



La sussidiarietà dell'azione di arricchimento: considerazioni conclusive



Elena Bellisario

Le Sezioni Unite tornano ad affrontare la questione delle potenzialità applicative di un istituto classico, in grado di incidere – come ricordato dall'Avvocato Generale Renato Finocchi Ghersi – su un'ampissima varietà di rapporti (contrattuali, extracontrattuali, con la P.A.). Nelle considerazioni introduttive Claudio Scognamiglio ha sottolineato l'intreccio indissolubile del tema con la sua storia: esso si presta quindi ad una comparazione diacronica e sincronica e ci offre l'occasione per continuare a riflettere sulla discrezionalità dell'interprete.

Muovendo da queste premesse, proverò a fare una sintesi dello stato dell'arte e a individuare qualche possibile linea di sviluppo sulla base delle riflessioni anche oggi emerse.

Di fronte alla pluralità di nodi ancora da sciogliere, ben evidenziati da tutti i Relatori, fa quasi sorridere rileggere il passo della Relazione del Guardasigilli al Libro delle Obligazioni (650) in cui si afferma che la regola della sussidiarietà esprime un principio che «non ha bisogno di essere illustrato»...

Evidentemente si ritenne che la codificazione avrebbe risolto ogni dubbio, ma – com'è noto – così non è stato, e il rimedio ha continuato ad essere oggetto di un dibattito «gravido di acrobazie logiche e di equivoci» (BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, 1, II ed., Torino, 1999, p. 986, e già ID., *ibidem*, Torino, 1984). Forse, come ci ricorda il brocardo scolpito in quest'aula, è proprio il troppo discutere che ci ha fatto perdere di vista l'esatta portata della regola e lo stesso significato del concetto di "sussidiarietà".

In effetti, se cerchiamo di dare un contenuto, e anche una *ratio*, alla regola della sussidiarietà sulla base delle massime della giurisprudenza, emerge un quadro piuttosto complesso, dominato da un macro-orientamento molto restrittivo, quasi estremo, all'interno del quale convivono però taluni sotto-indirizzi intermedi, più moderati.

La giurisprudenza si concentra sul concetto di "possibilità" di esercitare un'azione alternativa, e sposa da decenni la nozione di sussidiarietà in astratto, in virtù della quale l'azione di arricchimento è preclusa quando l'impovertito *può*, o anche solo teoricamente *avrebbe potuto*, esercitare un'altra azione.

Come detto, si tratta di una lettura alquanto estrema, che non distingue:

- quale sia l'azione alternativa ipoteticamente esercitabile e nei confronti di quale soggetto sia esercitabile;
- quale sia l'esito concreto dell'esercizio di questa azione e, in caso di suo rigetto, quale sia la causa del rigetto, così trascinando nell'area della inammissibilità tutta una serie di ipotesi, tranne una: e cioè l'inesistenza *ab origine* di un qualunque altro rimedio ipoteticamente esperibile.

Questo esito è poi spesso corroborato da formule molto insidiose, come quella secondo cui l'azione è preclusa dalla «spettanza di un rimedio che risulti *infondato nel merito*» oppure «*infondato per difetto di prova*». Invero, come è stato osservato (in particolare da Donato Carusi), si tratta di formule poco felici e potenzialmente fonte di equivoci, data la loro genericità: difatti, non sono mancati casi in cui la giurisprudenza ha confuso ed equiparato il *difetto di prova* con il *difetto di prova del titolo*, col risultato, paradossale, di precludere l'azione di arricchimento anche quando, in realtà, l'azione alternativa era risultata infondata proprio per l'*inesistenza del titolo* posto a suo fondamento!

Questo orientamento, dunque, assegna alla sussidiarietà soprattutto, se non esclusivamente, la finalità di non consentire di *eludere l'esito sfavorevole dell'azione principale*, a prescindere dalla causa – di rito, di merito o di fatto – che abbia condotto all'insuccesso.

Da più di decennio a questa parte, però, pur formalmente ribadendo la rigorosa tesi della sussidiarietà in astratto, la giurisprudenza ha individuato alcune eccezioni, aprendo così il varco ad una interpretazione più elastica della regola e più sensibile alle riflessioni critiche della dottrina. In particolare, oltre alla duplice eccezione ammessa nei casi di arricchimento indiretto (Cass. SS.UU. n. 24772/2008), peraltro (come rilevato dalla Procuratrice Generale Rosa Maria Dell'Erba) così importante da tradursi in un *vulnus* della tesi dell'astrazione, la Cassazione ha operato una distinzione fra azioni tipiche e azioni basate su clausole generali: soltanto le prime sarebbero soggette alla sussidiarietà in astratto, e ciò – si afferma – non solo per evitare aggiramenti dei limiti dell'azione tipica, ma anche al fine di evitare duplicazioni risarcitorie. Diversamente, le azioni basate su clausole generali sarebbero sottratte alla regola, perché l'accertamento dell'esistenza di tali azioni richiederebbe un esame nel merito, cioè una verifica in concreto della loro fondatezza. Ma la stessa Cassazione mette ora in dubbio la correttezza di questa distinzione e ritiene opportuno rimettere la questione alle Sezioni Unite.

Dal canto suo, la dottrina più recente è molto critica nei confronti della sussidiarietà in astratto e – come anche oggi è stato ribadito, in particolare da Paolo Gallo – propone una diversa lettura dell'art. 2042 c.c., se non una sua *interpretatio abrogans*: ciò in considerazione tanto della matrice storica quanto della prospettiva comparata, trattandosi di una regola che non trova riscontro in altri ordinamenti europei, tranne in quello francese, né nel Progetto di un codice civile europeo.

Ma la norma esiste ed è pertanto necessario individuarne il senso e l'esatta portata.

D'altra parte, la tesi della "sussidiarietà in astratto", se portata alle sue estreme conseguenze – come sembra prospettare l'ordinanza di rimessione – finisce per escludere quasi sempre l'esercizio dell'azione, traducendosi all'opposto in una sorta di abrogazione di fatto dello stesso art. 2041 c.c.

In uno dei passaggi dell'ordinanza di rimessione si afferma che «occorre giustificare diversamente la ragione per la quale, se l'azione principale è basata su una clausola generale (...) la regola della *residualità* viene meno». Tuttavia – e anche il dibattito odierno lo ha evidenziato – occorrerebbe più di questo, apparendo, fra l'altro, discutibile la riduzione della sussidiarietà nei termini di mera “residualità” (in tal senso mi sembra si muovessero le considerazioni del Presidente Felice Manna) ed essendo auspicabile un generale ripensamento della regola, cosicché possa finalmente trovare una sistemazione concettualmente più chiara e operativamente più coerente.

Da più parti è stato evidenziato che dietro l'interpretazione più rigorosa della giurisprudenza sembra tuttora celarsi l'antico timore di un abuso di questo rimedio, un timore che risente dell'influenza del diritto francese e che affonda le sue radici nell'originario fondamento equitativo dell'istituto, che non a caso è stata definita «la più “romantica” delle azioni» (RICCA BARBÉRIS, citato da CARBONNIER, *Droit civil*, II, *Les biens et les obligations*, Paris, 1962, p. 718).

Tuttavia, è stato anche diffusamente sottolineato che questo timore è solo un retaggio del passato, oggi del tutto ingiustificato. La storia dell'istituto, infatti, dimostra non solo che una concezione dell'arricchimento ingiustificato come “rimedio di pura equità” è ormai tramontata, ma anche che il paventato pericolo di “attentati” alla certezza del diritto è sempre stato un pericolo «più immaginario che reale» (BRECCIA, *op. cit.*, p. 977), perché l'ordinamento giuridico già contiene, o comunque è in grado di sviluppare, adeguati meccanismi di controllo che intervengono a evitare un abuso del rimedio, e quindi a mantenere in equilibrio tutto il sistema. E ciò a prescindere dalla regola della sussidiarietà, che forse è stata inutilmente caricata di troppe funzioni.

Due considerazioni preliminari mi sembrano opportune: in primo luogo, se il legislatore ha inteso introdurre una clausola generale – e il rimedio è inequivocabilmente formulato nei termini di una clausola generale –, allora è da supporre che le ipotesi di arricchimento ingiustificato «non siano da considerare come eccezionali, ma piuttosto come espressioni tipiche di un fenomeno suscettibile di avere un'applicazione più estesa di quella normativamente prevista» (BRECCIA, *op. cit.*, p. 989). In secondo luogo, se è vero che l'azione di arricchimento ha una funzione integrativa dell'ordinamento, allora è altresì vero che da sempre il rimedio è espressione del *principio di effettività della tutela*. E tanto già basta a smontare la tesi della sussidiarietà in astratto, che evidentemente mal si concilia con quel principio.

Già qualche decennio fa, è stato osservato (BRECCIA, *op. cit.*, p. 1012) che tutti i dubbi e gli equivoci sulla sussidiarietà dell'azione nascono proprio dal fatto che ci si è sempre concentrati sul concetto di “possibilità” di esercitare un'altra azione (se si tratti di possibilità in astratto oppure in concreto, e in quest'ultimo caso se debba trattarsi di una possibilità in diritto oppure in fatto), e tutto questo – come abbiamo visto – non si è rivelato un modo proficuo di impostare la questione, perché ha finito per creare più problemi di quanti non ne abbia risolti.

In realtà, sempre secondo la stessa dottrina, il punto fondamentale che deve essere chiarito è *nei confronti di quale soggetto l'“altro” rimedio possa dirigersi*, dovendosi distin-

guere il caso in cui *l'altra azione esiste verso l'arricchito stesso*, dal caso in cui l'altra azione esiste *verso un terzo intermediario*.

Ebbene: secondo questa dottrina – che è rimasta isolata, ma che a mio avviso merita di essere ri-considerata – solo quest'ultimo caso (cioè quello degli arricchimenti mediati) è il *vero* e *unico* campo di applicazione della sussidiarietà; è in quest'ambito che sia ha una "sussidiarietà" in senso "proprio" o "specifico": cioè là dove l'azione concorrente sia rivolta nei confronti di una *persona diversa dall'arricchito*.

In questi casi, proprio in virtù della regola della sussidiarietà, l'azione di arricchimento non può essere esperita nei confronti dell'arricchito-terzo, perché appunto subordinata al previo esercizio del rimedio principale (nei confronti dell'intermediario), e resta *preclusa anche in caso di perdita del rimedio principale*, quale che sia la causa della perdita, con l'unica eccezione – ammessa in via equitativa, ma comunque desumibile dal sistema, in virtù del raccordo con l'art. 2038 c.c. – dell'ipotesi in cui l'intermediario sia stato infruttuosamente escusso e il terzo abbia acquistato gratuitamente. È dunque in questi casi che la regola della sussidiarietà assume un carattere «autonomo» e «pregnante» (BRECCIA, *op. cit.*, p. 1014) di *rimedio subordinato all'inutilità pratica dell'azione principale verso il terzo intermediario*.

Del resto, come anche oggi è stato ricordato, storicamente, nel diritto francese, la regola della sussidiarietà era in origine legata proprio agli arricchimenti trilaterali. E non è un caso che ordinamenti, come quello tedesco, che hanno rifiutato il modello dell'*actio de in rem verso* e adottato quello delle *condictiones* (escludendo quindi che il rimedio possa riguardare gli arricchimenti mediati/indiretti), non prevedono la regola della sussidiarietà.

Per quanto riguarda, invece, i casi *in cui l'altra azione sia esperibile nei confronti dello stesso arricchito* (arricchimenti bilaterali o diretti), la stessa dottrina suggerisce di distinguere quale sia l'azione esperibile sulla base del suo *contenuto*, verificando se sia *affine*, ossia *sostanzialmente* identico a quello dell'azione di arricchimento, o se invece sia *diverso* (BRECCIA, *op. cit.*, p. 1012).

Quando esiste un'azione alternativa avente un contenuto sostanzialmente identico all'azione di arricchimento – ad esempio un'azione *che trova titolo nella legge* o anche *in un contratto* là dove la domanda sia di *adempimento contrattuale* – è chiaro che l'azione di arricchimento sarà preclusa, ma, a ben vedere, l'impossibilità di avvalersene non dipende dalla regola della sussidiarietà, bensì dai noti principi generali sul concorso di norme, in virtù dei quali la norma speciale prevale su quella generale (BRECCIA, *op. cit.*, p. 1012-1013).

Del resto, anche sul piano processuale, come affermato dalle Sezioni unite (Cass. SS.UU. n. 22404/2018 anch'essa ricordata dalla Procuratrice Generale Rosa Maria Dell'Erba), la *domanda di adempimento contrattuale* e la *domanda di arricchimento* sono legate da un «rapporto di connessione per incompatibilità» in quanto dirette a chiedere, sostanzialmente, il medesimo bene della vita (sia pure come corrispettivo della prestazione in un caso, e come indennizzo volto a riequilibrare i patrimoni nell'altro).

Non necessariamente, però, questa «connessione per incompatibilità» ricorre quando il rimedio concorrente previsto dall'ordinamento è un rimedio risarcitorio. Co-

me evidenziato dalla dottrina – anche oggi qui presente – che si è a lungo occupata delle “interferenze” fra tutela restitutoria e tutela risarcitoria, il danno può coincidere con l'arricchimento, può essere maggiore e, altresì, può essere minore, e dunque ben potrebbe residuare uno spazio, non coperto dal rimedio risarcitorio, in cui l'azione di arricchimento ha autonomi margini di operatività (e viceversa).

Date le reciproche “sporgenze” tra i due rimedi, non vi è ragione che possa ostare a un loro concorso alternativo (l'uno in subordine all'altro, con scelta rimessa al danneggiato/impovertito) e anche a un concorso “complementare-integrativo” (se un rimedio va a coprire la tutela residua non assicurata dall'altro). Non vi osta la sussidiarietà, perché i due rimedi concorrenti hanno un contenuto diverso e tuttavia almeno in parte potenzialmente *compatibile*, e dunque si è fuori dall'ambito “proprio” di operatività della regola; né a ciò ostano tutte le *rationes* che alla sussidiarietà si vogliono assegnare: non il divieto di cumulo (che comunque discende dal sistema per la parte in cui le due tutele dovessero coincidere); non il rischio di sovvertire norme imperative (perché qui non si riscontra la violazione di nessuna norma imperativa); non il divieto di aggirare i limiti o l'esito sfavorevole dell'azione principale (perché, se anche questa fosse stata rigettata per assenza dei suoi presupposti, ben potrebbe residuare uno spazio per la diversa tutela chiesta in subordine).

C'è poi un altro punto importante che oggi è stato precisato e che è bene ribadire: quale che sia l'azione alternativa esperita, se questa ha esito sfavorevole, in realtà non è pertinente chiamare in causa la sussidiarietà per escludere *a priori* l'ammissibilità dell'azione di arricchimento, che andrà invece sempre esaminata se proposta in subordine al fallimento di quella principale (o anche in un altro successivo giudizio). Come infatti è stato evidenziato (in particolare da Donato Carusi), non possiamo far passare il principio secondo cui il ricorso all'azione di arricchimento dopo il rigetto di altra azione implica sempre e automaticamente un aggiramento della legge, rischiando così di negare il rimedio proprio quando serve, e cioè quando questo è l'*unico* rimedio a disposizione dell'impovertito.

Ovviamente l'azione di arricchimento non potrà essere esercitata per eludere la disciplina di un contratto liberamente concluso o per eludere una norma di legge che nega tutela: in effetti, guardando la casistica, quasi sempre si finisce per constatare che l'azione di arricchimento non poteva trovare ingresso (o meglio: non poteva essere accolta) non in virtù del dogma della sussidiarietà, bensì perché esisteva un valido titolo che giustificava quello spostamento patrimoniale, oppure perché comunque, anche in assenza di un titolo valido, mancava la prova dello spostamento patrimoniale ingiusto. Detto altrimenti: più che inammissibile, l'azione era palesemente infondata per la mancanza del presupposto di base dell'azione (l'ingiusto arricchimento di un soggetto in danno di un altro) ed è in ragione di ciò che il rimedio non poteva trovare accoglimento (e non in virtù della sussidiarietà).

Dunque, la prospettiva – suggerita dalla dottrina – secondo cui l'azione non può essere esercitata in frode alla legge è già presente e radicata nel diritto applicato e, a ben vedere, si tratta di una prospettiva che impone necessariamente di valutare caso per caso

se ricorre o no questo intento frodatario, verificando quindi in concreto se l'azione sia esercitata per aggirare i limiti dell'azione principale o in violazione di norme cogenti.

In questa prospettiva, che impone una valutazione caso per caso, va risolto anche l'eventuale problema della prescrizione dell'azione alternativa. Pensiamo all'ipotesi di un'azione di rescissione prescritta: in questo caso l'azione di arricchimento va negata perché vi è un contratto valido, i cui gli effetti si consolidano col decorso della prescrizione, e questo vale a rendere "giustificato" quello spostamento patrimoniale. Lo stesso non può invece dirsi nell'ipotesi di azione extracontrattuale prescritta, posto che qui la prescrizione non vale, di per sé, a escludere *a priori* l'esistenza dei (diversi) presupposti per un'azione di arricchimento.

In conclusione, il punto importante sul quale ci richiama la dottrina a più riprese citata (BRECCIA, *op. cit.*, p. 1013-1014) è questo: quando alla sussidiarietà viene assegnata la funzione di impedire il cumulo di azioni, o la funzione di impedire che l'azione di arricchimento sia esercitata per aggirare la legge o per eludere l'esito sfavorevole dell'azione principale, in realtà si sta facendo riferimento ad un'altra nozione di "sussidiarietà", molto più "generica", che ci deriva soprattutto dall'influenza del diritto francese.

Dunque da decenni si discute sul concetto di sussidiarietà ma in «due accezioni» diverse, che spesso, però, purtroppo vengono sovrapposte e confuse: una più pregnante e specifica (che potremmo definire "sussidiarietà in senso forte") – cioè, come prima precisato, di "*rimedio subordinato all'inutilità pratica dell'azione principale verso un soggetto diverso dall'arricchito*" – e un'altra accezione più generica (che potremmo definire "sussidiarietà in senso debole"). E tuttavia, se intesa in questa accezione "generica" o "debole", abbiamo visto che la sussidiarietà non fa altro che sottolineare o ribadire quello che è già possibile desumere dal sistema, e cioè – come detto – ribadisce il criterio della prevalenza della norma speciale su quella generale, oppure ribadisce che nel fatto possono mancare gli stessi presupposti dell'azione di arricchimento (BRECCIA, *op. locc. citt.*).

Intesa in questo senso, dunque, la sussidiarietà fa già parte della logica dell'istituto, «designa la *ratio* stessa dell'art. 2041» (BRECCIA, *op. cit.*, p. 1014) e una regola *ad hoc* non sarebbe stata neppure necessaria, perché l'azione di arricchimento «non è un rimedio posto per rifare l'ordinamento» (TRABUCCHI, voce *Arricchimento (Azione di) (Diritto civile)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 66), e dunque non può sovvertire o eludere l'operatività di specifiche norme imperative, né porsi in contrasto con principi guida prioritari.

ABSTRACT

L'ordinanza interlocutoria n. 5222 del 20 febbraio 2023 ha offerto alle Sezioni Unite l'occasione per un ripensamento della sussidiarietà dell'azione di arricchimento, da tempo sollecitato dalla dottrina.

Interlocutory ordinance no. 5222 of 20 February 2023 gave the United Sections the opportunity to rethink the subsidiarity of the enrichment action, long demanded by the doctrine.