



Osservazioni sull'ordinanza interlocutoria Cass., 5222/2023 e sulla sussidiarietà dell'azione di arricchimento



Donato Carusi

1. Prima di trattare le questioni poste dall'ordinanza 5222/2023¹, che ha avviato alle Sezioni Unite l'interpretazione dell'art. 2042 c.c., vorrei dire qualcosa sulle matrici storico-concettuali di questa norma.

Se si scorrono i lavori preparatori e soprattutto le opere di dottrina negli anni della progettazione del codice, si nota con molta chiarezza il timore che l'azione generale d'arricchimento, che ci s'apprestava a codificare, potesse servire da grimaldello per aggirare o scardinare gli altri istituti del diritto civile. Come già era avvenuto nell'esperienza francese, il lavoro giurisprudenziale e dottrinario intorno al principio di restituzione degli arricchimenti non giustificati ebbe il senso per un verso di portare in luce come quel principio trovasse già espressione in molte norme diffuse nei codici civili, norme spesso d'antica origine, e potesse dunque vantare alle sue spalle una lunga e nobile tradizione²; per altro verso di rivendicare la compatibilità e l'indispensabile coordinamento dell'azione di arricchimento con gli altri istituti vigenti, e chiarire che gli altri istituti non potevano e non dovevano venirne travolti.

La presenza nel codice dell'art. 2042 ha origine in queste istanze di coerenza, di coerente inserimento del rimedio *ex art.* 2041 nel corpo dell'ordinamento. Alcuni, in particolare, pensarono che l'art. 2042 servisse a far sì che in fattispecie di arricchimento mediato da un terzo, come quella del famoso *arrêt Boudier*, il proprietario del bene valorizzato possa esser chiamato a rispondere solo sussidiariamente, previa infruttuosa escussione del patrimonio del concessionario in godimento. Altri ritennero che il principio di sussidiarietà valesse a scongiurare la vanificazione o il depotenziamento – per così

¹ In *Giur. it.*, 2023, 1530, con mia nota di commento.

² ANDREOLI, *L'ingiustificato arricchimento*, Milano, 1940, 7; si veda pure RICCOBONO, *La gestione di affari altrui e l'azione di arricchimento nel diritto moderno*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, I, 412: ove si parla di «secolare tradizione giuridica»; e riassuntivamente BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, in *Tratt. dir. priv.*, Rescigno, IX, Torino, 1984, 811 ss., specialmente 813 e 815.

dire - dei termini di prescrizione e decadenza e così a impedire che prescritta un'azione contrattuale o extracontrattuale il preteso danneggiato possa invocare l'art. 2041. Altri ancora pensava a escludere che l'azione di arricchimento venisse a scompaginare – così fu detto testualmente – il diritto dei contratti e a minare il principio *pacta sunt servanda*: a escludere in altri termini che il venditore possa cumulare al credito per il prezzo una pretesa per il maggior valore della cosa venduta, o che il lavoratore s'avanzi a chiedere in aggiunta al salario il plusvalore di cui il capitalista si arricchisce.

Si può convenire che le idee intorno all'utilità e al significato dell'art. 2042 furono alquanto vaghe e confuse, ma due punti emergono da quel dibattito con chiarezza. Primo: il principio di sussidiarietà *non ha natura processuale*, nasce da un pensiero rivolto a questioni tutte sostanziali – questioni di *giusti titoli* di allocazione della ricchezza. Secondo: attraverso la sua codificazione non s'intese affatto prevedere eccezioni al principio di restituzione degli arricchimenti ingiustificati, né introdurre una clausola idonea a limitarne discrezionalmente l'applicazione. Al contrario s'intese garantire al principio di restituzione degli arricchimenti ingiustificati la piena e precisa operatività entro il quadro degli altri istituti vigenti. Detto per inciso, questa mi sembra una buona ragione per sgomberare il campo da tutti quei modi di dire che suggeriscono nell'azione *ex art. 2041* un rimedio da considerare con particolare circospezione: non è un'azione *extra-ordinaria* che si contrapponga ad altre azioni «ordinarie», ma il presidio – posto per tutti i casi in cui altri più puntuali manchino – di un principio che informa di sé l'intero sistema.

2. Le questioni sottese alla nostra ordinanza possono essere, mi sembra, così schematizzate: abbiamo una prima massima o filone giurisprudenziale (A) che presenta delle criticità; una seconda massima (B), nata per suo conto, egualmente idonea a suscitare dubbi; e infine un ricorrente il quale, insoddisfatto della soluzione data al suo caso in base alla massima A, non chiede di metterla in discussione, di rivederla o correggerla, ma di sottrarre il caso proprio in nome della massima B. Domanda insomma – così io sintetizzerei – di convalidare in un colpo solo due affermazioni discutibili.

Comincio dalla prima: la massima secondo la quale l'azione di arricchimento sarebbe inammissibile, improponibile o improcedibile se proposta in subordine a un'altra contrattuale, o dopo un'altra contrattuale, risultata infondata nel merito. A me pare che sia una massima infelice, quanto meno troppo generale, e che sia opportuno distinguere. Nel caso deciso da Cass., 23625/2004³, il conduttore di un immobile adibito ad albergo aveva sostenuto di aver diritto a indennizzo per certi miglioramenti in base alla *lex contractus*; respinta l'azione contrattuale *per difetto di prova dei miglioramenti*, è ben vero che non poteva essere accolta la successiva o subordinata domanda basata sull'art. 2041: non poteva essere accolta, però, non per il principio di sussidiarietà, ma per quello dell'onere

³ In *Rep. Foro it.*, 2004, voce «Arricchimento senza causa», n. 17. Ho criticato questa e altre sentenze dello stesso filone nell'articolo *Proposizione in via subordinata dell'azione di arricchimento, autorità del precedente giudiziale e stile delle sentenze*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, 247 ss.

della prova; non inammissibile, ma infondata nel merito, superata o assorbita dal mancato accertamento del lamentato trapasso di ricchezza.

Nel caso deciso dalla sentenza 18502 del 2013⁴, invece, l'arricchimento *risultava*: era incontestato che certe imbarcazioni avessero di fatto fruito dei moli del porto di Lavagna. L'ente porto aveva chiesto in via principale d'essere retribuito in base a un contratto d'ormeggio; ma l'attracco era avvenuto in circostanze d'improvviso mal tempo, e tra il personale della flotta e quello del porto erano intercorse comunicazioni concitate e confuse. Ritenuta non dimostrata *l'avvenuta conclusione del contratto*, a me pare non ci fossero ragioni per negare all'ente-porto l'indennizzo a titolo di arricchimento ingiustificato che i giudici di merito gli avevano riconosciuto. Esercitando l'azione *ex art. 2041* in via subordinata a quella contrattuale risultata infondata, l'ente porto non pretendeva di aggirare alcuna norma di legge, ma precisamente di valersi dell'azione di arricchimento in quanto rimedio sussidiario.

Altro, insomma, è che l'azione contrattuale sia fallita per difetto di prova del pregiudizio lamentato; altro che sia fallita per mancato accertamento della stipulazione del contratto, e in entrambe le ipotesi la sussidiarietà non c'entra. Nel primo caso la subordinata o successiva azione di arricchimento è infondata, nel secondo è ammissibile e, se la prova dell'arricchimento c'è, va accolta.

Il secondo corno della questione (B) porta al caso deciso dalla sentenza 4620/2012. Tizio, acquirente di un terreno, paga l'imposta di registro e successivamente subisce il riscatto di Caio, coltivatore diretto del fondo. Il competente ufficio rifiuta la restituzione della somma pagata a titolo d'imposta, dichiarando di imputarla al trasferimento di proprietà in favore del riscattante. Tizio agisce per ottenere dal riscattante indennizzo a titolo d'arricchimento senza causa. Il Tribunale di Bassano del Grappa gli riconosce ragione, ma la sentenza viene riformata dalla Corte d'appello di Venezia: all'accoglimento della domanda osterebbe l'art. 2042 c.c., posto che il «retrattato», dimostrando d'avere senza colpa ignorato l'esistenza del diritto di prelazione, potrebbe ottenere ristoro dal proprio dante causa con azione risarcitoria «per responsabilità precontrattuale o negoziale di garanzia».

La II Sezione civile della Cassazione avverte, io credo, alcuni seri motivi di perplessità: per un verso, dagli atti di causa risulta che Tizio riconosce d'essere stato al corrente della sussistenza del diritto di prelazione, il che esclude nel caso di specie la responsabilità dell'alienante nei suoi confronti; per altro verso si può notare che, se al retrattato per ipotesi *ignaro* della prelazione si riconoscesse diritto a ristoro a carico del suo dante causa, il mancato esborso dell'imposta da parte del retraente non smetterebbe di presentarsi come un arricchimento ingiustificato. Per cassare con rinvio la non appagante sentenza della corte veneziana, la II Sezione trova argomento nella distinzione tra «azioni tipiche»

⁴ Cass., 2 agosto 2013, n. 18502, in *Foro it.*, 2014, I, c. 158 nonché in *Giur. it.*, 2014, 1096, con mia nota critica.

e «azioni ipotizzabili in forza di clausole generali dell'ordinamento»⁵: a quest'ultimo *genus* s'ascriverebbe l'azione di responsabilità precontrattuale: mentre ostativa della pretesa di cui all'art. 2041 c.c. sarebbe solo la possibilità, per l'interessato, di intraprendere un'azione dell'altro genere, contrattuale o «specificamente riconosciuta dalla legge».

Le ragioni per le quali questo *dictum* a propria volta non convince sono molto precisamente indicate nell'ordinanza del dr. Cricenti: improprio è il riferimento a un'azione «tipica»; ancor più improprio confondere tipicità dell'azione e tipicità della fattispecie, chiamando «atipiche» le azioni di responsabilità extracontrattuale e precontrattuale siccome fondate su clausole generali.

Torniamo dunque alla discutibile decisione della Corte d'appello di Venezia che con tale discutibile motivazione s'è sentita l'esigenza di cassare. Ne ricordo ancora il tenore: il retrattato che ha pagato l'imposta di registro non potrebbe agire in arricchimento contro il prelazionario riscattante perché, almeno in astratto, è ipotizzabile in suo favore un'altra azione contro l'alienante. E ne ricordo ancora gli inconvenienti: l'azione contro l'alienante non c'è, perché la prelazione del terzo era nota al retrattato; se vi fosse e venisse esperita, non sarebbe ripristinato l'assetto distributivo giusto, perché il prelazionario riscattante continuerebbe a essersi ingiustificatamente arricchito, ad aver risparmiato il peso a lui spettante dell'imposta.

Questa fattispecie, a differenza di quella del porto di Lavagna, può effettivamente dare adito a dubbi. Ma forse si poteva decidere osservando: ciò che il retrattato lamenta non è *di aver pagato l'imposta* (non è una spesa sostenuta *a causa* della vendita, che si possa perciò ricondurre a fatto dell'alienante); ciò che il retrattato lamenta è che quanto pagato *non sia stato restituito dagli uffici* dopo il subito riscatto; il suo impoverimento dipende da un fatto non dell'alienante, ma della pubblica amministrazione; l'arricchimento del riscattante non è stato in alcun modo mediato dal patrimonio dell'alienante. Insomma: la sussistenza di un'azione contro l'alienante poteva essere senz'altro esclusa; e poteva essere confermata la sentenza del Tribunale, che giustamente non aveva avvertito nella specie alcun problema di sussidiarietà.

Vengo infine al caso che più direttamente ci occupa, nel quale i due filoni di giurisprudenza che ho criticato si incontrano. Il proprietario di un terreno ha provveduto all'interramento di cavi con l'intenzione di propiziare una variante urbanistica preannunciata dalla P.A. La variante non ha avuto luogo, ed egli conviene l'amministrazione chiedendo in via principale risarcimento a titolo di responsabilità precontrattuale, e in via subordinata indennizzo ex art. 2041. Il Tribunale esclude che ricorrano i presupposti della responsabilità precontrattuale (esclude, presumibilmente, che nel comportamento della P.A. siano nella specie ravvisabili gli estremi della scorrettezza) e accoglie la domanda subordinata. A me pare che questa sentenza di primo grado sia corretta: se non c'è responsabilità precontrattuale, c'è pur sempre il fatto dell'interramento dei cavi che ha arricchito il comune; *proprio* perché non c'è responsabilità precontrattuale – direi – va

⁵ Cass., 22 marzo 2012, n. 4620, riprodotta parzialmente in *Vita not.*, 2012, 793 ss.

riconosciuta all'impovertito l'azione di arricchimento. La Corte d'Appello di Trieste, però, s'associa all'eccessiva generalizzazione di cui ho parlato all'inizio (A): avendo proposto in via principale una domanda «ordinaria» senza ottenerne l'accoglimento, il proprietario-interratore si vede respinta anche l'azione di arricchimento per presunta carenza del «requisito di sussidiarietà». Mi permetto di dire che è un'interpretazione paradossale dell'art. 2042: un'interpretazione che nega l'esperibilità dell'azione d'arricchimento proprio là – in caso di risultata insussistenza dei presupposti di un altro mezzo di tutela – dov'essa serve.

Ricorrendo ora in Cassazione, l'interessato non ha contestato questa paradossale interpretazione dell'art. 2042, ma ha trovato argomento per sottrarre il proprio caso nell'altra massima che ho criticato sopra (B), quella secondo cui solo la sussistenza di un'azione «tipica», e non quella di un'azione fondata su clausola generale, escluderebbe, ai sensi dell'art. 2042, il rimedio dell'arricchimento senza causa. Ho già detto che l'ordinanza interlocutoria segnala dubbi ineccepibili su questa massima; la mia impressione è che si dia l'occasione per correggere anche la prima – quella seguita dalla Corte di Trieste e non messa in forse dal ricorrente – e chiarire che, sia l'azione esercitata in via principale e risultata infondata un'azione contrattuale, extracontrattuale o precontrattuale, il principio di sussidiarietà *non* osta all'accoglimento della subordinata d'arricchimento. Nel nostro caso, se non ho compreso male, l'interramento dei cavi risulta accertato, e con esso la locupletazione del comune; l'azione precontrattuale dell'interratore è stata respinta, il che significa che l'altro rimedio, in ipotesi ostativo dell'azione d'arricchimento, non sussiste. Penso che, siccome *iura novit curia*, si potrà arrivare a riconoscere al ricorrente, come il giudice di prime cure aveva fatto, l'indennizzo *ex art.* 2041.

ABSTRACT

In vista della pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione sulla corretta interpretazione dell'art. 2042 c.c., questo saggio sostiene che il principio di sussidiarietà non implica inammissibilità dell'azione di arricchimento proposta successivamente o in subordine a un'altra risultata infondata, e ciò indipendentemente dal fatto che l'altra sia un'azione contrattuale o di responsabilità extracontrattuale o precontrattuale.

Waiting for the pronouncement of the United Chambers of the Supreme Court of Cassation on the correct interpretation of Article 2042 of the Civil Code, this essay argues that the principle of subsidiarity does not imply the inadmissibility of an action of enrichment brought subsequently or subordinate to another action that has proved to be unfounded, and this regardless of whether the other is an action of contractual or extra-contractual or pre-contractual liability.

