



L'adempimento del terzo al vaglio delle Sezioni Unite

Luigi Follieri

Ricercatore di Diritto privato

SINTESI

a) L'art. 1180 c.c. e l'azione diretta del terzo adempiente nei confronti del debitore

Dalla disposizione di cui all'art. 1180 c.c., che nulla prevede con riferimento agli effetti che si determinano a seguito dell'attività solutoria del terzo sui rapporti tra il debitore ed il *solvens*, discende che il terzo, una volta adempiuto spontaneamente il debito altrui, non avrebbe alcun titolo che gli derivi automaticamente dall'adempimento per agire in rivalsa nei confronti del debitore.

b) Applicazione dell'art. 2036, 3° co., c.c. all'ipotesi del terzo adempiente

Gli stretti nessi tra l'adempimento del terzo e l'indebito soggettivo *ex latere solventis* inducono a chiedersi se il terzo, qualora abbia pagato spontaneamente un debito altrui, possa surrogarsi nei diritti dell'*accipiens* in applicazione di quanto disposto dall'art. 2036, 3° co., c.c.

c) Il contrasto giurisprudenziale

Esiste un contrasto in seno alla giurisprudenza della Suprema Corte, in relazione alla possibilità, per il terzo che adempie spontaneamente un debito altrui, di surrogarsi nei diritti del creditore ai sensi degli artt. 2036, 3° co. e 1203, n. 5, c.c.

d) Soluzioni al dibattito giurisprudenziale

Se si propende per l'assoluta "rigidità" dell'ordito codicistico di cui agli artt. 1201 ss. c.c., non residua alcuno spazio per ipotesi di surrogazione di diritto per così dire "atipiche" ed il terzo che adempie *ex art.* 1180 c.c. non potrà avvalersi dello strumento surrogatorio; diversamente se si privilegia una soluzione più "elastica" e si giunge a ravvisare quel nesso di somiglianza tra le figure dell'indebito soggettivo *ex latere solventis* e l'adempimento del terzo, che consentirebbe l'estensione applicativa della previsione dell'art. 2036, 3° co., c.c.

e) Problematiche connesse all'esperibilità dell'azione di ingiustificato arricchimento

Nell'ipotesi dell'adempimento del terzo, difficoltà alla concreta esperibilità del rimedio di cui all'art. 2041 c.c. potrebbero derivare, per un verso, dalla circostanza che l'attribuzione patrimoniale ed il conseguente arricchimento ridonderebbe a vantaggio di un soggetto diverso dall'*accipiens*, per l'altro, dal carattere di sussidiarietà dell'azione stessa.

Cassazione civile, sezioni unite, 29 aprile 2009, n. 9946

Pres. Vittoria – Rel. Picone – P.M. Pivetti – Provincia di Benevento c. Regione Campania e altri

Adempimento del terzo – Estinzione dell'obbligazione – Azione diretta del terzo verso il debitore – Titolo per l'azione – Automaticità – Esclusione – Ipotesi di surrogazione e regresso legali – Titolo per l'azione – Sussistenza

Adempimento del terzo – Surrogazione legale del *solvens* ex artt. 2036, 3° co. e 1203, n. 5, c.c. – Non ricorre

L'adempimento spontaneo di un debito altrui da parte del terzo, ai sensi dell'art. 1180 c.c., provoca l'estinzione dell'obbligazione anche contro la volontà del creditore, se questi non aveva interesse all'adempimento personale, ma non attribuisce automaticamente al terzo titolo per agire direttamente nei confronti del debitore; tale titolo sussiste solo in presenza di una delle ipotesi di surrogazione e regresso previste dalla legge.

*L'adempimento spontaneo da parte del terzo di un debito altrui non comporta la surrogazione legale del *solvens* nei diritti del creditore a norma degli artt. 2036, 3° co. e 1203, n. 5, c.c.*

» SOMMARIO

1. La sentenza – 2. Sull'azione diretta del terzo adempiente nei confronti del debitore – 3. Nessi tra l'adempimento del terzo e l'indebito soggettivo *ex latere solventis* – 4. Il contrasto giurisprudenziale in ordine al ricorrere dell'ipotesi di surrogazione legale ex artt. 2036, 3° co. e 1203, n. 5, c.c. – 5. Segue: sulle disposizioni in tema di pagamento con surrogazione. Spunti di riflessione – 6. Problematiche connesse all'esperibilità dell'azione di ingiustificato arricchimento – 7. Osservazioni conclusive

Il fatto

1. La Provincia di Benevento domanda la cassazione della sentenza della Corte d'Appello di Napoli del 10.3.2006, n. 778, che conferma, giudicando infondata l'impugnazione, la decisione del Tribunale di Benevento in data 2.12.2003, con la quale era stato dichiarato il difetto di giurisdizione ordinaria sulla domanda di condanna della Regione Campania, dell'Assessorato alla sanità della stessa regione e dell'Azienda sanitaria locale n... di Benevento, gestione liquidatoria dell'unità sanitaria locale n..., al rimborso della spesa corrispondente agli oneri sostenuti per il personale dell'Istituto provinciale di assistenza all'infanzia - IPAI - dal settembre 1982 al 31.1.1985.

2. La Corte di Napoli condivide le argomentazioni del primo giudice, secondo le quali non erano riscontrabili fonti costitutive dell'obbligazione di rimborso dedotta in giudizio, avendo l'amministrazione provinciale deciso con autonome delibere di procedere al pagamento delle retribuzioni del personale IPAI, «independentemente dalla competente assunzione della gestione», a titolo di anticipazione e stante la situazione di urgenza (Delib. di Giunta 20.9.1982).

Esclude, pertanto, la consistenza di diritto soggettivo della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e dichiara rientrare la controversia nell'ambito della giurisdizione amministrativa di legittimità.

3. Il ricorso della Provincia di Benevento si articola in unico motivo; resiste con controricorso la Regione Campania; la gestione liquidatoria deposita «memoria di costituzione ai fini della discussione orale»; non svolge attività di resistenza l'Assessorato alla sanità.

La motivazione

1. Il ricorso nei confronti dell'Assessorato alla sanità della Regione Campania è inammissibile, perché proposto nei confronti di organo regionale privo di soggettività giuridica, che, come tale, non può essere qualificato come parte del giudizio di merito diverso e ulteriore rispetto alla Regione Campania.

2. La gestione liquidatoria dell'Unità sanitaria locale n... di Benevento non svolge attività di resistenza, perché non ha proposto controricorso e ha rilasciato a margine dell'atto denominato «memoria» procura speciale invalida perché non apposta su uno degli atti specificati dall'art. 83 c.p.c. (vedi Cass., S.U., 12.6.2006, n. 13537).

3. L'unico motivo di ricorso richiama le disposizioni normative (d.p.r. 24.7.1977, n. 616, artt. 25, 26 e 33) che avevano determinato la cessazione delle competenze dell'ente provincia in materia di assistenza socio-sanitaria materno-infantile, assistenza pediatrica e sana prevenzione, portando all'assetto organizzativo disegnato dalla l. n. 833/1978, art. 14, e dalla l. reg. della Campania n. 57/1980, art. 7, in base al quale le unità sanitarie locali avevano assunto le funzioni relative alla «protezione sanitaria materno-infantile, all'assistenza pediatrica e alla tutela del diritto alla procreazione cosciente e responsabile». Riferisce che, a decorrere dal 1°7.1982, il personale del soppresso IPAI era stato cancellato dai ruoli provinciali e inserito in quelli dell'Usl n... di Benevento, ma la Regione aveva poi contestato che le funzioni IPAI rientrassero nell'ambito sanitario regionale e la Provincia si era vista costretta ad anticipare le retribuzioni e gli oneri connessi, riservandosi il diritto di rivalsa. Conclude che, in forza di questi dati normativi e di fatto, aveva azionato il diritto soggettivo al rimborso nei confronti dei soggetti tenuti a sopportare gli oneri del personale ex IPAI, formulando il relativo quesito di diritto.

4. La Corte rileva che la domanda giudiziale, come chiarisce anche il ricorso per cassazione, aveva ad oggetto il rimborso di somme che si assumevano corrisposte in adempimento di un debito gravante su altri soggetti, senza in alcun modo prospettare l'illegittimità dell'esercizio, o del mancato esercizio, di poteri spettanti alle amministrazioni pubbliche convenute, affermando, invece, che, sulla base delle disposizioni normative invocate, soggetto parte dei rapporti di lavoro del personale già IPAI fosse divenuta l'Unità sanitaria locale n... di Benevento, tenuta perciò all'adempimento delle relative obbligazioni, e per essa la Regione.

4.1. Pertanto, versandosi fuori dell'ipotesi di cui all'art. 2036 c.c. (si esclude che sia stato pagato un debito altrui credendosi debitore per

errore scusabile), era stata dedotta in giudizio una fattispecie riconducibile alla previsione di cui all'art. 1180 c.c., la cui cognizione spetta certamente al giudice ordinario, non risultando coinvolte attività autoritative e, quindi, correlate situazioni di interesse legittimo, né rapporti di lavoro pubblico, né la materia della gestione di servizi pubblici ai sensi del d.lg. 31.3.1998, art. 33, sostituito dalla l. 21.7.2000, n. 205, art. 7, 1° co., lett. a.

In questi termini, del resto, la giurisprudenza delle Sezioni Unite ha già avuto modo di esprimersi (Cass., S.U., 30.6.2008, n. 17767; Cass., S.U., 28.5.1986, n. 3599).

5. L'errore commesso dalla sentenza impugnata è consistito nel confondere i profili processuali propri della questione di giurisdizione, connessi esclusivamente all'astratta riconducibilità della situazione dedotta in giudizio alla tutela dei diritti (art. 2907 c.c.), ovvero a materia di giurisdizione esclusiva amministrativa, con quelli propriamente di merito dell'accertata insussistenza del diritto azionato. Si tratta, invece, di una linea di confine che risulta nettamente tracciata dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte, specie a seguito dell'abbandono del risalente orientamento secondo cui la mancanza in astratto di una tutela apprestata dall'ordinamento alla pretesa dedotta in giudizio doveva ritenersi inerente alla giurisdizione sotto il profilo del «difetto assoluto» (vedi Cass., S.U., 20.3.1985, n. 2033; Cass., S.U., 1.7.1981, n. 4256). Attualmente, infatti, non si dubita che la questione della non configurabilità di un rapporto giuridico e di un diritto soggettivo, nemmeno in astratto, non accordando l'ordinamento giuridico alcuna tutela, attiene al fondamento di merito della domanda, non alla giurisdizione (vedi Cass., S.U., 2.6.1992, n. 6667; Cass., S.U., 14.1.1992, n. 367).

5.1. Ne discende che il ricorso va accolto, dovendosi cassare la pronuncia relativa alla declinatoria della giurisdizione ordinaria per essere competente il giudice amministrativo in sede di giurisdizione generale di legittimità.

6. Affermata la giurisdizione ordinaria e cassata la sentenza impugnata per violazione di norme di diritto (art. 2907 c.c., artt. 102 e 103 Cost., in relazione all'art. 360 c.p.c., 1° co., n. 1, c.p.c.), sussistono le condizioni per decidere la causa nel merito, non essendovi bisogno di altri accertamenti di fatto (art. 384, 1° co., c.p.c.).

La Corte di Cassazione, infatti, non è direttamente destinataria della disposizione di cui all'art. 353 c.p.c., applicabile nel solo caso di rinvio al giudice del merito, mentre il principio di ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.) offre idoneo sostegno al risultato di semplificazione cui la soluzione accolta consente di pervenire.

6.1. Gli accertamenti compiuti nel giudizio di merito e i riferimenti contenuti nello stesso ricorso offrono la compiuta dimostrazione dell'inesistenza del credito azionato dalla Provincia di Benevento.

6.2. Infatti, come si è detto, la Provincia di Benevento ha chiesto il rimborso degli oneri sopportati per personale che riteneva essere transitato alle dipendenze dell'Usl n... Il rilievo è sufficiente per rigettare la domanda in applicazione del principio di diritto secondo cui l'adempimento spontaneo di un'obbligazione da parte del terzo, ai sensi dell'art. 1180 c.c., provoca l'estinzione dell'obbligazione anche contro la volontà del creditore, se questi non aveva interesse all'adempimento personale, ma non attribuisce automaticamente al terzo titolo per agire direttamente nei confronti del debitore, titolo che sussiste soltanto in presenza di una delle ipotesi di surrogazione e regresso previste dalla legge (vedi Cass., 8.11.2007, n. 23292; Cass., 20.7.1976, n. 2872). Nel caso di specie non ricorre né l'ipotesi di surrogazione per volontà del creditore di cui all'art. 1201 c.c.), né quella per volontà del debitore di cui all'art. 1202 c.c., né quella legale di cui all'art. 1203, n. 3, c.c., che contempla la surrogazione esclusivamente a vantaggio di colui che, essendo tenuto con altri o per altri al pagamento del debito, aveva interesse a soddisfarlo.

6.3. Peraltro, un discorso più articolato merita il quesito se l'adempimento spontaneo del debito di altro soggetto comporti la surrogazione del *solvens* nei diritti del creditore a norma dell'art. 2036, 3° co., c.c., recante la disciplina di uno dei casi di surrogazione di diritto stabilita dalla legge (art. 1203, n. 5, c.c.).

Esiste, infatti, un indirizzo nella giurisprudenza della Corte secondo il

quale, ove un soggetto abbia adempiuto un debito altrui con la consapevolezza di non essere debitore, non si configura indebito soggettivo e, di conseguenza, non essendo ammessa ripetizione, si ha surrogazione a norma del menzionato art. 2036, 3° co., c.c. (Cass., 28.11.1981, Cass., 22.2.1995, n. 1981; Cass., 3.12.2002, n. 171209). Si tratta però di orientamento cui non è possibile dare continuità siccome inficiato dalla contraddizione logico-giuridica di escludere, da una parte, la sussistenza della fattispecie di indebito soggettivo a causa dell'assenza di un errore nel pagamento; dall'altra, di dichiarare applicabile proprio una disposizione dettata in tema di indebito soggettivo per i casi in cui non sussistono le condizioni stabilite dell'art. 2036, 1° co., c.c., per ripetere quanto pagato (errore non scusabile, creditore che si è privato in buona fede del titolo o delle garanzie del credito). Va, perciò, confermato il diverso principio secondo il quale colui che paga sapendo di non essere debitore non ha azione in base alle norme sull'indebito soggettivo, in esse comprese il terzo comma dell'art. 2036 c.c. (Vedi Cass., 11.11.1992, n. 12111). Infatti, la surrogazione ipotizzata dal cit. art. 2036, 3° co., c.c., postula che l'eseguito pagamento sia – in astratto – riconducibile alla figura dell'indebito *ex latere solventis*, pur difettando qualcuna delle condizioni perché possa esserne chiesta la ripetizione. Richiede necessariamente, quindi, che sussista l'elemento soggettivo della consapevolezza e volontà del *solvens* di pagare un debito proprio anziché altrui. Se così non fosse – se cioè potesse invocarsi detta norma sul mero presupposto oggettivo del pagamento non dovuto di un debito di terzi –, la surrogazione legale assumerebbe una portata così ampia e generale da privare di gran parte del proprio contenuto la figura della surro-

gazione per volontà del creditore e da rendere sostanzialmente superflua l'articolata disciplina dettata dal citato art. 1203 c.c., per la surrogazione legale (per queste considerazioni vedi, in motivazione, Cass., 26.6.2008, n. 17497).

Indubbiamente il *solvens* – stante l'ingiustificato vantaggio economico ricevuto dal debitore – può agire, nel concorso delle condizioni di legge, per l'ottenimento dell'indennizzo da arricchimento senza causa, ma si tratta di rimedio non esperito nella controversia (vedi Cass., 2.8.2007, n. 17007).

7. Il peculiare esito della causa – accoglimento del ricorso con declaratoria della giurisdizione ordinaria e rigetto nel merito della domanda proposta dallo stesso ricorrente, tra l'altro all'esito dell'esame critico di diversi orientamenti della giurisprudenza di legittimità – induce la Corte a compensare le spese dei giudizi di merito e di cassazione per giusti motivi.

P.Q.M.

La Corte, a Sezioni Unite, accoglie il ricorso nei confronti della Regione Campania e dell'Azienda sanitaria locale n... di Benevento, gestione liquidatoria dell'unità sanitaria locale n...; dichiara inammissibile lo stesso ricorso nei confronti dell'Assessorato alla sanità della Regione Campania; cassa la sentenza impugnata e dichiara la giurisdizione ordinaria sulla controversia. Decidendo la causa nel merito, rigetta la domanda proposta dalla Provincia di Benevento contro la Regione Campania e l'Azienda sanitaria locale n... di Benevento, gestione liquidatoria dell'unità sanitaria locale n...; compensa per l'intero le spese dei giudizi di merito e di cassazione.

Omissis.

1. La sentenza

La motivazione della sentenza oggetto di commento⁽¹⁾ traccia il percorso da seguire.

Nella parte motiva della pronuncia, si enuncia il principio di diritto – che discende, di riflesso, dalla formulazione dell'art. 1180 c.c. – secondo il quale lo spontaneo adempimento di un debito altrui da parte del terzo non attribuisce automaticamente a quest'ultimo titolo per agire direttamente nei confronti del debitore per il recupero delle somme pagate al creditore.

Successivamente, il *dictum* della Suprema Corte, con l'escludere che l'adempimento spontaneo di un debito altrui possa comportare la surrogazione del *solvens* nei diritti del creditore, a norma degli artt. 2036, 3° co., e 1203, n. 5, c.c., “consolida” (l'esistenza di) un contrasto giurisprudenziale.

Infine, seppure per inciso, la sentenza ripropone all'attenzione dell'interprete la questione sui problematici limiti di operatività dell'*actio de in rem verso*, nella parte in cui rileva che «indubbiamente il *solvens* – stante l'ingiustificato vantaggio economico ricevuto dal debitore – può agire, nel concorso delle condizioni di legge, per l'ottenimento dell'indennizzo da arricchimento senza causa».

(1) Tale sentenza, peraltro, non è stata pronunciata in sede di specifica composizione di un contrasto di giurisprudenza o per decidere una questione di massima di particolare importanza (ai sensi dell'art. 374, 2° co., c.p.c.); le Sezioni Unite, infatti, sono state adite per una questione di giurisdizione (ex art. 374, 1° co., c.p.c.), ma, una volta affermata la giurisdizione ordinaria e cassata la sentenza impugnata, hanno deciso la causa nel merito.

(2) Una critica al concetto di titolarità è in IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo – onere)*, Napoli, 1973, 44 ss., il quale, richiamando l'inizio dell'indagine nel quale si erano individuati i due poli del concetto di titolarità nell'obbligo e nel soggetto, finisce per affermare la «dissoluzione del concetto di titolarità» e sottolineare la necessità di chiarire che «personalità e titolarità sono pseudo-concetti, e che noi ci serviamo di essi per scopi didattici o con ufficio mnemonico».

(3) Nello specifico, sul tema: NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936; SCHLESINGER, *Adempimento del terzo e delegazione di paga-*

Ecco, quindi, le questioni da affrontare, che possono sintetizzarsi nei seguenti interrogativi: a) ha il terzo adempiente un'azione diretta nei confronti del debitore per ripetere quanto pagato spontaneamente al creditore? b) può operare, nel caso del *solvens* che abbia adempiuto un debito altrui, la surrogazione legale ex artt. 2036, 3° co., e 1203, n. 5, c.c.? c) in ultima analisi, può il terzo adempiente agire ex art. 2041 c.c., oppure si frappongono “ostacoli” alla libera esperibilità, nel caso di specie, dell'azione di ingiustificato arricchimento?

Ognuno di tali aspetti solleva più di qualche dubbio, che si tenterà quanto meno di porre in evidenza con le considerazioni che qui appresso si raccolgono.

2. Sull'azione diretta del terzo adempiente nei confronti del debitore

Per vagliare se il terzo che abbia adempiuto spontaneamente il debito di altrui possa agire direttamente nei confronti del debitore in virtù di un titolo⁽²⁾ che venga ad esistenza, *uno actu*, con l'attività di adempimento posta in essere in favore del creditore, occorre muovere dalla norma che disciplina la figura alla quale si attribuisce il *nomen juris* di adempimento del terzo⁽³⁾.

mento, in *Temi*, 1958, 572 ss.; MOSCATI, *Pagamento dell'indebito, adempimento del terzo e legittimazione a ripetere la prestazione* (nota a Trib. Napoli, 31.10.1966), in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, 181 ss.; BREGOLI, *Legittimazione a ripetere l'indebito oggettivo tra adempimento del terzo e pagamento rappresentativo*, in *Giust. civ.*, 1981, I, 114 ss.; SPADAFORA, *Nessi problematici fra l'adempimento del terzo e l'indebito soggettivo ex latere solventis*, *ivi*, 1991, II, 461 ss.; FRANGINI, *Il pagamento del terzo*, in *Comitato regionale notarile lombardo – Mutui ipotecari*, Milano, 1999, 301 ss.; TURCO, *L'adempimento del terzo*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2002; *Id.*, *Adempimento del terzo e autonomia delle parti*, in *I mobili confini dell'autonomia privata*, Milano, 2005, 585 ss.; CICCARELLI, *L'adempimento del terzo nel delicato equilibrio degli opposti interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, 392 ss.; ALBANESE, *Profili dell'adempimento non dovuto nei rapporti trilateri: indebito soggettivo, pagamento al creditore apparente, adempimento del terzo e surrogazione legale*, in *Contratto e impresa*, 2006, 455 ss.; BRUSCHETTA, *Ancora sulla natura del pagamento del terzo: una corretta applicazione dei principi regolatori della*

Infatti, nella prospettiva in cui ci si muove, è particolarmente interessante richiamare una distinzione adoperata da illustre dottrina, al fine di evidenziare che la fattispecie di cui all'art. 1180 c.c. descrive e regola la c.d. efficacia diretta dell'adempimento del terzo, ossia «gli effetti che si producono in ordine al rapporto obbligatorio nel quale il *solvens* interviene», ma nulla recita con riferimento all'efficacia c.d. «riflessa o secondaria» dell'adempimento del terzo la quale, invece, pertiene agli «effetti giuridici che, in occasione dell'adempimento del terzo, vengono a incidere sulla situazione giuridica fra *solvens* e debitore»⁽⁴⁾.

In altri termini, coerentemente con la collocazione topografica dello stesso art. 1180 c.c., le regole ivi contenute disciplinano (esclusivamente) l'intervento del terzo nella fase esecutiva del rapporto obbligatorio.

La disposizione dell'art. 1180 c.c.⁽⁵⁾ non si occupa, né della fase «costitutiva» del vincolo obbligatorio, né di quella successiva all'adempimento che, pure, potrebbe porre un problema di modificazione soggettiva del lato attivo dell'obbligazione, *sub specie* di una (possibile) vicenda surrogatoria.

materia (nota a Trib. Milano, 31.5.2006, n. 6478), in *Fallimento*, 2007, 65 ss.; L. FOLLIERI, *L'adempimento del terzo come "nuova" ipotesi di obbligazione naturale?*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 624 ss.

Specularmente alle ipotesi di adempimento del terzo si collocano quelle di pagamento al terzo, in relazione alle quali bisogna ricordare lo studio di SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961.

⁽⁴⁾ NICOLO, *op. cit.*, 195, il quale, in proposito, evidenzia come «poiché la funzione tipica dell'adempimento del terzo è... unitaria e consiste precisamente nell'attuazione (del contenuto) del diritto del creditore, risulta evidente che gli effetti diretti e immediati del negozio, ossia quelli legati da un nesso di causalità alle dichiarazioni di volontà dei contraenti, sono soltanto quelli che si producono in ordine al rapporto obbligatorio nel quale il *solvens* interviene. Tali conseguenze giuridiche, immediate e volontarie, costituiscono il risultato tipico del negozio e integrano quella che possiamo chiamare l'efficacia diretta del negozio di adempimento del terzo. Invece gli effetti giuridici che, in occasione dell'adempimento del terzo, vengono a incidere sulla situazione giuridica fra *solvens* e debitore, non sono conseguenze dirette e immediate del negozio, ma rappresentano effetti ulteriori e mediati di esso, che si producono automaticamente, e rispetto ai quali il negozio di adempimento rappresenta non la fonte immediata (e quindi volontaria) ma solo un fatto giuridico al quale la norma li ricollega esclusivamente per virtù propria».

Anche nei Principi di diritto europeo dei contratti, per quanto chiaramente riportato nel Commento all'art. 7:106 (sull'adempimento del terzo), non si regolamenta la «questione se un terzo che abbia adempiuto acquista il diritto del creditore nei confronti del debitore in via di cessione o di surrogazione» (così in *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, a cura di Castronovo, Milano, 2001, 379).

Rispetto all'art. 1180 c.c., l'art. 7:106 dei Principi di diritto europeo dei contratti si differenzia fondamentalmente per due dati, costituiti dalle due ipotesi nelle quali non è possibile al creditore rifiutare l'adempimento offertogli dal terzo. Infatti, in tali ipotesi, contraddistinte con le lettere (a) e (b) del 1° co., si parla espressamente di «consenso del debitore» e di «interesse legittimo» (del terzo) «all'adempimento», ossia di elementi che il legislatore del 1942 ha ommesso di considerare *expressis verbis*.

Per un'opinione critica sugli articoli che nei Principi Acquis sono dedicati alla materia della formazione del contratto, cfr. ADDIS, *La formazione dell'accordo*, in *I «Principi» del diritto comunitario dei contratti*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2009, 306 ss. (nonché ID., *La formazione dell'accordo nei Principi Acquis del diritto comunitario dei contratti*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 8 ss.), il quale enuncia chiaramente il proprio pensiero – che trae convincimento dall'attenta e perspicua disamina degli otto articoli (4:101-4:108) dettati dai Principi per la specifica materia della formazione del contratto – rilevando che «se la valutazione complessiva degli Acquis dovesse essere elaborata basandosi solo su questo ambito specifico, essa non potrebbe che assumere contorni ampiamente negativi» (313).

⁽⁵⁾ La giurisprudenza ha individuato, quali elementi caratterizzanti dell'adempimento del terzo ex art. 1180 c.c.: l'obiettivo conformità della prestazione, proveniente da soggetto estraneo al rapporto obbligatorio, con quella dedotta in obbligazione; la natura spontanea ed unilaterale dell'intervento del terzo; l'intento del terzo di estinguere il debito (Cass., 7.7.1980, n. 4340, in *Giust. civ.*, 1981, I, 111 ss., ove si indicano, altresì, presupposti «negativi» in presenza dei quali ricorre la figura, quali: la mancanza di precedenti accordi o convenzioni, a base dell'iniziativa del terzo; la mancanza di interesse, nel creditore, all'adempimento personale del debitore; nello stesso senso, Cass., 17.7.1974, n. 2139, in *Rep. Giust. civ.*,

Dato indiscusso, in proposito, è però rappresentato dalla circostanza che l'efficacia c.d. riflessa dell'adempimento del terzo non trova una regolamentazione *ad hoc* nell'art. 1180 c.c., il quale nulla prevede con riferimento agli effetti che si determinano a seguito dell'attività solutoria del terzo e, in particolare, sulla posizione e sulle correlate situazioni giuridiche che sorgono in capo al *solvens* ed in rapporto al debitore che si avvantaggia del pagamento effettuato.

Da una conclusione siffatta, cui si giunge, peraltro, per mezzo di una semplice esegesi del dato positivo, discende, quale corollario, la «impraticabilità» di qualunque soluzione al problema relativo ad un'azione diretta del terzo adempiente che possa fondarsi sull'"addentellato" normativo dell'art. 1180 c.c.⁽⁶⁾.

Una volta adempiuto spontaneamente il debito altrui, il terzo⁽⁷⁾ non avrebbe quindi alcun titolo, che gli derivi automaticamente dalla spiegata attività adempitiva, per agire di rivalsa nei confronti del debitore.

Un titolo del genere, per quanto rilevato nella sentenza oggetto di commento – che, sul punto, richiama una recente pronuncia

1974, *Obbligazioni e contratti*, 2, che così afferma: «l'art. 1180 c.c. vigente, unificando le disposizioni di cui agli artt. 1238 e 1239 c.c. del 1865, prevede la possibilità che la prestazione sia eseguita da un terzo perfino *inscio vel invito debitore*, così da liberare quest'ultimo dall'onere dell'adempimento e da quelle che potrebbero essere le conseguenze dell'inadempimento. Deve trattarsi di un intervento spontaneo ed unilaterale del terzo, non legato, cioè, a precedenti accordi o convenzioni, e tuttavia tale da costituire un sostanziale e formale adempimento della obbligazione, si che si possa escludere qualsiasi interesse del creditore a pretendere l'adempimento personale del debitore»).

⁽⁶⁾ Entrambi i commi che compongono la struttura dell'art. 1180 c.c. regolano una fattispecie estintiva dell'obbligazione (sull'argomento delle modalità e delle fattispecie che producono l'estinzione dell'obbligazione cfr., in generale, su tutti, ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1948-1952; e P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1975), prevedendo, da una parte, una modalità di estinzione "soggettivamente" diversa rispetto all'estinzione cui condurrebbe la condotta del debitore, nella misura in cui è sancita l'equipollenza, a tali fini, del pagamento del terzo, dall'altra, i limiti entro i quali può operare la facoltà di rifiuto del creditore (anche in relazione al potere di opposizione del debitore all'adempimento altrui). Quanto a quest'ultimo aspetto, invero, solo impropriamente potrebbe parlarsi di una facoltà del creditore, atteso che il suo rifiuto «impeditivo» [a parlare di rifiuto «impeditivo», distinguendolo dal rifiuto «eliminativo», è G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 165 ss. (ora anche in una 2ª ristampa anastatica, Milano, 2008, con prefazione di G.B. Ferri), il quale utilizza tale distinzione al fine di sottolineare come il rifiuto del primo tipo impedisca la produzione degli effetti propri della fattispecie considerata, mentre quello del secondo tipo recida effetti già prodottisi] potrà manifestarsi soltanto in due ipotesi: a) qualora si sia in presenza di un'obbligazione nella quale assume rilievo la persona del debitore (argomentando dalla seconda parte del 1° co. dell'art. 1180 c.c.) [M. GIORGIANNI, *Pagamento (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. It.*, XII, Torino, 1965, 330 s., con riferimento alla formula «interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione» (utilizzata dal 1° co. dell'art. 1180 c.c.), evidenzia trattarsi di «una espressione abbastanza elastica, il cui contenuto normativo, pertanto, non è rigido: lo stabilire, invero, in quali casi il creditore ha interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione, non può essere certo racchiuso in una formula, ma è problema da risolvere caso per caso. Ciò che, però, occorre sottolineare è questo, che l'interesse del creditore deve essere considerato non già dal punto di vista subiettivo, ma da quello obiettivo, e cioè in riferimento al contenuto e alla natura della prestazione. Da questo punto di vista, ad es., la prestazione pecuniaria ha tale natura che giammai il creditore potrebbe avere interesse all'adempimento personale del debitore; mentre, invece, per le prestazioni di fare la regola è l'opposta, salvo eccezioni connesse sempre alla natura della prestazione»]; b) nel caso in cui il debitore si sia opposto all'adempimento offerto dal terzo (art. 1180, 2° co., c.c.).

⁽⁷⁾ Secondo A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1988, 50, «la figura del terzo adempiente ex art. 1180 c.c. si determina in via residuale come colui che adempie l'obbligo altrui, non avvalendosi... di uno specifico potere ad esso attribuito (come nel caso del rappresentante)», non ricorrendo la figura del terzo nemmeno nell'ipotesi in cui il debitore abbia delegato il terzo all'adempimento o abbia autorizzato il creditore a ricevere il pagamento da parte di un soggetto estraneo.

della Cassazione⁽⁸⁾ – potrebbe sussistere «soltanto in presenza di una delle ipotesi di surrogazione e regresso previste dalla legge».

3. Nessi tra l'adempimento del terzo e l'indebito soggettivo *ex latere solventis*

Al fine di ricercare una soluzione alla problematica innanzi prospettata, si deve quindi far ricorso al generale criterio ermeneutico dell'analogia che, con riguardo all'ipotesi esaminata, si declina nei nessi di "somiglianza" tra l'adempimento del terzo e l'indebito soggettivo *ex latere solventis*; ciò per consentire al *solvens* di poter agire sull'assunto che si sia al cospetto di una prestazione non dovuta e, quindi, ripetibile.

All'uopo, è infatti da considerare che l'indebito soggettivo *ex latere solventis* (che viene ormai comunemente ritenuto l'unica vera forma di indebito soggettivo, rientrando invece, più propriamente, l'indebito *ex persona creditoris* nell'ambito dell'indebito oggettivo) presenti innegabili punti di contatto con la figura dell'adempimento dell'obbligo altrui.

Per rendersene conto, basti pensare che, secondo un autorevole indirizzo dottrinario, l'indebito soggettivo *ex parte debitoris* si risolverebbe nella disciplina di un caso di impugnativa del pagamento fatto da un terzo; più nello specifico, sarebbe un'ipotesi di adempimento del terzo invalido per errore⁽⁹⁾ e l'azione di ripetizione si configurerebbe come un'impugnativa di tale atto (con conseguente applicabilità delle regole in tema di annullabilità)⁽¹⁰⁾.

In quest'ottica, il diritto del *solvens* alla ripetizione sorgerebbe in un momento successivo alla *solutio* e, precisamente, allorché venga rimosso, con l'azione di annullamento, il negozio invalido⁽¹¹⁾.

In altre parole, l'azione *ex art. 2036 c.c.* avrebbe, come oggetto immediato, l'annullamento del negozio con cui si è effettuato il pagamento e, come oggetto ulteriore, la ripetizione del pagato⁽¹²⁾.

All'apparenza, infatti, le due figure sembrano quasi completarsi vicendevolmente, tanto da far credere che la norma di cui all'art. 2036 c.c. (disciplinante l'indebito soggettivo) andrebbe ad integrare l'art. 1180 c.c., estendendo la sua portata a tutti i casi nei quali l'adempimento del terzo è inficiato dall'errore del *solvens*. Sia nell'una che nell'altra ipotesi esiste un credito ed il soggetto

che provvede al pagamento è diverso rispetto a quello che risulta debitore.

Va tra l'altro segnalato come, in quest'ambito, sia stata predicata la possibilità, per il *solvens*, di agire direttamente verso il vero debitore, riconoscendo altresì, al soggetto adempiente, un «diritto di scelta» fra l'azione verso il vero debitore e quella contro l'*accipiens*⁽¹³⁾.

La tesi secondo cui l'art. 2036 c.c. sarebbe diretto a regolare un caso di impugnativa dell'adempimento di terzo, però, per quanto suggestiva, sembra essere stata superata dai successivi studi che hanno messo in evidenza la profonda diversità tra i due istituti, che può sintetizzarsi nei seguenti punti: 1) l'adempimento del terzo estingue il diritto del creditore e libera l'obbligato, mentre nella ripetizione di indebito, che rientra nel novero delle fonti (costitutive) dell'obbligazione (diverse dal fatto illecito e dal contratto), la *solutio* non dovuta non produce un'efficacia liberatoria, lasciando impregiudicato il diritto dell'*accipiens*-creditore nei confronti dell'effettivo debitore; 2) nell'ipotesi disciplinata dall'art. 1180 c.c., il *solvens* è perfettamente consapevole di adempiere un debito altrui, diversamente dall'ipotesi regolata dall'art. 2036 c.c., laddove il terzo paga poiché erroneamente ritiene di essere debitore dell'*accipiens*⁽¹⁴⁾.

Regola generale che può ricavarsi dal coordinamento dell'art. 1180 c.c. con l'art. 2036 c.c. è dunque quella secondo cui la prestazione del terzo acquista un'efficacia solutoria solo allorché venga compiuta con la consapevolezza dell'alienità dell'obbligo. È l'«errore scusabile» (*ex art. 2036, 1° co., c.c.*) il discrimine in tema di adempimento dell'obbligo altrui, tra l'indebito soggettivo *ex latere solventis* e la figura dell'adempimento del terzo di cui all'art. 1180 c.c.

Peralto, in ordine alla possibile configurazione di un'azione diretta del terzo adempiente verso il debitore che ha beneficiato del pagamento, un ulteriore dato va tenuto presente.

L'azione di ripetizione *ex art. 2036 c.c.* viene esercitata dal *solvens* contro l'*accipiens* e non contro il debitore, proprio in considerazione della circostanza che il terzo, intanto ha pagato, in quanto erroneamente credeva di essere debitore del creditore, nei cui confronti, quindi, può ripetere il pagamento effettuato (sempre che, come dispone l'art. 2036 c.c., «il creditore non si sia privato in buona fede del titolo e delle garanzie del credito»).

⁽⁸⁾ Cass., 8.11.2007, n. 23292, in *Guida dir.*, 2008, 5, 62 ss.; in *Giust. civ.*, 2008, I, 103 ss.; e in *Obbl. e contr.*, 2008, 497 ss., con nota di TOMASSETTI, *Adempimento del terzo e ripetizione della prestazione*. Secondo tale pronuncia, «l'adempimento di un'obbligazione da parte del terzo provoca l'estinzione dell'obbligazione anche contro la volontà del creditore, se questi non aveva interesse all'adempimento personale, ma non attribuisce automaticamente al terzo titolo per agire direttamente nei confronti del debitore, se non provi l'esistenza di un rapporto sottostante in virtù del quale il pagamento sia stato effettuato, sicché, in difetto di tale prova, va rigettata la domanda proposta dal terzo adempiente nei confronti del debitore per recuperare quanto pagato» [detta sentenza si pone idealmente in linea con la risalente Cass., 20.7.1976, n. 2872 (in *Mass. Giur. it.*, 1976, 709) secondo cui chi ha adempiuto spontaneamente un obbligo altrui non si surroga, per ciò stesso, al creditore, né può agire in regresso contro il debitore, poiché surrogazione e regresso presuppongono l'esecuzione di una prestazione da parte di chi vi sia tenuto con altri e per altri].

⁽⁹⁾ Peralto, i nessi tra la ripetizione dell'indebito (quand'anche oggettivo) e la tematica dell'errore quale vizio del consenso sembrano ancora oggi essere di moda nella giurisprudenza in materia laburistica, avendo la Cassazione statuito che «il datore di lavoro, se richiede indietro le somme pagate in più rispetto alle retribuzioni minime previste dal contratto collettivo, non può limitarsi a provare che la normativa collettiva stabilisce, per le prestazioni svolte, retribuzioni inferiori, ma deve dimostrare che la corresponsione della maggiore retribuzione è frutto di un errore essen-

ziale e riconoscibile dall'altro contraente, di un errore cioè che abbia i requisiti previsti dagli artt. 1429 e 1431 c.c.» (Cass., 17.4.2000, n. 4942, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, 45 ss., con nota di OGRISEG, *Datore di lavoro e ripetizione di indebito: inesistenza di valida causa solvendi o annullamento della solutio per errore?*; in senso conforme, Cass., 13.5.1987, n. 4409, in *Giust. civ.*, 1987, I, 2248). A margine di tale statuizione della Suprema Corte, viene da osservare che, qualora si escluda la natura negoziale dell'adempimento-pagamento, diverrebbe se non altro dubbia l'applicazione, al pagamento dell'indebito nell'ambito del rapporto di lavoro, dei principi civilistici in materia d'invalidità dei contratti.

⁽¹⁰⁾ FERRARA JR., *Questioni in tema di ripetizione di indebito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1949, II, 206 ss.; CAPOZZI, *Vizi della volontà e daempimento*, in *Dir. e giur.*, 1951, 266 ss.; MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, 246 ss.

⁽¹¹⁾ Relativamente al momento in cui il *solvens* acquista il diritto alla restituzione, cfr. SCHLESINGER, *L'indebito soggettivo «ex latere solventis» e la sua influenza sul rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 60.

⁽¹²⁾ FERRARA JR., *op. cit.*, 213.

⁽¹³⁾ Sul punto, SPADAFORA, *op. cit.*, 462.

⁽¹⁴⁾ Sulle ragioni della differenziazione, si limita il riferimento alle voci enciclopediche di RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, 1230 s.; e MOSCATI, *Indebito (pagamento e ripetizione dell')*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 91 s., che attestano la distinzione, che sembra ormai essere stata acclarata, tra l'indebito *ex parte debitoris* e la figura di cui all'art. 1180 c.c., evidenziandone le diversità.

Nell'ipotesi in esame, invece, la questione che si pone riguarda la possibilità del terzo che abbia adempiuto un debito altrui di ripetere quanto pagato nei confronti del debitore, e non del creditore.

Se così stanno le cose, quindi, il *solvens* non può ripetere direttamente dal debitore, ai sensi dell'art. 2036 c.c., le somme pagate per estinguere il debito di quest'ultimo nei confronti del creditore-*accipiens*.

Tuttavia, nonostante le rilevate note distintive, l'analisi delle "interferenze" tra le due figure, che dal punto di vista esteriore sembrano assai finitime, non può terminare qui.

La disposizione codicistica sull'indebito soggettivo, infatti, contempla un'ultima possibilità per il *solvens* qualora la ripetizione non sia ammessa: il subentro nei diritti del creditore (art. 2036, 3° co., c.c.).

In altri termini, la surrogazione rappresenta la *extrema ratio* per l'eventualità in cui al terzo non risulti possibile avvalersi dell'azione di ripetizione.

In questa prospettiva, diviene necessario verificare se il *solvens*, qualora abbia pagato – *sua sponte* – un debito altrui, possa surrogarsi nei diritti dell'*accipiens* in applicazione di quanto disposto dall'art. 2036, 3° co., c.c.

Ed è proprio su tale questione più specifica che si registra un contrasto nella giurisprudenza della Suprema Corte, che si appunta sul seguente quesito: l'adempimento spontaneo di un debito altrui può comportare la surrogazione legale del *solvens* nei diritti del creditore a norma degli artt. 2036, 3° co., e 1203, n. 5, c.c.?

Le Sezioni Unite, con la sentenza che si commenta, hanno acuito il contrasto giurisprudenziale del quale, qui appresso, verranno riportate le tracce salienti.

4. Il contrasto giurisprudenziale in ordine al ricorrere dell'ipotesi di surrogazione legale ex artt. 2036, 3° co. e 1203, n. 5, c.c.

Nella sentenza della Cassazione oggetto di attenzione, si sottolinea, testualmente, che «un discorso più articolato» (rispetto a quello sul diritto, derivante automaticamente al terzo dall'adempimento, di agire direttamente nei confronti del debitore) «merita il quesito se l'adempimento spontaneo del debito di altro soggetto comporti la surrogazione del *solvens* nei diritti del creditore a norma dell'art. 2036, 3° co., c.c.», dal momento che, per quanto dato atto nella stessa pronuncia, esiste, al riguardo, un contrasto giurisprudenziale che le Sezioni Unite hanno contribuito a consolidare.

⁽¹⁵⁾ Risultano espressione di tale indirizzo: Cass., 20.9.1971, n. 2611, in *Mass. Giur. it.*, 1971, 1479; Cass., 28.11.1981, n. 6346, *ivi*, 1981, 1585; Cass., 5.1.1995, n. 195, in *Giust. civ. mass.*, 1995, 35; Cass., 22.2.1995, n. 1981, *ivi*, 1995, 411; Cass., 29.4.1999, n. 4301, in *Dir. fall.*, 2000, II, 776; in *Fallimento*, 2000, 718; e in *Giust. civ.*, 2000, I, 855; Cass., 3.12.2002, n. 17120, in *Giust. civ. mass.*, 2002, 2101.

⁽¹⁶⁾ Danno voce a tale orientamento: Cass., 11.11.1992, n. 12111, in *Mass. Giur. it.*, 1992, 1067; Cass., 26.6.2008, n. 17497, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 1032; nonché la sentenza oggetto del presente commento.

⁽¹⁷⁾ In proposito, cfr. Cass., 5.1.1995, n. 195, cit., ove così si legge: «non sussiste ipotesi di indebito soggettivo (art. 2036 c.c.), con il conseguente diritto del *solvens* alla ripetizione, nel caso in cui il compratore abbia pagato l'imposta comunale sull'incremento di valore degli immobili (IN-VIM), dovuta dal venditore, sapendo di non essere debitore, non potendo tale pagamento considerarsi effettuato in situazione di errore. In siffatta ipotesi si ha soltanto surrogazione del *solvens* nei diritti del creditore ai sensi dell'art. 2036, 3° co., c.c. ed il debito di restituzione resta debito di valuta, essendo esso costituito da una somma di danaro sin dalla origine del rapporto».

Infatti, in ordine a tale questione, sono rinvenibili due contrapposti orientamenti della Suprema Corte.

Secondo il primo e più datato indirizzo, qualora un soggetto abbia adempiuto un debito altrui con la consapevolezza di non essere debitore (e dunque non potendo tale pagamento considerarsi effettuato in situazione di errore), non si configura un indebito soggettivo (*ex latere solventis*) e non è ammessa la ripetizione, ma ha comunque luogo la surrogazione del *solvens* nei diritti del creditore, ai sensi degli artt. 2036, 3° co., e 1203, n. 5, c.c.⁽¹⁵⁾.

Per altro e più recente orientamento, nel cui ambito è da ascrivere anche la pronuncia che ispira il presente commento, invece, non potrebbe operare la surrogazione c.d. legale di cui agli artt. 2036, 3° co., e 1203, n. 5, c.c.⁽¹⁶⁾.

Due sono gli ordini di motivazione addotti dalle pronunce che rappresentano questo orientamento contrario: 1) non è possibile, da una parte, escludere la sussistenza della fattispecie di indebito soggettivo a causa dell'assenza di un errore nel pagamento e, dall'altra, dichiarare applicabile proprio una disposizione dettata in tema di indebito soggettivo per i casi in cui non sussistano le condizioni stabilite dall'art. 2036, 1° co., c.c. per ripetere quanto pagato; 2) se potesse invocarsi l'art. 2036, 3° co., c.c. sul mero presupposto oggettivo del pagamento non dovuto di un debito di terzi, la surrogazione legale assumerebbe una portata così ampia e generale da privare di gran parte del proprio contenuto la figura della surrogazione per volontà del creditore e da rendere sostanzialmente superflua l'articolata disciplina dettata dall'art. 1203 c.c.

I due ordini di motivazione posti a base del secondo indirizzo vanno esaminati distintamente.

Anzitutto, va posto all'attenzione dell'interprete un problema: il disposto dell'art. 2036, 3° co., c.c. prevede il "subentro" del *solvens* nei diritti del creditore-*accipiens* allorché non ricorrano i presupposti in presenza dei quali è ammessa la ripetizione delle somme pagate e, quindi, nelle ipotesi in cui, per il mancato ricorrere degli elementi che individuano il pagamento dell'indebito, non può propriamente parlarsi di esso.

Ipotesi del genere corrispondono a quei casi di pagamento dell'indebito, con efficacia satisfattiva dell'interesse creditorio, nei quali è escluso il diritto del *solvens* di agire in ripetizione per carenza di un errore (inescusabile)⁽¹⁷⁾ o per perdita del titolo o delle garanzie.

Insomma, in mancanza dei presupposti che sostanziano la figura del pagamento dell'indebito, quali, in particolare, l'assenza di un errore nella *solutio* che possa dar luogo, appunto, alla ripetizione di quanto indebitamente prestato, al terzo adempiente è conces-

Nello stesso senso, Cass., 29.4.1999, n. 4301, cit.: «il consorzio di manutenzione costituito dai proprietari delle singole unità immobiliari derivanti da una lottizzazione basata su convenzione urbanistica con il Comune, prevedente a carico del contraente privato la realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria, non è legittimato a chiedere alla società lottizzatrice l'adempimento delle relative prescrizioni, poiché non è stato parte della convenzione urbanistica stessa, avente natura contrattuale e una correlativa efficacia *inter partes*, e neanche è interessato all'esecuzione delle opere di urbanizzazione quale soggetto passivo delle obbligazioni *propter rem* che gravano sui proprietari *pro tempore* per oneri relativi alle opere di urbanizzazione, a norma dell'art. 28, l. n. 765/1967. Tuttavia lo stesso consorzio, ove abbia provveduto ad eseguire una spesa relativa ad opere di urbanizzazione che avrebbero dovuto essere eseguite dalla società lottizzatrice, è legittimato ad agire contro quest'ultima a titolo di ripetizione di indebito soggettivo oppure (in relazione all'ipotesi in cui tale azione sia infondata nel merito, per mancanza del requisito dell'errore del *solvens*) in via di surrogazione, ai sensi dell'art. 2036, 3° co., e 1203, 5° co., c.c., nei diritti al riguardo dei singoli proprietari nei confronti della stessa società».

sa la possibilità di rivolgersi al vero debitore, surrogandosi nei diritti dell'*accipiens*.

Trattasi, però, di ipotesi che potrebbero ritenersi qualificabili alla stregua di un vero e proprio adempimento del terzo *ex art.* 1180 c.c. (nonostante la già evidenziata distinzione ed autonomia tra le due figure)⁽¹⁸⁾, se si considera come, (anche) in tali casi, la prestazione del terzo realizza l'interesse del creditore (né più, né meno del classico adempimento del terzo) e che manca la situazione di errore al ricorrere della quale può farsi menzione di un indebito ai sensi dell'art. 2036 c.c.

Vi è quindi da chiedersi: in ipotesi siffatte, in cui manca l'errore del *solvens*, in che cosa l'indebito si distingue dall'adempimento del terzo? Se in tali casi opera la surrogazione (legale), essa non potrebbe operare anche per l'adempimento spontaneo di un debito altrui?

Secondo la Cassazione, com'è dato leggersi nella sentenza annotata, anche in tali ultimi casi, che sembrano – non soltanto dal punto di vista fenomenologico – assimilabili all'adempimento spontaneo di un debito altrui da parte di un terzo, la surrogazione *ex art.* 2036, 3° co., c.c. postulerebbe, comunque, che «l'eseguito pagamento sia – in astratto – riconducibile alla figura dell'indebito *ex latere solventis*, pur difettando qualcuna delle condizioni perché possa esserne chiesta la ripetizione», con la conseguenza che, necessariamente, detta surrogazione richieda la sussistenza dell'elemento soggettivo della consapevolezza di pagare «un debito proprio anziché altrui».

Il ragionamento svolto dalla Suprema Corte sul punto, tuttavia, non convince appieno, soprattutto se si pone attenzione all'ipotesi in cui il diritto del *solvens* di agire in ripetizione sia escluso per carenza dell'errore.

Quid distintivo tra le confinanti figure dell'indebito soggettivo *ex latere solventis* e dell'adempimento del terzo, infatti, è proprio costituito dall'esistenza o meno dell'errore nella *solutio*.

⁽¹⁸⁾ V. *retro*, par. 3.

⁽¹⁹⁾ Sembra essere oggi opinione prevalente in dottrina [MERLO, *La surrogazione per pagamento*, Padova, 1933, 65; CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1988, 18; C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1993, 356 ss.; aderiscono alla costruzione del pagamento con surrogazione secondo lo schema dell'estinzione relativa dell'obbligazione anche TURCO, *L'adempimento del terzo*, cit., 200; e NAPPI, *Appunti sulla corresponsività nei contratti di adempimento indiretto del debito altrui*, in *Studi in onore di Marco Comporti*, II, Milano, 2008, 1870 (già in *Rass. dir. civ.*, 2007, 992 ss.) e diffusa in giurisprudenza (cfr., ad es., Cass., 20.9.1984, n. 4808, in *Circ. e trasp.*, 1985, 61, secondo cui la surrogazione del credito prevista dall'art. 1201 c.c. non comporta l'estinzione del debito originario, ma la modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio, con la sostituzione di un terzo all'originario creditore e senza incidenza sull'aspetto oggettivo del rapporto, con la conseguenza che, nonostante il soddisfacimento del creditore mediante il pagamento ad opera del terzo, la struttura del rapporto obbligatorio rimane inalterata ed il debito mantiene le sue caratteristiche essenziali), quella per cui la surrogazione costituisce una vicenda traslativa (ad occuparsi della vicenda e dell'effetto traslativo è ZACCHEO, *Gestione fiduciaria e disposizione del diritto*, Milano, 1991, 100 ss., spec. 129 ss., il quale sottopone ad una "critica ragionata" il principio consensualistico di cui risulta espressione l'art. 1376 c.c., esaminandolo nella prospettiva della traslativa e problematica distinzione tra *titulus* e *modus acquirendi*) del credito, a seguito della quale il *solvens* subentra nella posizione giuridica del creditore soddisfatto, con la conseguenza che l'attuazione del credito non impedirebbe che esso si trasferisca ad un altro soggetto [riconducono la surrogazione ad una vicenda novativa NICOLÒ, *op. cit.*, spec. 98 ss. (ove sottolinea come la surrogazione – da distinguersi rispetto alla cessione del credito – non opererebbe «alcun trasferimento» del diritto di credito «perché il creditore non può trasmettere una qualità che, nel momento in cui il terzo esegue la prestazione, egli perde definitivamente» dopo il soddisfacimento e l'estinzione del suo diritto) e PUGLIATTI, *I fatti giuridici* (revisione di Falzea), Messina, 1945, 21 (il quale evidenzia la diversità di titoli cui corrisponderebbe, da un lato, la perdita del diritto da parte

Se così è, venendo meno l'errore, foss'anche sotto il profilo della scusabilità, non sembra che la distanza tra le due ipotesi considerate sia poi così "incolmabile" come, invece, risulta tracciata dal disposto normativo nonché dall'orientamento giurisprudenziale che nega l'operatività del meccanismo surrogatorio per il caso dell'adempimento consapevole del debito altrui.

Seppure *ex post*, la concreta mancanza di un errore che possa dirsi tale ai sensi dell'art. 2036, 1° co., c.c. pare rendere, se non uguali in punto di qualificazione giuridica, quanto meno simili al fine di comportare il ricorso allo strumento surrogatorio (*ex art.* 2036, 3° co., c.c.), le figure dell'indebito soggettivo *ex parte debitoris* e dell'adempimento del terzo.

Nell'ipotesi in cui venga meno l'errore del *solvens*, l'indebito soggettivo disciplinato dall'art. 2036 c.c. sembra perdere la sua nota caratterizzante in rapporto all'adempimento del terzo, sicché la distinzione tra le due figure, predicabile ancora in astratto (per usare terminologia adoperata dalla Suprema Corte), non lo sarebbe più in concreto.

Alla "spontaneità in astratto" quale elemento (psicologico) essenziale nell'adempimento del terzo, si associerebbe la "spontaneità in concreto" dell'indebito soggettivo *ex latere solventis* nel caso in cui si registri l'effettiva carenza di errore nel pagamento. Sotto questo aspetto, le due figure analizzate potrebbero anche essere assimilate, sì da consentire, pure al terzo che abbia adempiuto spontaneamente un debito non proprio, di surrogarsi nei diritti del creditore nei confronti del vero debitore.

Ma il discorso, quanto alla possibilità per il terzo adempiente di far ricorso alla surrogazione⁽¹⁹⁾, non può senz'altro dirsi terminato, dovendo ora procedersi ad un – sia pur sommario – esame delle disposizioni che regolano l'istituto del pagamento con surrogazione⁽²⁰⁾, con particolare riferimento agli artt. 1201 e 1203 c.c.

del precedente titolare e, dall'altro, l'acquisto in capo al nuovo creditore). Per BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2 – IV, Milano, 1955, 66, «è da escludere che al terzo possa passare il credito soddisfatto: per poter passare esso dovrebbe prima di tutto continuare ad esistere; per continuare ad esistere, però, bisognerebbe che, ad onta del pagamento, non si fosse estinto». Evidenzia il carattere derivativo dell'acquisto in capo al nuovo creditore il BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, Milano, 1958, 37 e 81].

In sostanza, la surrogazione dimostrerebbe che l'adempimento possa dar luogo ad un'estinzione relativa del rapporto obbligatorio (sulla configurabilità di un'estinzione relativa del rapporto obbligatorio a seguito del pagamento, cfr. già HARTMANN, *Die Obligationen*, Erlangen, 1875, 46 ss., nonché ENDEMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, Berlin, 1905, 868 ss., spec. 871 ss.), dove «relativa» sta per inerente alla sola persona del creditore soddisfatto ed alla sola relazione tra questi ed il suo debitore [e ciò nonostante la denunciata contraddittorietà della formula «estinzione relativa del debito» (ALLARA, *op. cit.*, 19, secondo il quale non si può concepire uno stadio intermedio rispetto all'estinzione assoluta; P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 6, per il quale, se l'ordinamento giuridico ha ritenuto opportuno mantenere in vita, a certi effetti, il rapporto obbligatorio, vorrà dire che quel rapporto non si è estinto. La formula dell'estinzione relativa, inoltre, è criticata dal BUCCISANO, *op. cit.*, 30 e già dal BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1946, 308) o, meglio, l'ammissibilità di un siffatto *modus* di estinzione dell'obbligazione, risultando difficile conciliare, da un lato, l'estinzione del debito gravante sul debitore nei confronti del suo creditore e, dall'altro, quella sorta di "reviviscenza" dei diritti del creditore nel terzo adempiente che determinerebbe il meccanismo della surrogazione (per dirla con le parole di BETTI, *op. loc. ult. cit.*, «la difficoltà da superare sta nella efficacia estintiva che, in linea di massima, è propria del pagamento, quale vicenda concernente l'oggetto. Il pagamento opera l'estinzione del credito, in virtù della funzione soddisfacente che spiega nell'economia del rapporto, in quanto per esso viene attribuita al creditore l'utilità che aspettava... e che doveva essergli conferita mercé la cooperazione del debitore»).

⁽²⁰⁾ Sulla *ratio* della surrogazione, rispondente all'esigenza di tutelare l'interesse al rimborso del terzo che adempie il debito altrui, cfr. M. PROSPERETTI, *Il pagamento con surrogazione*, in *Tratt. Rescigno*, IX, Torino, 1984, 121.

5. Segue: sulle disposizioni in tema di pagamento con surrogazione. Spunti di riflessione

La surrogazione di cui all'art. 2036, 3° co., c.c. rientra nel novero delle ipotesi di surrogazione legale⁽²¹⁾ delle quali fa menzione l'art. 1203 c.c. e, in particolare, nel n. 5) di tale disposizione, che rimanda, *per relationem*, agli «altri casi stabiliti dalla legge». Viene qui in rilievo il secondo ordine di motivazioni che si leggono al riguardo nella sentenza annotata, ove si richiama la disciplina della surrogazione (legale), al fine di sostenere che, qualora fosse consentito al terzo che paga spontaneamente il debito altrui di avvalersi della surrogazione per agire in rivalsa nei confronti del debitore, si priverebbe di gran parte del suo contenuto la surrogazione per volontà del creditore e si renderebbe sostanzialmente superflua l'articolata disciplina dettata per la surrogazione legale dall'art. 1203 c.c.

E per saggiare più compiutamente le ragioni addotte dalla Suprema Corte a tal proposito, va innanzitutto individuata la differenza che passa tra la surrogazione per volontà del creditore di cui all'art. 1201 c.c. e la surrogazione legale dell'art. 1203 c.c. Essa sembra riposare in ciò: mentre la surrogazione per volontà del creditore ha luogo in virtù di un'espressa manifestazione di volontà proveniente dal creditore che «può» surrogare il terzo che ha adempiuto nei diritti che a lui derivavano dal rapporto obbligatorio corrente con il debitore, la surrogazione legale di cui all'art. 1203 c.c. opera a prescindere da qualsivoglia consenso del creditore⁽²²⁾.

Nella prima «forma» di surrogazione considerata, è attribuita, quindi, ampia discrezionalità al creditore, il quale è libero, a suo insindacabile giudizio, di surrogare o meno il *solvens* nei suoi diritti. Trattasi di un potere liberamente esercitabile quanto al «se» (non essendo richiesta alcuna motivazione particolare per farvi ricorso) e vincolato soltanto nel «quando» e nel «come», dovendo la surrogazione avvenire «in modo espresso e contemporaneamente al pagamento» (art. 1201 c.c.)⁽²³⁾.

Viceversa, la surrogazione legale avrebbe luogo nelle ipotesi previste dall'art. 1203 c.c. (ai primi quattro numeri) nonché «negli altri casi stabiliti dalla legge» (come recita il n. 5 di tale articolo). Inoltre, l'art. 1201 c.c. dispone che il creditore può surrogare, nei propri diritti verso il debitore, il terzo da cui ha ricevuto il pagamento: evidente è, qui, il richiamo all'adempimento del terzo.

E pare che l'ambito di applicazione di tale disposizione venga quasi interamente a coincidere con le ipotesi che integrano la fattispecie adempitiva del terzo.

Da quanto appena evidenziato sull'impianto codicistico della surrogazione, quindi, conseguirebbe che, se operasse la surrogazione legale ex artt. 2036, 3° co., e 1203, n. 5, c.c. anche nell'ipo-

⁽²¹⁾ Sembra difficilmente dubitabile che «l'effetto tipico, di natura successoria: il subingresso del *solvens* nei diritti del creditore soddisfatto col pagamento, è disposto direttamente dalla legge, anche nei casi di cosiddetta «surrogazione volontaria»; in questi casi il meccanismo surrogatorio funziona per impulso del creditore o del debitore, il suo funzionamento è rimesso dalla legge alla discrezionalità dell'uno o dell'altro, ma ciò non significa che quell'effetto sia (o possa essere) negoziabilmente voluto. Perciò, la surrogazione può sempre considerarsi di fonte legale, anche se non sempre essa opera di diritto, come quando appunto ha luogo per volontà del creditore o del debitore... È dunque la legge che designa l'unico possibile beneficiario della surrogazione, che cioè lo legittima al sub ingresso» (MAGAZZÙ, *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1527).

Per la Suprema Corte, il principio secondo cui la surrogazione legale ha luogo di diritto «va inteso nel senso che essa opera senza il consenso del creditore precedente e del debitore, e non già nel senso che si attui automaticamente, indipendentemente dalla dichiarazione del terzo che ha pagato di volersi sur-

rogare al creditore soddisfatto» (Cass., 7.7.1960, n. 1749, in *Giust. civ.*, 1961, I, 118).

tesa dell'adempimento spontaneo, quella ex art. 1201 c.c. sarebbe relegata a svolgere un ruolo «oggettivamente» modesto.

Anzi, a ben riflettere, l'osservazione della Cassazione sul punto sembra cogliere nel segno.

Se, infatti, si ritenesse che possa aver luogo, a favore del terzo adempiente («consapevole»), la surrogazione legale (ai sensi del n. 5 dell'art. 1203 c.c.), l'ambito di applicazione dell'art. 1201 c.c. verrebbe a coincidere con quello della surrogazione «di diritto», al punto che potrebbe pensarsi, effettivamente, ad una norma (quale quella dell'art. 1201 c.c.) destinata a non trovare pressoché nessun concreto utilizzo.

Se si ritenesse operante la surrogazione legale, pertanto, quella per volontà del creditore, che ricorre nelle ipotesi in cui vi sia un adempimento del terzo, sarebbe quasi totalmente «soppiantata» dalla forma di surrogazione che opera di diritto, a prescindere dal volere del creditore.

Peraltro, traendone la conclusione, potrebbe dirsi che il dato non contravviene, di per sé, alla praticabilità del ricorso allo strumento surrogatorio: una norma potrebbe pure rilevarsi, *ex post*, di scarsa applicazione, sino a divenire quasi «lettera morta».

Ma, per quanto condivisibile possa sembrare il ragionamento dal quale si trae detta conclusione, occorre, per avere un quadro più nitido, riversare l'attenzione sulla surrogazione di diritto, al fine di verificare quello che costituisce il presupposto del ragionamento sino ad ora condotto.

Difatti, intanto esso diventerebbe sostenibile, in quanto l'adempimento consapevole di un debito altrui da parte del terzo possa comportare la surrogazione legale di quest'ultimo nei diritti vantati dal creditore soddisfatto nei confronti del debitore.

Il discorso, a tal proposito, non andrebbe svolto sulle prime quattro ipotesi di surrogazione contemplate dall'art. 1203 c.c., bensì sul richiamo che il n. 5 di tale disposizione fa agli «altri casi stabiliti dalla legge».

Tuttavia, l'individuazione delle ipotesi cui farebbe riferimento la formula «aperta» adoperata dal n. 5 dell'art. 1203 c.c. non rappresenta compito agevole, non essendovi unanimità di opinioni circa i casi che vi si possono ricondurre⁽²⁴⁾.

Un dato è però da sottolineare.

Deve trattarsi di casi «stabiliti dalla legge»; l'espressione non è senz'altro equivoca.

E mentre la legge nulla dice con riferimento all'adempimento del terzo, prevede, invece, il «subentro» del *solvens* nei diritti del creditore nell'ipotesi di indebito soggettivo *ex latere solventis*.

Vero è, quindi, che il legislatore, per quanto specificamente concerne l'ipotesi di adempimento spontaneo di un debito altrui, non ha previsto l'operatività del meccanismo surrogatorio.

rogare al creditore soddisfatto» (Cass., 7.7.1960, n. 1749, in *Giust. civ.*, 1961, I, 118).

⁽²²⁾ Evidenzia a tal proposito CARPINO, *Surrogazione (pagamento con)*, in *Noviss. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1971, 964 s., che «l'art. 1203 indica specificamente alcuni casi principali di surrogazione legale, operando infine un rinvio generico agli altri casi stabiliti dalla legge. Si tratta della surrogazione a favore di chi adempie l'obbligo altrui; mentre, di solito, perché costui possa ottenere la surrogazione, occorre il consenso del creditore (art. 1201), nei casi espressamente stabiliti il legislatore attua la surrogazione a prescindere dal consenso del creditore».

⁽²³⁾ Cfr. MAGAZZÙ, *op. cit.*, 1531.

⁽²⁴⁾ Tanto è sottolineato da MAGAZZÙ, *op. cit.*, 1536, il quale osserva che «si son fatti elenchi, ma non tutte le ipotesi che vi si includono sono di vera e propria surrogazione per pagamento», ribadendo pure come «il rinvio sia pure generico, che si fa nel n. 5 dell'art. 1203 agli «altri casi stabiliti dalla legge», esclude ogni applicabilità analogica delle norme che prevedono questi casi e rende inammissibile qualsiasi ipotesi atipica di surrogazione».

In tale prospettiva, peraltro, è opportuno riflettere, più in generale, su tutti i casi nei quali ha luogo la surrogazione di diritto, in quanto, da ciò, potrebbe ricavarsi un dato interessante.

Infatti, dalle ipotesi contraddistinte dai primi quattro numeri dell'art. 1203 c.c., può evincersi come tutti i soggetti a favore dei quali la legge attribuisce il diritto di surroga possano considerarsi (con alcune eccezioni) – chi più, chi meno – “terzi” rispetto al (rapporto relativo al) debito adempiuto⁽²⁵⁾.

E quest'ultima osservazione potrebbe anche rappresentare un indizio che faccia propendere, comunque, in mancanza di un espresso riferimento normativo in tal senso, per l'affermazione che l'adempimento (spontaneo) del terzo metta capo ad una vicenda surrogatoria di origine legale.

Di certo, l'art. 1180 c.c. non costituisce caso al quale la legge riconnette il verificarsi di una vicenda surrogatoria, ma (si è già sottolineato)⁽²⁶⁾, con precipuo riferimento alla tematica oggetto di indagine, detta disposizione tace, non occupandosi affatto di regolare i rapporti tra il *solvens* ed il vero debitore.

Quindi, volendo tirare le fila del discorso con riguardo all'eventuale configurarsi di un'ipotesi di surrogazione (legale) nella specie, non si potrebbe optare senza indugi per la soluzione negativa, che, pure, appare risultato più semplice cui addivenire in mancanza di una chiara conferma legislativa.

Invero, però, risulterebbe senz'altro difficile forzare la lettera della legge, nella misura in cui, appunto, prescrive, quali ipotesi residuali di surrogazione legale, le altre (e sole) stabilit(e) dalla legge (art. 1203, n. 5, c.c.); diversamente, forse, potrebbe dirsi per la sua *ratio*, considerando che (per quanto appena rilevato) le ulteriori ipotesi di cui all'art. 1203 c.c. si riferirebbero a soggetti – come nel caso di specie – “terzi” rispetto al rapporto obbligatorio adempiuto.

Argomentando da ciò, seppure in una prospettiva *de iure condendo*, il caso del terzo adempiente *ex art.* 1180 c.c. sarebbe potenzialmente annoverabile come ipotesi di surrogazione legale⁽²⁷⁾, con la conseguenza che il soggetto che ha effettivamente adempiuto nella consapevolezza che si tratti di un debito non suo abbia – per adoperare le parole dell'indirizzo contrapposto a quello cui aderiscono le Sezioni Unite con la pronuncia commentata – quanto meno il diritto di surrogarsi al creditore soddisfatto⁽²⁸⁾.

Ma questa conclusione non trova un esplicito riscontro nel dato normativo.

Se fosse consentito prendere parte al dibattito giurisprudenziale, due assunti conclusivi potrebbero, allo stato dell'arte, formularsi: 1) le disposizioni normative che il legislatore del '42 ha dettato per l'istituto del pagamento con surrogazione delineano un sistema nel quale la surrogazione – in tutte le sue diverse forme – incide sulla posizione di un soggetto “terzo” rispetto al rapporto obbligatorio e sui diritti e le azioni da esso esercitabili al fine di “recuperare” quanto ha costituito oggetto di adempimento, ma

delimitano i casi in cui ciò avviene “di diritto”, escludendo, nella sostanza, ogni applicazione analogica e lasciando che tutte le altre ipotesi non contemplate siano soggette – quanto al verificarsi della surrogazione – al volere di uno dei due protagonisti (creditore o debitore) del vincolo obbligatorio; 2) i presupposti al ricorrere dei quali l'art. 2036, 3° co., c.c. consente la surrogazione legale del *solvens* nell'indebito soggettivo *ex parte debitoris*, in particolar modo qualora manchi l'errore nella *solutio*, potrebbero consentire di assimilare a quest'ultima figura l'adempimento del terzo *ex art.* 1180 c.c.

Da tali assunti possono derivare conseguenze differenti con precipuo riguardo al contrasto di giurisprudenza esaminato.

Se, infatti, si propende per l'assoluta “rigidità” dell'ordito codicistico di cui agli artt. 1201 ss. c.c., non residua alcuno spazio per ipotesi di surrogazione di diritto per così dire “atipiche”.

Diversamente, se si privilegia una soluzione più “elastica” che, tuttavia, giunga ad affermare l'operatività della surrogazione soltanto in presenza di ipotesi in cui il subentro del terzo (estraneo al rapporto obbligatorio) nei diritti del creditore soddisfatto sia riconducibile alla medesima *ratio* di uno dei casi in cui essa ricorra *ope legis*. E ciò, forse, potrebbe sostenersi anche nell'ipotesi in questione, qualora venga a ravvisarsi quello stretto nesso di somiglianza tra le figure che si declinano negli artt. 1180 e 2036 c.c.

Sembra quasi superfluo, infine, sottolineare come l'indirizzo giurisprudenziale che la pronuncia delle Sezioni Unite annotata (che non si discosta da una lettura “rigida” degli artt. 1201 ss. c.c.) ha contribuito a “rafforzare” sia, senz'altro, il più “conforme” al dato positivo.

6. Problematiche connesse all'esperibilità dell'azione di ingiustificato arricchimento

Aderendosi all'indirizzo più recente di cui risulta espressione la pronuncia commentata, colui che adempie spontaneamente non avrebbe la possibilità di surrogarsi nei diritti del creditore-accipiens, ma, per quanto pure si legge nella motivazione della sentenza annotata, il *solvens*, nel concorso delle condizioni di legge, potrebbe sempre agire per l'ottenimento dell'indennizzo da arricchimento senza causa.

È stato già osservato, al riguardo, che «in mancanza di un titolo specifico» per ottenere quanto prestato per altri «competerà al terzo l'azione di arricchimento»⁽²⁹⁾.

Il terzo, dunque, può agire per il recupero delle somme pagate in base ai principi dell'ingiustificato arricchimento, posto che l'adempimento del terzo si tradurrebbe in un risparmio di spesa per il debitore arricchito, connessa all'iniziativa volontaria del terzo adempiente impoverito.

Senonché, il ricorso all'azione generale di arricchimento sconta problemi applicativi, sia di ordine generale, che particolare (relativi alla specifica ipotesi considerata); essi, peraltro, possono analizzarsi congiuntamente.

⁽²⁵⁾ TURCO, *op. ult. cit.*, 205 s., rileva che «è indubbio come tanto l'acquirente del bene ipotecato, quanto il datore di ipoteca siano “terzi” rispetto al rapporto obbligatorio adempiuto «e pertanto la surrogazione legale, prevista a loro favore quale strumento di recupero dell'esborso affrontato per adempiere, assunta a presupposto un vero e proprio adempimento del terzo» e che «la sussistenza di un adempimento del terzo quale presupposto della surrogazione legale quale strumento di rivalsa del *solvens* è altresì configurabile, unitamente alla qualificabilità della fattispecie come ulteriore ipotesi di terzo “interessato” ad adempiere, nel caso di pagamento e conseguente surroga del creditore posteriore *ex art.* 1203, n. 1, c.c., a nulla ostando la circostanza che, nella specie, l'adempiente non sia terzo rispet-

to al debitore, ma suo creditore: giacché risulta in merito decisiva, a nostro avviso, la considerazione che egli è nondimeno e sicuramente “terzo” rispetto al creditore soddisfatto e al rapporto che lega quest'ultimo al debitore».

⁽²⁶⁾ *V. retro*, par. 2.

⁽²⁷⁾ In quest'ottica non è peregrino richiamare la surrogazione a favore del terzo interveniente che paga la cambiale (*ex art.* 82, 1° co., l. camb.)

⁽²⁸⁾ In tal senso, TURCO, *op. ult. cit.*, 168 ss. (nonché nota 16) e 198 ss.

⁽²⁹⁾ C.M. BIANCA, *op. cit.*, 285; nello stesso senso, NICOLÒ, *op. cit.*, 229 s., TURCO, *op. ult. cit.*, 216 s.; BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, in *Tratt. Rescigno*, 9, I, Torino, 1984, 833.

L'esperibilità dell'azione ex art. 2041 c.c. da parte del terzo adempiente sembra, infatti, porre all'interprete, oltre alle generali questioni concernenti i presupposti (e/o elementi costitutivi dell'azione) al ricorrere dei quali può essere esercitata (arricchimento di un soggetto e diminuzione patrimoniale dell'altro, nesso causale tra depauperamento e arricchimento, assenza di una giusta causa e, soprattutto, carattere sussidiario dell'azione), anche le problematiche che si agitano attorno alla figura del c.d. arricchimento indiretto e/o mediato.

Quanto a quest'ultima fattispecie, l'ipotesi in esame pare ripeterne i tratti salienti o, comunque, costituire una mera "variazione".

Nel suo schema classico, l'arricchimento indiretto, anche detto *ex alieno contractu*, sarebbe integrato dall'ipotesi in cui un soggetto, ingiustamente impoverito, agisce per ottenere l'indennizzo di cui all'art. 2041 c.c. nei confronti di un terzo che si sia arricchito grazie ad una prestazione andata a suo vantaggio, ma eseguita in virtù di un rapporto intervenuto fra il depauperato ed un altro soggetto (c.d. intermediario), resosi poi inadempiente.

La questione, dunque, sorge ogniqualevolta un terzo soggetto venga a trarre beneficio da un contratto concluso tra altre persone. In proposito, bisogna anzitutto registrare un orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte secondo cui l'azione di arricchimento non potrebbe essere esercitata quando il soggetto che si è arricchito è diverso da quello con il quale chi compie la prestazione ha un rapporto diretto, in quanto, in questo caso,

(³⁰) Cass., 5.8.2003, n. 11835, in *Giur. it.*, 2004, 1618 ss., con nota di Antinucci; in *Contr.*, 2004, 113 ss., con nota di BARBIERA, *Arricchimento mediato e sussidiarietà dell'azione*; e in *Arch. civ.*, 2004, 366 ss. [in cui si specifica che è «altresì carente anche il requisito della sussidiarietà (art. 2042 c.c.) che non sussiste qualora il danneggiato possa esperire un'azione tipica nei confronti dell'arricchito o di altri soggetti che siano obbligati nei suoi confronti *ex lege* o in virtù di un contratto (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso l'esperibilità dell'azione di arricchimento nei confronti del proprietario del suolo da parte di un soggetto che aveva realizzato su di esso delle opere su incarico conferitogli da un terzo)»; in senso conforme: Cass., 26.7.2002, n. 11051, in *Giur. it.*, 2003, 290; Cass., 10.2.1993, n. 1686, *ivi*, 1994, I, 1, 1860, con nota di SPITALI, *L'arricchimento mediante intermediario e l'art. 2038 c.c.*; Cass., 16.12.1981, n. 6664, in *Mass. Giur. it.*, 1981, 1675, secondo cui quando ad avvantaggiarsi dell'attribuzione patrimoniale sia un soggetto diverso dal destinatario di questa, viene meno il nesso di causalità tra l'impoverimento di un soggetto e l'arricchimento dell'altro e, con esso, il fondamento dell'indennizzo].

Altri orientamenti possono registrarsi sul tema: 1) l'uno secondo il quale l'azione ex art. 2041 c.c. potrebbe essere esperita anche nei confronti di un soggetto diverso da quello cui la prestazione era destinata (Cass. n. 6201/2004); 2) l'altro per il quale l'azione generale di arricchimento sarebbe esperibile contro il terzo che abbia conseguito l'indebita locupletazione in danno dell'istante quando l'arricchimento stesso sia stato conseguito dal terzo in via meramente di fatto e perciò gratuita, nei rapporti con il soggetto obbligato per legge o per contratto nei confronti del depauperato e resosi insolvente nei riguardi di quest'ultimo, mentre sarebbe inammissibile ove la prestazione sia stata conseguita dal terzo in virtù di un atto a titolo oneroso (Cass. n. 11656/2006).

Sintetizza bene, tra gli altri, il problema dell'arricchimento indiretto o mediato, MOSCATI, *Arricchimento (Azione di) nel diritto civile*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 454 s., il quale sottolinea come «nella dottrina più recente, dopo la rinuncia all'enunciazione di formule generali, il problema della correlazione tra "danno" ed arricchimento ha finito per coincidere con quello della configurabilità di un arricchimento "indiretto" o "mediato", che da sempre costituisce uno degli aspetti più tormentati della teoria dell'arricchimento senza causa e che nei singoli ordinamenti riceve soluzioni di volta in volta diverse. La configurabilità di un arricchimento conseguito attraverso la mediazione del patrimonio di un terzo, che presso di noi sembra trovare un qualche appiglio a livello normativo nell'art. 2038 c.c., non è affatto pacifica tra gli interpreti, sia per le perduranti incertezze sullo stesso significato dell'espressione, comunemente intesa anche per indicare l'arricchimento correlato al pagamento del debito altrui (art. 1180 c.c.), sia per lo stretto collegamento con la soluzione di questioni di più ampio respiro, a cominciare dal concetto di "giusta causa" che proprio nell'arricchimento "indiretto" o "mediato" trova un severo banco di prova, senza contare

l'eventuale arricchimento costituisce solo un effetto indiretto o riflesso della prestazione eseguita⁽³⁰⁾.

In altre parole, si tratta di quelle ipotesi – come potrebbe essere per l'adempimento del terzo – nelle quali l'attribuzione patrimoniale ridonda a vantaggio di un soggetto diverso dal destinatario della medesima, venendosi a realizzare una sorta di spostamento patrimoniale indiretto⁽³¹⁾, che, tuttavia, non sarebbe ammesso, in quanto non ricorrerebbe quel necessario nesso di correlazione diretta tra impoverimento ed arricchimento, nonché tra le rispettive sfere patrimoniali dell'impoverito e dell'arricchito.

Le idee portanti di un tale indirizzo giurisprudenziale⁽³²⁾ sono rappresentate, da un lato, dall'unicità del fatto causativo dello spostamento patrimoniale (nel senso che fra locupletazione e depauperamento deve necessariamente sussistere quel nesso di causalità diretta idoneo a realizzare la correlatività ex art. 2041 c.c.), dall'altro, da un'interpretazione "in astratto" del requisito della sussidiarietà, per cui l'azione non si potrebbe esercitare se il danneggiato poteva comunque esperire (a prescindere dalla accoglibilità o meno della stessa) altra azione per farsi indennizzare⁽³³⁾.

La giurisprudenza – che non fa esplicito riferimento alla fattispecie adempitiva del terzo – esamina l'ipotesi in cui si determina il c.d. arricchimento mediante intermediario, interrogandosi sulla possibilità di esercitare *l'actio de in rem verso* nei confronti del soggetto che, pur beneficiando di un incremento patrimoniale, sia però diverso – e in questo senso "terzo" – rispetto a colui con

che l'ammissione dell'azione contro un soggetto diverso dall'*accipiens* offre lo spunto per verificare contenuti ed applicazioni dello stesso principio di sussidiarietà, almeno quando anche l'*accipiens* sarebbe tenuto nei confronti dell'impoverito benché per un titolo diverso dal terzo arricchito.

In quest'ambito, va ricordato il risalente orientamento della Cassazione secondo il quale «l'azione di arricchimento senza causa non è proponibile quando il danneggiato può esercitare un'altra azione tipica per evitare il pregiudizio economico che gli deriva e detto carattere sussidiario comporta che l'azione ex art. 2041 c.c. non può essere avanzata, non soltanto ove sussista altra azione del danneggiato nei confronti dell'arricchito, ma anche quando l'azione sia sperimentabile contro persone diverse, che siano obbligate per legge o per contratto» [Cass., 20.11.2002, n. 16340, in *Danno e resp.*, 2003, 863 ss. (ove si sottolinea trattarsi di «risalente interpretazione» data dal giudice di legittimità), con nota di commento di VENTURELLI, *Sulla specificità e residualità dell'azione di ingiustificato arricchimento: inutilità di un rimedio?*].

(³¹) In questo senso già ANDREOLI, *L'ingiustificato arricchimento*, Milano, 1940, 168, il quale, però, a tal fine, distingue tra arricchimento «indiretto» (l'adempimento dell'obbligo altrui) e arricchimento «mediato».

(³²) All'origine dell'orientamento, si registra una pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite (Cass., S.U., 2.2.1963, n. 183, in *Giust. civ.*, 1963, I, 259) che ha definito una controversia relativa ad un fondo oggetto in un primo momento di un'espropriazione secondo le leggi di riforma fondiaria, poi, una volta trasferito all'ente competente, oggetto di un'espropriazione militare. Le proprietarie, che nulla avevano ricevuto a seguito della prima espropriazione, lamentavano il fatto che l'ente competente si fosse ingiustamente arricchito a loro danno, atteso che esso aveva ricevuto un indennizzo da parte dell'autorità militare. Le Sezioni Unite, nel respingere il ricorso, hanno puntualizzato che l'azione di arricchimento postula «a) l'arricchimento di un soggetto e la diminuzione patrimoniale in pregiudizio di un altro soggetto, collegati tali eventi da nesso di causalità; b)... perché ricorra il primo requisito, è necessaria la sussistenza di un fatto costitutivo unico, dal quale possano farsi dipendere, tanto l'arricchimento, quanto la correlativa diminuzione patrimoniale. Laddove, invece, lo spostamento patrimoniale, sia pure ingiustificato, fra due soggetti, sia determinato da una successione di fatti distinti (espropriazione fondiaria in danno di un soggetto, espropriazione militare in danno dell'altro), che hanno inciso su due diverse situazioni patrimoniali soggettive, in modo del tutto indipendente l'uno dall'altro, il depauperamento di un soggetto non è l'effetto del correlativo arricchimento dell'altro e viceversa. In mancanza di un unico fatto costitutivo, difetta la correlazione tra arricchimento e depauperamento, manca, cioè, il nesso di causalità e viene meno il fondamento dell'indennizzo».

(³³) Secondo l'opposta concezione della sussidiarietà "in concreto", l'art. 2042 c.c. ha il senso di escludere l'esercizio dell'azione di arricchimento solo per il tempo in cui sussiste l'offerta di altre difese.

il quale chi ha compiuto la prestazione ha avuto un rapporto diretto.

Sul punto, va prima di tutto osservato come sembri quasi conseguenza naturale, dell'intervento di un terzo nel rapporto obbligatorio base e dell'adempimento del debito altrui da lui effettuato, l'impossibilità che continui a permanere quella correlazione diretta tra impoverimento ed arricchimento.

E le motivazioni di questo indirizzo giurisprudenziale sono forse da ricercare in un modo di ragionare guidato dal canone dell'*id quod plerumque accidit*, che relega ad ipotesi di scarsa verifica quelle in cui l'adempimento del terzo non trovi causa giustificatrice in un (preesistente o concomitante) rapporto con il debitore o, addirittura, non le consideri tout court.

In quest'ottica, va valutato se il debitore, nell'ipotesi di adempimento spontaneo di un debito altrui, possa essere considerato soggetto "terzo" che si è arricchito in modo mediato o indiretto ed al quale si riferisce il filone giurisprudenziale appena richiamato.

E il caso in esame, a tal proposito, presenta una sua singolarità, atteso che dovrebbe parlarsi di terzo, sia con riguardo all'adempiente, che al debitore il quale si sarebbe arricchito indirettamente a danno del terzo *solvens*, non tenuto, per legge o per contratto, ad adempiere, né nei confronti del creditore, né del debitore.

In argomento, peraltro, si sono pronunciate, di recente, le Sezioni Unite⁽³⁴⁾, che hanno ribadito come il doppio requisito dell'unicità del fatto costitutivo dell'arricchimento e della sussidiarietà dell'azione ex art. 2041 c.c. vada senz'altro riaffermato come regola generale, ma con una duplice eccezione, costituita: a) dall'arricchimento mediato conseguito da una p.a. rispetto ad un ente (anch'esso di natura pubblicistica) direttamente beneficiario/utilizzatore della prestazione dell'impoverito; b) dall'arricchimento conseguito dal terzo a titolo meramente gratuito⁽³⁵⁾.

Insomma, la Cassazione ha riaffermato, in linea generale, la ricorrenza del requisito dell'unicità del fatto costitutivo dell'arricchimento (oltre che della sussidiarietà) ai fini dell'esperimento dell'*actio de in rem verso*, limitando, peraltro, l'applicabilità della regola che, per quanto qui interessa, non si estenderebbe a comprendere l'arricchimento conseguito dal terzo a titolo meramente gratuito⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ Cass., 8.10.2008, n. 24772, in *Obbl. e contr.*, 2009, 964 ss., con nota di LONGO, *Affidamento del terzo nel mandato senza rappresentanza e unicità del fatto costitutivo quale presupposto dell'azione di arricchimento*; in *Dir. e giustizia*, 2008, con nota di Garufi; in *Guida dir.*, 2008, 42, 60 ss., con nota di PISELLI, *Esercizio delle attività sostitutive circoscritte ai diritti di credito*; in *Corriere giur.*, 2009, 691 ss., con note di MAFFEIS, *Le azioni contrattuali nel mandato senza rappresentanza: interesse del mandante e affidamento del terzo* e di DE GIORGI, *Le sezioni unite sull'individuazione dei limiti soggettivi dell'azione di ingiustificato arricchimento*; e in *Resp. civ.*, 2010, 32 ss., con nota di MASTROMATTEO, *Arricchimenti indiretti e sussidiarietà dell'actio de in rem verso*.

⁽³⁵⁾ Cass., 8.10.2008, n. 24772, cit. La Suprema Corte perviene a tali conclusioni partendo dalla ricognizione delle posizioni dottrinarie che hanno rilevato come l'idea della necessità, ai fini dell'esperibilità di un'azione di ingiustificato arricchimento, di un unico fatto costitutivo nella relazione fra arricchimento e depauperamento, avrebbe escluso dall'operatività dell'azione casi nei quali, viceversa, la possibilità di configurare un arricchimento senza causa deve ritenersi indiscutibile (come nell'ipotesi della delegazione, quando il delegato adempie il debito assunto nei confronti del delegatario e quest'ultimo consegue un arricchimento proveniente dal patrimonio del delegato, terzo rispetto al rapporto delegante-delegatario, in base ad un contratto stipulato con questo – l'assunzione del debito da parte del delegato – risultando fuor di dubbio che, ove il rapporto di valuta sia nullo, il delegante possa agire contro il delegatario).

Quanto, poi, alla necessità di un nesso di causalità diretto (frutto più di una trasposizione nella materia degli arricchimenti ingiustificati di nozioni elaborate

Tale approdo della Suprema Corte, tuttavia, non sembra riuscire a fare chiarezza sulla possibilità per il terzo adempiente "spontaneo" di agire ai sensi dell'art. 2041 c.c. contro il debitore, per un verso in quanto il terzo che si sarebbe arricchito a titolo meramente gratuito non pare possa identificarsi tout court con il debitore dell'ipotesi di specie, atteso che non è agevole comprendere, a tali fini, chi possa ritenersi terzo (e rispetto a quale "rapporto diretto") tra l'adempiente, il creditore ed il debitore, per altro verso poiché è stata riaffermata la regola generale sulla non esperibilità dell'*actio de in rem verso* nei confronti di un soggetto diverso – e in questo senso terzo – rispetto a colui che era destinatario e creditore della prestazione nei confronti del soggetto obbligato.

Mentre, però, la prima considerazione potrebbe superarsi semplicemente, osservando che, forse, non può rinvenirsi, nell'adempimento spontaneo di un debito altrui, un'ipotesi di arricchimento indiretto, il secondo assunto, invece, parrebbe cogliere maggiormente nel segno e portare ad emersione il "cuore" del problema, di ordine più generale, circa l'effettività di un rimedio che sembrerebbe incarnare la "panacea" di qualsivoglia "torto" di natura patrimoniale.

Quanto all'ipotesi di adempimento spontaneo di un debito altrui, infatti, non ricorrerebbe il contratto tra il depauperato (terzo adempiente) e l'altro soggetto (c.d. intermediario) che dovrebbe essere rappresentato – nell'ipotesi in esame – dal creditore.

Non vi sarebbe, poi, l'inadempienza (e/o insolvenza) dell'intermediario che, anzi, dovendo individuarsi nella specie con il creditore, costituirebbe soggetto che, lungi dall'essere inadempiente, attende la soddisfazione del suo diritto di credito.

In sostanza, nessuno dei tratti salienti dell'arricchimento mediato sarebbe da rinvenire nell'adempimento da parte del terzo, se non l'arricchimento di un soggetto diverso da colui il quale riceve la prestazione.

Sicché potrebbe affermarsi che si è lontani – foss'anche da una sua "variazione" – dallo schema classico di arricchimento *ex alieno contractu*.

Il vero *punctum dolens*, invece, sembra da individuare nei "limiti" di carattere più generale alla libera esperibilità dell'azione di ingiustificato arricchimento, costituiti dal doppio requisito dell'unicità del fatto costitutivo dello spostamento patrimoniale e

nello studio dei fatti illeciti), ricordano le Sezioni Unite la teoria – proposta dalla dottrina – della relazione di necessità meramente storica fra arricchimento e depauperamento, nel senso che il rapporto di causalità potrebbe ritenersi sussistente ove sia dimostrabile che l'uno non si sarebbe verificato senza l'altro: il fondamento dell'indennizzo ex art. 2041 c.c., così, non verrebbe meno pur quando l'ingiustificato spostamento patrimoniale abbia origine da una successione di fatti incidenti su diverse situazioni patrimoniali soggettive del tutto indipendenti (è il caso di un mutuo contratto per effettuare una donazione, riconoscendo al mutuante, nell'eventualità dell'inadempimento del mutuatario, un'azione nei limiti dell'arricchimento nei confronti del beneficiario della prestazione).

Infine, le Sezioni Unite richiamano la ricostruzione dottrinale che ha evidenziato la correlazione fra l'ingiustificato arricchimento indiretto e l'art. 2038 c.c., dal quale emergerebbe la generale *regula iuris* secondo cui il depauperato può esercitare l'azione di arricchimento nei confronti del terzo esclusivamente nel caso in cui quest'ultimo abbia conseguito la prestazione (e, di conseguenza, si sia arricchito) a titolo gratuito, mentre, qualora abbia conseguito la prestazione a titolo oneroso, l'azione non sarebbe esperibile. E l'aspetto più appagante di tale dottrina sarebbe rappresentato dalla circostanza che l'ancoraggio all'art. 2038 c.c., per un verso, fornisce il necessario fondamento normativo al riconoscimento di una (sia pur circoscritta) fattispecie di arricchimento mediante intermediario, per l'altro induce ad un'interpretazione più elastica dell'art. 2042 c.c.

⁽³⁶⁾ Emerge chiara, sotto questo profilo, la premessa del ragionamento della Suprema Corte, costituita dalla correlazione tra l'ingiustificato arricchimento indiretto e l'art. 2038 c.c.

dalla piena sussidiarietà dell'azione, ribaditi dalle Sezioni Unite come necessarie condizioni che devono ricorrere per l'esercizio del rimedio.

E se il primo requisito sulla necessaria "correlatività" tra la locupletazione e il depauperamento potrebbe, non senza qualche difficoltà, rinvenirsi anche nell'ipotesi del terzo che adempie un debito altrui, considerando quest'ultimo, in una sorta di *fictione juris*, come soggetto legato con un nesso di correlazione diretta al debitore che ha, di fatto, locupletato a suo "danno", il requisito della sussidiarietà, o anche detto della complementarità, rappresenta, di contro, limite di una qualche sostanza alla più generale esperibilità dell'azione di ingiustificato arricchimento.

A favore della sussidiarietà di cui all'art. 2042 c.c. si suole addurre vari argomenti, quali: l'esigenza di evitare confusioni e frodi alla legge, nonché il sovvertimento del temperamento di interessi sanciti dalla disciplina delle varie fattispecie⁽³⁷⁾; la necessità di arginare applicazioni incontrollate dell'istituto⁽³⁸⁾ e di evitare che l'azione di arricchimento si presti ad essere strumento per eludere le preclusioni e i limiti degli altri rimedi⁽³⁹⁾.

Ciò porta ad inquadrare il carattere sussidiario dell'azione non come un elemento naturale di essa, ma come requisito legale appostovi per esigenze nascenti da ragioni pratiche⁽⁴⁰⁾.

Leggere la regola fissata dall'art. 2042 c.c. in senso "astratto" (come fa molta parte della giurisprudenza), con la conseguenza di ritenere insussistente il requisito della sussidiarietà allorché spetti al soggetto impoverito un altro rimedio, sebbene quest'ultimo sia eventualmente caduto in prescrizione o in decadenza, ovvero non risulti in concreto fruibile per questioni processuali o attinenti al merito, significa, però, nella sostanza, relegare il rimedio dell'ingiustificato arricchimento in un ambito di scarsa applicazione.

L'azione sarebbe così esercitabile solo nei casi in cui, *ab origine*, non sussista un rimedio concorrente⁽⁴¹⁾, determinandosi, in definitiva, la sua quasi sostanziale disapplicazione⁽⁴²⁾.

Del resto, è significativa, in tal senso, la pronuncia che si commenta; in essa, infatti, con riferimento all'arricchimento senza causa, trattavasi «di rimedio non esperito nella controversia», sicché il *solvens* non ha avuto la possibilità (giuridica) di ripetere le somme pagate "al posto" del debitore.

Ebbene, nell'ipotesi di adempimento spontaneo di un debito altrui, difficoltà alla concreta esperibilità del rimedio di cui all'art. 2041 c.c. potrebbero derivare, per un verso, dalla circostanza che l'attribuzione patrimoniale ed il conseguente arricchimento ridonderebbe a vantaggio di un soggetto diverso dall'*accipiens*, per l'altra, dal carattere di sussidiarietà dell'azione stessa.

⁽³⁷⁾ SIRENA, *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 113.

⁽³⁸⁾ BRECCIA, *op. cit.*, 846.

⁽³⁹⁾ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, 822.

⁽⁴⁰⁾ Così ASTONE, *L'arricchimento senza giusta causa*, Milano, 1999, 213.

⁽⁴¹⁾ Cass., 8.6.1981, n. 3682, in *Mass. Giur. it.*, 1981, 923; Cass., 6.9.1985, n. 4640, in *Foro it.*, 1986, I, 1628; Cass., 26.11.1986, n. 6981, in *Foro padano*, 1989, I, 291; App. Cagliari, 10.3.1990, in *Riv. giur. sarda*, 1991, 37, con nota di Tegas; Cass., 25.9.1998, n. 9584, in *Mass. Giur. it.*, 1998, 989.

⁽⁴²⁾ Anche chi, come ALBANESE, *Arricchimento senza causa: azione e principio*, in *Studium iuris*, 2006, 119, ritiene che una «conciliazione» della sussidiarietà in astratto ed in concreto possa scongiurare un tale esito, esclude, tuttavia, l'applicazione dell'art. 2042 c.c. – qualora si opti per la concezione della sussidiarietà in astratto – per i (soli) arricchimenti ottenuti mediante fatto ingiusto, ma non per «gli arricchimenti dovuti all'iniziativa dell'impoverito», fra i quali dovrebbe annoverarsi l'ipotesi dell'adempimento spontaneo di un debito altrui (tale saggio, peraltro, sintetizza il pensiero dell'A. risultante dallo studio

Se così stanno le cose, (anche) per il terzo adempiente il rimedio "restitutorio"⁽⁴³⁾ dell'arricchimento senza causa potrebbe rivelarsi una "arma spuntata".

7. Osservazioni conclusive

Le Sezioni Unite, dopo aver richiamato il principio di diritto (affermato di recente dalla stessa Cassazione)⁽⁴⁴⁾ secondo cui al terzo che ha adempiuto spontaneamente un debito di altri non è automaticamente attribuito titolo per agire direttamente nei confronti del debitore, aderiscono all'orientamento che esclude la surrogazione (legale) dello stesso nei diritti del creditore e non si pongono un problema di tutela di colui che ha effettivamente adempiuto, sul presupposto che egli, stante l'ingiustificato vantaggio economico conseguito dal (vero) debitore, può sempre ricorrere al (residuale) rimedio dell'arricchimento senza causa.

Occorre però chiedersi, in conclusione: la surrogazione è giuridicamente "equivalente" all'*actio de in rem verso*?

In altri termini, l'esercizio dell'azione di ingiustificato arricchimento fa conseguire al terzo adempiente risultati che possano considerarsi vantaggiosi allo stesso modo di quelli che gli derivano quali effetti della surrogazione?

La risposta, probabilmente, non può ritenersi affermativa.

Infatti, con la surrogazione, il terzo acquista il diritto di credito spettante al creditore con tutti gli accessori e le relative cauzioni, con tutte le eventuali garanzie personali e reali; inoltre, se il creditore era munito di titolo esecutivo, esso può essere fatto valere dal terzo ed il *solvens* acquista, anche nei confronti dei terzi, la stessa posizione del creditore⁽⁴⁵⁾.

Si verifica, insomma, il "subentro" completo del terzo adempiente in tutte le posizioni giuridiche favorevoli che appartenevano alla sfera del creditore, fermo restando, ovviamente, l'esperimento della azioni "personali" spettanti al *solvens* (*actio mandati*, gestione di affari, arricchimento senza causa).

L'azione ex art. 2041 c.c., invece, ammesso che ad essa possa farsi concretamente ricorso⁽⁴⁶⁾, fa conseguire al *solvens* (soltanto) un «indennizzo»⁽⁴⁷⁾.

Le "garanzie" ed i "vantaggi" che attribuisce la surrogazione sembrano, quindi, non parificabili a quelli che derivano dall'esercizio dell'azione di arricchimento senza causa o, quanto meno, maggiori rispetto a questi ultimi, costituiti esclusivamente dall'indennizzo.

Dalla difformità di conseguenze tra la surrogazione per pagamento e l'azione di arricchimento – e senza peraltro considerare le difficoltà insite nell'effettiva esperibilità dell'*actio de in rem verso* – discende che la questione sull'operatività o meno della

monografico *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005).

⁽⁴³⁾ In ordine ai rimedi latamente restitutori, cfr., da ultimo, GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Tratt. Sacco*, 2ª ed., Torino, 2008.

⁽⁴⁴⁾ Cass., 8.11.2007, n. 23292, cit.

⁽⁴⁵⁾ In questi termini sintetizzano gli effetti del pagamento con surrogazione, CAGNASSO, *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993, I; e GIANOLA, *Surrogazione (pagamento con)*, in *Digesto civ.*, XIX, Torino, 1999, 235.

⁽⁴⁶⁾ V. tutte le perplessità sollevate *retro*, par. 5.

⁽⁴⁷⁾ Di recente, su ciò che può comprendere la depauperazione di cui l'impoverito può chiedere l'indennizzo, cfr. A. DI MAJO, *Danno e mancato profitto nell'arricchimento senza causa* (nota a Cass., S.U., 11.9.2008, n. 23385), in *Corriere giur.*, 2009, 68 ss.; su quest'ultima pronuncia v. anche ALBANESE, *L'arricchimento senza causa è, dunque, una clausola generale, autonoma dalla clausola di ingiustizia del danno*, in *Contratto e impresa*, 2009, 822 ss.

surrogazione di cui agli artt. 2036, 3° co., e 1203, n. 5, c.c. non può essere sottovalutata.

Anzi, pare che esigenze di tutela sostanziale del terzo adempiente impongano di vagliare, con più attenzione, la praticabilità della via che conduce alla surrogazione.

Tuttavia, *rebus sic stantibus* e muovendo dalle indicazioni che provengono ora dalle Sezioni Unite sulle problematiche questioni che solleva la figura dell'adempimento del terzo, non si può non adombrare nuovamente i dubbi che hanno già condotto "provocatoriamente" a porre l'interrogativo sulla nascita di una "nuova" ipotesi di obbligazione naturale⁽⁴⁸⁾.

Certo, l'assunto dubitativo va preso *cum grano salis*, ma esso può senz'altro tornare utile per sottolineare che, probabilmente, nella

prospettiva dell'*id quod plerumque accidit*, la qualificazione giuridica che più si confà per l'adempimento spontaneo di un debito altrui, in conseguenza dell'effetto che ne deriva per il terzo adempiente, sia quella di un'obbligazione naturale⁽⁴⁹⁾.

L'effetto, infatti, pare non molto distante da quello tipicamente prodotto da quest'ultima obbligazione, ossia dalla c.d. *soluti retentio*⁽⁵⁰⁾.

Un monito potrebbe, al fine, provenire da quanto si è andato dicendo.

Sarebbe forse opportuno che, nel prossimo futuro, la Suprema Corte, nella sua composizione a Sezioni Unite, rifletta, *ex professo*, sulla tematica fatta oggetto delle considerazioni svolte in questa sede. ■

⁽⁴⁸⁾ L. FOLLIERI, *op. cit.*, 638.

⁽⁴⁹⁾ BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, Milano, 2004, 1 (richiamando BARASSI, *Obbligazioni naturali*, in *Nuovo dig.*, VIII, Torino, 1939, 1264), così esordisce sul tema: «che figura è mai questa di un'obbligazione che non arriva sino a quell'effetto normale e tipico dell'azionabilità, ma che si limita a conservare la situazione creata dal debitore che spontaneamente adempie la prestazione?».

⁽⁵⁰⁾ In questa prospettiva, l'unico effetto che produrrebbe l'adempimento del terzo si specificherebbe nell'irripetibilità della prestazione, non solo nei confronti del creditore, ma anche del debitore (naturale).

Problema diverso e già affrontato in dottrina è invece quello circa l'ammissibilità dell'adempimento del terzo in riferimento ad un'obbligazione naturale e quindi all'irripetibilità nei confronti del creditore della prestazione effettuata dal terzo (in argomento, cfr. Salv. ROMANO, *Note sulle obbligazioni naturali*, Firenze, 1945, 60 ss.; OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 350; GANGI, *Le obbligazioni*, Milano, 1951, 113; P. PERLINGIERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, III, Napoli, 1972, 715 ss.; MANZINI, *L'adempimento del terzo nelle obbligazioni naturali*, in *Giur. it.*, 1980, IV, 29 ss.; SALVESTRONI, *Adempimento indiretto di obbligazione naturale altrui e soluti retentio*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 268 ss.).