P.A. spetta al giudice del foro in cui ha sede la persona giuridica convenuta, ai sensi dell'art. 19 c.p.c., nonché ai sensi del successivo art. 20, del luogo in cui l'obbligazione indennitaria dev'essere eseguita o in quello ove è insorto il fatto generativo dell'arricchimento restando, invece, irrilevante il luogo in cui si è verificato il riconoscimento dell'utilità da parte dell'ente pubblico, fatto che costituisce condizione necessaria per la proponibilità dell'azione, ma non fonte dell'obbligazione medesima⁽⁴⁹⁾.

La successione *ex lege* delle Regioni (e non delle ASL), realizzatasi, giusta l'art. 6, 1° co., l. 23.12.1994, n. 724, e, in via concorrente, con le cosiddette gestioni stralcio (trasformate in liquidatorie), nei rapporti obbligatori già di pertinenza delle soppresse Unità sanitarie locali, riguarda anche le strutture sanitarie operanti nella Regione Siciliana e ricomprende, accanto alle pretese debitorie e creditorie ivi contrattualmente maturate anteriormente al 10 luglio 1995 (data di inizio del funzionamento delle ASL in quel territorio), anche le domande di arricchimento proposte, *ex art. 2041 c.c.*, per prestazioni fino ad allora rese in favore delle menzionate strutture, atteso che le unità sanitarie locali, proprio in quanto soppresse, hanno perduto *ex lege* la legittimazione passiva e non è consentito, in alcun caso, far gravare sulle neo costituite ASL i debiti e i crediti già facenti capo alle prime⁽⁵⁰⁾.

(48) Cass., S.U., 6919/2015.

(49) Cass. 22802/2014.

(50) Cass. 13511/2015.