



### L'azione di arricchimento può ancora considerarsi sussidiaria?



Paolo Gallo

Il legislatore italiano nel 1942 ha codificato l'azione di arricchimento senza causa recependo in pieno il modello francese, che considera un tale rimedio sussidiario (art. 2042 c.c.); in realtà questo non era l'unico modello disponibile a quell'epoca; il modello tedesco, codificato nel BGB del 1900, non prevede infatti la sussidiarietà dell'azione di arricchimento ed ammette espressamente l'esperibilità dell'azione di arricchimento nei casi di prescrizione del rimedio delittuale (§ 852 BGB). Il legislatore italiano pur potendo scegliere tra i due modelli, ha peraltro confermato quello francese, il quale del resto era già stato oggetto di recezione da parte della giurisprudenza all'inizio del ventesimo secolo<sup>1</sup>.

In base al modello franco italiano l'azione di arricchimento è dunque considerata sussidiaria<sup>2</sup>. Ne consegue che l'improponibilità dell'azione può anche essere rilevata d'ufficio dal giudice<sup>3</sup>. Il requisito della sussidiarietà in realtà non appare come coessenziale al rimedio in questione, dato che l'azione di arricchimento non è considerata sussidiaria oltre che in Germania e nei Paesi di *common law*, anche nel nuovo codice civile olandese del 1992 (art. 6: 212), nonché nei progetti di disciplina europea<sup>4</sup>. In queste con-

<sup>1</sup> P. GALLO, *Trattato di diritto civile*, VII, *L'arricchimento senza causa, la responsabilità civile*, Torino, 2018, 21 ss.

<sup>2</sup> Cass., 9 marzo 1983, n. 1738; Cass., 3 aprile 1990, n. 2679; Cass., 29 gennaio 1997, n. 895; Cass., 22 agosto 2003, n. 12347; Cass., S.U., 8 ottobre 2008, n. 24772; Cass., 12 novembre 2008, n. 27014; Cass., S.U., 25 novembre 2008, n. 28042; Cass., 9 gennaio 2014, n. 307; Cass., 27 ottobre 2015, n. 21786; Cass., 9 aprile 2018, n. 8694. SIRENA, *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 105.

<sup>3</sup> A. NAPOLI, 22 dicembre 2004; Cass., 5 agosto 2005, n. 16539; Cass., 18 aprile 2013, n. 9486; Cass., 14 gennaio 2014, n. 529; Cass., 3 novembre 2017, n. 26199; Cass., 26 gennaio 2018, n. 2046.

<sup>4</sup> *Principles of European Unjustified Enrichment Law*, a cura dello Study Group on a European Civil Code; consultabile nel sito: [www.sgecc.net](http://www.sgecc.net), in cui piuttosto si concentra l'attenzione sulla mancanza di una giustificazione dell'arricchimento; sul punto M. GIORGIANNI, *L'arricchimento senza causa nel diritto italiano e tedesco*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 501, 522, 530, 534, in particolare 536.

dizioni occorre interrogarsi non solo in merito all'origine storica di questo requisito, ma anche circa la sua rilevanza attuale.

Per quel che riguarda l'origine storica non vi è alcun dubbio che il requisito della sussidiarietà nasce in area francese, in particolare grazie al contributo di Aubry e Rau<sup>5</sup>; in precedenza non vi erano infatti tracce di questo requisito né nel diritto romano né tanto meno nel diritto comune. Aubry e Rau volevano infatti evitare che un istituto di matrice giurisprudenziale potesse interferire con istituti previsti e disciplinati a livello legislativo. Si consideri ancora che il principio di specialità (*lex specialis derogat generali*) costituisce un cardine del sistema francese il quale in nessun caso consente il cumulo tra rimedi. In particolare, sempre in base al contributo di Aubry e Rau, il cumulo o concorso tra rimedi è rigorosamente escluso non solo in materia di arricchimento senza causa, ma anche di rimedi delittuali e contrattuali<sup>6</sup>. Questo quindi significa che se è previsto un rimedio specifico, per esempio di natura contrattuale, non sarà possibile invocare la responsabilità delittuale e tanto meno agire in arricchimento.

Per molto tempo anche la giurisprudenza italiana, in conformità a quella francese, ha quindi escluso la possibilità di scegliere tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. A partire dal 1949 la Corte di Cassazione ha però definitivamente ammesso la possibilità di concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale<sup>7</sup>. Questo significa che chi ha subito il danno nell'ambito dell'esecuzione di un contratto può scegliere se agire in responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.), o extracontrattuale (art. 2043 c.c.)<sup>8</sup>. Il che può risultare utilissimo nel caso in cui uno dei due rimedi sia più favorevole all'attore dell'altro; si pensi in particolare alla diversità dei termini di prescrizione, o sotto il profilo dell'onere della prova.

Il problema si pone soprattutto in materia di responsabilità medica, contratto di trasporto<sup>9</sup>, inadempimento doloso, violazione delle norme antinfortunistiche da parte del datore di lavoro<sup>10</sup>. È inoltre essenziale che l'inadempimento o il cattivo adempimento comporti la lesione di un diritto soggettivo assoluto della vittima, proprietà o integrità fisica<sup>11</sup>, vale a dire di una situazione giuridica soggettiva che compete al danneggiato indi-

<sup>5</sup> AUBRY e RAU, *Cours de droit civil français*, IV ed., Paris 1871, vol. 4, §§ 441 ss., 725-726.

<sup>6</sup> Diffusamente sul punto: MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Padova, 1989.

<sup>7</sup> Cass., 31 dicembre 1949, n. 2630; Cass., 30 marzo 1951, n. 719.

<sup>8</sup> Cass., 22 settembre 1983, n. 5638; Cass., 27 febbraio 1986, n. 1277, in *Resp. civ. e prev.*, 1987, 254, con nota di MONATERI, *L'inadempimento del venditore integrante una responsabilità extracontrattuale nei confronti del compratore*; T. Reggio Calabria, 30 ottobre 2003, in *Giur. merito*, 2004, 695; C. Stato, sez. VI, 22 febbraio 2007, n. 969.

<sup>9</sup> Cass., 16 aprile 2003, n. 6099, in *Dir. trasp.*, 2004, 994; T. Reggio Calabria, 8 luglio 2006, in *Dir. mar.*, 2008, 542; in senso contrario: A. Palermo, 29 novembre 2003, in *Dir. trasp.*, 2005, 1105.

<sup>10</sup> Cass., 20 giugno 2001, n. 8381.

<sup>11</sup> Cass., 7 agosto 1962, n. 2441; Cass., 24 marzo 1966, n. 781: "Il concorso tra responsabilità extracontrattuale e responsabilità contrattuale, derivanti da un unico comportamento colposo o doloso, che importi lesione non soltanto dei diritti specifici derivanti dal contratto, ma anche dei

pendentemente dal contratto stesso<sup>12</sup>; in caso contrario qualsiasi debitore inadempiente sarebbe altresì responsabile ai sensi dell'art. 2043 c.c.<sup>13</sup>.

Quello che comunque appare incontestabile è che attualmente in Italia si è giunti a superare il divieto del cumulo o concorso per lo meno in materia di responsabilità civile contrattuale ed extracontrattuale; ma se così stanno le cose il problema che occorre porsi è se il mantenimento del divieto del cumulo o concorso sia giustificato in materia di arricchimento senza causa.

Si consideri ancora che la sussidiarietà è prevista solo con riferimento all'azione di arricchimento (art. 2042 c.c.) e non anche con riferimento alle azioni di indebito e gestione, le quali pur essendo espressione del principio generale che vieta di arricchirsi senza causa a spese di un altro, non sono dunque sussidiarie, il che già evidenzia una discontinuità nel sistema.

Si consideri inoltre che in genere l'azione di arricchimento è meno appetibile rispetto a quella aquiliana (art. 2043 c.c.), dato che mentre agendo in responsabilità civile (art. 2043 c.c.) è possibile ottenere un ristoro pieno del danno, agendo in arricchimento la restituzione ha luogo per l'appunto nei limiti dell'arricchimento, che può in concreto essere nettamente inferiore rispetto al danno. Si pensi per esempio ad una persona che utilizzi per bruciare nel caminetto legno pregiato di un vicino mobiliere; se si agisce in responsabilità civile è possibile ottenere un risarcimento pieno, pari al valore del legno pregiato bruciato (art. 2043 c.c.), se invece si agisce in arricchimento sarà unicamente possibile ottenere la devoluzione di una somma pari al valore di un corrispondente quantitativo di legno da ardere, il che può essere nettamente inferiore. Un discorso comparabile può ovviamente essere ripetuto per quel che riguarda i rapporti tra responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.) ed arricchimento senza causa; anche in questo caso il rimedio contrattuale può infatti consentire un pieno risarcimento (art. 1223 c.c.) in luogo dell'azione di arricchimento che mira al recupero del solo arricchimento effettivamente conseguito.

Ma se così stanno le cose non si vede quali conseguenze catastrofiche potrebbero conseguire se fosse consentito scegliere non solo tra responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.) e delittuale (art. 2043 c.c.), così come avviene già attualmente in Italia, ma anche tra rimedi risarcitori e restitutori, come invece si esclude possa avvenire<sup>14</sup>. È ovvio

---

diritti che alla persona offesa spettano indipendentemente dall'esistenza di un rapporto contrattuale, è ammissibile soltanto quando si tratti di diritti assoluti e primari, valenti *erga omnes*, quali il diritto alla vita, alla integrità e incolumità personale, alla proprietà, all'onore; mentre non può invocarsi la tutela derivante dalle norme che regolano la responsabilità aquiliana da parte di colui che vanta un diritto relativo, che riceva protezione proprio dalla disciplina legale del contratto".

<sup>12</sup> Cass., 9 gennaio 1979, n. 119, in *Arch. civ.*, 1979, 330; Cass., 13 marzo 1998, n. 2750, in *Giur. it.*, 1999, 2279.

<sup>13</sup> SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale, in Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, VISINTINI (Cur.), Milano, 1984.

<sup>14</sup> Tra i rischi che venivano paventati vi era quello del sovvertimento sociale se gli operai fos-

che possibilità di scelta non significa possibilità di cumulare due risarcimenti o un risarcimento ed una restituzione. Posto che sono configurabili più possibilità di azioni, spetterà alla parte lesa la scelta tra una di esse, con la conseguenza che ove si opti per la responsabilità delittuale, non sarà possibile chiedere il medesimo risarcimento agendo in via contrattuale; parimenti ove si opti per il rimedio restitutorio non sarà possibile avanzare pretese anche sul piano del risarcimento del danno. Se inteso in questi termini il cumulo o concorso tra rimedi non crea problemi particolari, anzi amplia le possibilità di scelta della parte lesa, che potrà scegliere liberamente se agire in via contrattuale (art. 1218 c.c.), delittuale (art. 2043 c.c.), o ancora chiedere le restituzioni (art. 2041 c.c.), salve ovviamente le differenze sotto il profilo del *petitum*, che può variare anche notevolmente a seconda che si tratti di danni o di arricchimento, il che già di per sé potrebbe rendere meno appetibile il rimedio restitutorio rispetto a quello risarcitorio.

Resta ovviamente il nodo della differenza tra i termini di prescrizione, quinquennale se si tratta di responsabilità delittuale (art. 2947, 1° comma, c.c.), decennale se si tratta di responsabilità contrattuale (art. 2946 c.c.) e di rimedi restitutori (art. 2946 c.c.), il che potrebbe far sorgere il dubbio che proprio la scelta del rimedio possa costituire il mezzo per aggirare i termini di prescrizione. Si consideri tuttavia che in prospettiva questo potrebbe risultare un falso problema, dato che sia in Germania che in Francia è stata riformata la disciplina della prescrizione, rispettivamente nel 2002 e nel 2008, prevedendo un termine unico, triennale in Germania e quinquennale in Francia; se una tale riforma venisse attuata anche in Italia, come da tempo si auspica in dottrina<sup>15</sup>, ne conseguirebbe una notevole semplificazione della disciplina della prescrizione e soprattutto verrebbe meno la differenza tra rimedi sotto il profilo del termine di prescrizione. Ma quand'anche sussista una tale differenza sotto il profilo dei termini di prescrizione, come avviene ancora in Italia, resta il punto che i rimedi in questione non sono equivalenti sotto il profilo del *petitum*, con la conseguenza che già per questo motivo l'azione di arricchimento potrebbe risultare meno appetibile rispetto a quella delittuale o contrattuale sotto il profilo del *quantum*.

Ma se così stanno le cose, il problema sembrerebbe ridursi ai casi in cui il rimedio concorrente non è più esperibile per decorso dei termini di prescrizione. Ed è proprio in questo ambito che sono sorti i dubbi maggiori circa la possibilità di preferire l'azione in arricchimento dopo il decorso dei termini di prescrizione del rimedio concorrente. Secondo l'opinione tradizionale il requisito della sussidiarietà avrebbe infatti proprio la funzione di evitare che tramite l'azione di arricchimento si possano aggirare i termini di prescrizione specificamente previsti dal legislatore. In realtà si tratta di un falso timore, dato che come abbiamo già avuto modo di rilevare agendo in arricchimento è possibile

---

sero stati legittimati ad agire in arricchimento nei confronti del datore di lavoro per ottenere la reversione del c.d. plusvalore.

<sup>15</sup> P. GALLO, *Trattato di diritto civile*, VIII, *L'impresa e le società, la tutela dei diritti, la prescrizione*, Torino, 2018, 485 ss.

ottenere meno del ristoro pieno del danno, con la conseguenza che in genere si preferirà il rimedio delittuale, salva la possibilità di agire ancora nei limiti dell'arricchimento effettivamente conseguito dopo la prescrizione del rimedio delittuale; il che non pare peraltro che potrebbe dar adito a risultati sconvolgenti o sovvertire l'intero sistema<sup>16</sup>, ove si consideri che attualmente in Italia una tale possibilità di scelta è del tutto ammessa in materia di concorso tra responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.) e delittuale (art. 2043 c.c.). Si consideri ancora che la questione è specificamente disciplinata in Germania dal § 852 BGB, in base al quale anche dopo il decorso dei termini dell'azione risarcitoria è fatta salva la possibilità di agire per lo meno in arricchimento; il che ovviamente, specie prima della riforma della disciplina della prescrizione<sup>17</sup>, poteva risultare utilissimo, dato che mentre l'azione delittuale si prescriveva in tre anni, quella in arricchimento in ben trent'anni; né vi sono notizie che una tale regola abbia comportato problemi particolari nel sistema tedesco, suscitato critiche, sovvertito il sistema o altro ancora.

In Italia la questione è stata affrontata soprattutto dalla giurisprudenza la quale a partire dalla seconda metà degli anni cinquanta ha più volte ribadito l'impossibilità di agire in arricchimento nei casi di prescrizione e decadenza<sup>18</sup>. Salciarini, in epigrafe a una decisione del 1955<sup>19</sup>, non esitava a parlare di esequie dell'art. 2041 c.c., considerando che se un tale principio fosse stato esatto avrebbe praticamente comportato l'annullamento della norma sancita dall'art. 2041 c.c. La giurisprudenza non tenne però conto di questi rilievi, con la conseguenza che si consolidò sempre più una concezione della sussidiarietà "in astratto"<sup>20</sup>; in base alla quale ai fini dell'esclusione del rimedio non si richiede in concreto la prova di un rimedio concorrente concretamente fruibile, ma è

<sup>16</sup> Un timore di questo genere è stato espresso in modo piuttosto colorito da DRAKIDIS, *La subsidiarité, caractère spécifique et international de l'action d'enrichissement sans cause*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1961, 580, il quale paragona l'azione di arricchimento ad una sorta di Cavallo di Troia che si inserisce nella cittadella del diritto al pari di un "brulot susceptible de faire sauter tout l'édifice juridique"; ma si veda ora in senso critico: REMY, *Le principe de subsidiarité de l'action de in rem verso en droit français*, in MANNINO (Cur.), *L'arricchimento senza causa*, Torino, 2005, 71.

<sup>17</sup> Più ampiamente: P. GALLO, *Prescrizione e decadenza*, nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, Agg., Milano 2013; nonché Id., *Prescrizione e decadenza*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da E. GABRIELLI, Milano, 2015, sub artt., 2034 ss. cod. civ.

<sup>18</sup> Cass., 21 aprile 1955, n. 1125, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 689, con nota di SALCIARINI, *Esequie all'art. 2041 cod. civ.*; Cass., 7 maggio 1965, n. 837, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, 114; Cass., 28 maggio 1965, n. 1969, in *F. pad.*, 1966, I, 893; Cass., 20 gennaio 1966, n. 2255, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, 1436; Cass., 26 marzo 1968, n. 947, in *Foro it.*, 1968, I, 1906; Cass., 2 aprile 1979, n. 1869; Cass., 1° ottobre 1975, n. 3097, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 732; Cass., 21 luglio 1979, n. 4398; Cass., 6 maggio 1980, n. 2983, in *Arch. civ.*, 1980, 651; Cass., 5 marzo 1987, n. 2318; Cass., 10 febbraio 1993, n. 1686, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 626; Cass., 5 aprile 2001, n. 5072; T. Catania, 15 luglio 2003, in *Giur. comm.*, 2004, II, 183; Cass., 10 giugno 2005, n. 12265; T. Napoli, 27 gennaio 2005; Cass., S.U., 25 novembre 2008, n. 28042; Cass., 29 dicembre 2011, n. 29916; Cass., 27 novembre 2018, n. 30614.

<sup>19</sup> SALCIARINI, *op. cit.*

<sup>20</sup> Cass., 3 ottobre 2007, n. 20747; Cass., 16 dicembre 2010, n. 25461; Cass., S.U., 28 aprile 2011, n. 9441.

sufficiente che un tale rimedio risulti configurato “in astratto”; a prescindere poi dal fatto che “in concreto” non risulti fruibile per questioni processuali o attinenti al merito<sup>21</sup>, o ancora per prescrizione o decadenza. Non condivisibile appare in particolare l’affermazione in base alla quale l’azione di arricchimento non sarebbe esperibile neppure nei casi in cui il rimedio concorrente sia risultato infruttuoso in quanto carente di taluno dei suoi requisiti<sup>22</sup>; proprio nei casi in questione risulterebbe infatti opportuna l’azione in arricchimento. Non condivisibile è altresì l’affermazione secondo la quale l’azione di arricchimento, proposta in via subordinata, non sarebbe ammissibile ove non sia fornita prova sufficiente all’accoglimento di un’azione contrattuale<sup>23</sup>. Si tratta ovviamente di interpretazioni frutto di una concezione particolarmente restrittiva della sussidiarietà, che meriterebbero di essere superate.

In genere la giurisprudenza ritiene peraltro che il rigetto della domanda in arricchimento per questioni di rito, come per esempio nel caso in cui sia stata proposta per la prima volta in appello, non esclude la proponibilità dell’azione in separato processo, il che è sicuramente condivisibile. Del tutto condivisibile è inoltre il principio di diritto enunciato dalla Corte di Cassazione ai sensi del quale l’azione di arricchimento è esperibile nel caso in cui la domanda concorrente fondata sul contratto sia stata respinta per inesistenza *ad origine* del contratto stesso<sup>24</sup>. Se infatti non sussistono altri rimedi è più che ovvio che il principio di sussidiarietà non può entrare in gioco; anzi proprio questi sono i casi in cui può risultare opportuno agire in arricchimento, tenuto conto dell’inconfigurabilità *ab origine* di altri rimedi. Il principio appare anzi talmente ovvio e scontato da far apparire quasi sorprendente che sia stato necessario enunciarlo in modo specifico!

Meno scontato appare invece il distinguo effettuato da parte della Corte di Cassazione là dove considera separatamente i casi di rigetto della domanda per questioni di rito o per inesistenza *ab origine* del rimedio concorrente, rispetto ai casi in cui la domanda è stata respinta per ragioni attinenti al merito.

In particolare la Corte di Cassazione ravvisa tre possibili ragioni in favore della sussidiarietà dell’azione di arricchimento. In primo luogo l’esigenza di evitare che il soggetto possa conseguire un duplice ristoro; ovviamente si tratta di un punto assolutamente condivisibile; si consideri tuttavia che per comune ammissione pluralità di azioni significa soltanto possibilità di scelta del rimedio da azionare e non tanto possibilità di cumulo tra

<sup>21</sup> Cass., 7 marzo 2014, n. 5396; T. Bari, 7 marzo 2016, n. 1271; T. Massa, 10 giugno 2016, n. 589; Cass., 30 giugno 2015, n. 13339; T. Ivrea, 8 gennaio 2016, n. 11; Cass., 12 gennaio 2022, n. 723.

<sup>22</sup> Cass., 21 luglio 1979, n. 4398; Cass., 19 giugno 1980, n. 3897.

<sup>23</sup> Cass., 2 aprile 2009, n. 8020; Cass., 13 marzo 2013, n. 6295; Cass., 2 agosto 2013, n. 18502, in *Giur. it.*, 2014, 1096, con nota critica di CARUSI, *Una fonte (inesauribile?) di equivoci: la sussidiarietà dell’azione di arricchimento*: “Quando non sia fornita prova sufficiente all’accoglimento di un’azione contrattuale, va dichiarata inammissibile l’azione di arricchimento senza causa proposta in via subordinata”; Cass., 20 giugno 2017, n. 15239; Cass., 14 maggio 2018, n. 11682; Cass., 11 maggio 2022, n. 14944; A. Perugia, 21 novembre 2022, n. 621.

<sup>24</sup> Cass., 5 maggio 2023, n. 13203.

essi. In secondo luogo la Corte di Cassazione paventa il rischio che con l'azione di arricchimento si possa aggirare un giudicato che ha escluso la configurabilità di un rimedio contrattuale; si consideri tuttavia che proprio nei casi in cui risulti infondata un'azione contrattuale per ragioni attinenti al merito, può residuare un problema di restituzioni, specie se il contratto ha avuto esecuzione ancorché parziale; si consideri tuttavia che se il contratto ha avuto esecuzione si pone un problema di indebito, più che non di arricchimento, o meglio ancora un problema di restituzioni contrattuali; se per esempio un contratto d'appalto non è stato eseguito come pattuito, non sorge il diritto alla devoluzione del corrispettivo, ma se il contratto ha avuto esecuzione ancorché parziale si pone un problema di restituzioni e quindi di indebito più che non di arricchimento. In ogni caso il rigetto della domanda contrattuale per ragioni attinenti al merito non esclude che se il contratto ha avuto esecuzione, ancorché parziale, possa porsi un problema restitutorio al fine di ristabilire lo *status quo ante*. In terzo luogo la Cassazione paventa il rischio che nei casi di nullità del contratto per contrarietà a norme imperative o all'ordine pubblico il contraente possa cercare di ottenere quanto dovutogli agendo in arricchimento. Anche in questo caso la questione pare mal posta. Si consideri infatti che ancora una volta se il contratto, ancorché nullo per contrarietà a norme imperative o all'ordine pubblico ha avuto esecuzione, si pone un problema non tanto di arricchimento senza causa, ma piuttosto di indebito o meglio ancora di restituzioni contrattuali. La ripetizione dell'indebito, che a differenza dell'azione di arricchimento non è sussidiaria, ha proprio come finalità quella di consentire il recupero di quanto effettuato in esecuzione di un contratto nullo. Si consideri ancora che nei casi di esecuzione di un contratto nullo l'unico limite per quel che riguarda la ripetibilità è costituito dalla contrarietà al buon costume, purché condivisa, di cui all'art. 2035 c.c. a cui fa eco l'art. 2126, 1° comma c.c. in materia di prestazioni lavorative. Ne consegue che anche in questo caso non si pone tanto un problema di sussidiarietà, tenuto altresì conto del fatto che non si verte in materia di arricchimento ma di indebito, ma piuttosto un problema di eventuale esclusione della pretesa restitutoria nei casi di pari turpitudine.

In questa prospettiva l'azione sarebbe esercitabile solo nei casi in cui *ab origine* non sussista un rimedio concorrente<sup>25</sup>; parimenti la possibilità di agire in arricchimento sarebbe esclusa anche nel caso in cui sussista un rimedio concorrente esperibile nei confronti di altre persone<sup>26</sup>. Ma se così stanno le cose, non è difficile rendersi conto come

<sup>25</sup> Cass., 8 giugno 1981, n. 3682; Cass., 6 settembre 1985, n. 4640, in *Foro it.*, 1986, I, 1628; Cass., 26 novembre 1986, n. 6981, in *Foro pad.*, 1989, I, 291; A. Cagliari, 10 marzo 1990, in *Riv. giur. sarda*, 1991, 37, con nota di TEGAS; Cass., 8 agosto 1996, n. 7285; Cass., 25 settembre 1998, n. 9584; nullità del titolo: Cass., 2 aprile 2009, n. 8040; Cass., 16 dicembre 2010, n. 25461; Cass., 29 dicembre 2011, n. 29916; Cass., 6 settembre 2012, n. 14939; TAR Lazio, 9 febbraio 2012, n. 1306; T. Bari, 14 giugno 2012, n. 2150; T. Venezia, 17 maggio 2016; Cass., 17 gennaio 2017, n. 1034; Cass., 31 gennaio 2017, n. 2350.

<sup>26</sup> Cass., 6 giugno 1960, n. 1473, in *Riv. dir. comm.*, 1962, II, 121, con nota di FENGLI; Cass., 11 luglio 1966, n. 1829; Cass., 19 aprile 1974, n. 1073; Cass., 4 maggio 1978, n. 2087; Cass., 10 febbraio 1993, n. 1686, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 626; Cass., 20 novembre 2002, n. 16340; Cass., 15 luglio 2003, n. 11067;

veramente le possibilità di applicazione dell'azione di arricchimento in Italia siano ridotte all'osso. In realtà tali conclusioni non discendono direttamente dall'art. 2042 c.c. Il principio di sussidiarietà sancito dall'art. 2042 c.c. non implica infatti di per sé la regola di sussidiarietà in astratto accolta dalla Corte di Cassazione; ben potendo questo articolo essere interpretato anche nel senso di consentire il ricorso ai rimedi restitutori per lo meno quando i rimedi concorrenti non sono più usufruibili per prescrizione: c.d. sussidiarietà in concreto<sup>27</sup>.

La regola enunciata dalla giurisprudenza non è cioè scritta nell'art. 2042 c.c., ma è solo una delle tante interpretazioni possibili; in particolare si tratta dell'interpretazione più restrittiva possibile<sup>28</sup>. Del resto sono ormai numerosi gli autori che hanno auspicato una revisione di una tale impostazione, in base alla considerazione che solo la presenza in concreto di un rimedio concorrente può escludere il ricorso all'azione di arricchimento: c.d. sussidiarietà in concreto<sup>29</sup>. Si consideri ancora che l'obiezione tradizionale secondo cui il concorso del rimedio restitutorio con quello risarcitorio consente di eludere i termini di prescrizione risulta del tutto priva di fondamento; a questo proposito è infatti sufficiente considerare la diversità dei rimedi in questione, che mirano rispettivamente

---

Cass., 26 marzo 2012, n. 4818; Cass., 31 gennaio 2017, n. 2350; Cass., 3 novembre 2017, n. 26199; Cass., 9 maggio 2018, n. 11038; Cass., 20 novembre 2018, n. 29988; Cass., 21 novembre 2018, n. 30109; Cass., 17 gennaio 2020, n. 843; Cass., 16 novembre 2020, n. 25879; si vedano però anche: Cass., 17 maggio 2007, n. 11461; Cass., 22 novembre 2017, n. 27827; Cass., 2 marzo 2021, n. 5665.

<sup>27</sup> In questo senso anche F. GIGLIO, *La actio de in rem verso nel sistema del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 249, 263, il quale ritiene che la sussidiarietà sia un elemento accidentale o esterno della fattispecie; DE GIORGI, *Profili problematici dell'azione ex art. 2041 cod. civ. contro il terzo*, in *Corr. giur.*, 2003, 1178, 1181; VENTURELLI, *Circolazione giuridica e ingiustizia del danno*, Brescia, 2005, 153, con recensione di MACARIO, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 371, 373; P. PARDOLESI, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, in *Quaderni del dipartimento*, Trento, 2005, I, 7, 69; ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, 338, 408, nota 74, *ivi* riferimenti anche al diritto spagnolo, dove si nota una analoga tendenza al progressivo superamento del requisito, di derivazione francese, della sussidiarietà dell'azione di arricchimento; BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromission en derecho ajeno*, Madrid, 1998, 104; analoghe tendenze evolutive sono ravvisabili del resto anche nel diritto francese: REMY, *Le principe de subsidiarité de l'action de in rem verso en droit français*, in MANNINO (Cur.), *L'arricchimento senza causa*, Torino, 2005, 71 ss.; *ivi* anche MOSCATI si è espresso a favore della sussidiarietà in concreto.

<sup>28</sup> SIRENA, *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 105, 116, ritiene che il principio di sussidiarietà debba essere inteso nel senso di escludere che il soggetto possa ottenere più volte, a titolo diverso, la riparazione dello stesso pregiudizio.

<sup>29</sup> MORI-CHECCUCCI, *L'arricchimento senza causa*, Firenze 1943, 241; FENGHI, *Sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. comm.*, 1962, II, 121; GAMBARO, *Occupazione acquisitiva*, in *Foro it.*, 1993, V, 389, 420; SPITALI, *L'arricchimento mediante intermediario e l'art. 2038 cod. civ.*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1861; CARUSI, *Il concorso dei rimedi restitutori con quello risarcitorio (e il problema dell'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto)*, in *Studi*, LIPARI, Milano 2008, I, 387, 393, nonché in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 67-83.

<sup>1n</sup>senso contrario si veda però P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano 1962, 42.

te al risarcimento del danno ed alla restituzione dell'arricchimento; entità che come è ben noto non necessariamente sono corrispondenti, senza contare le strettoie tipiche dell'azione di arricchimento, minor valore tra danno ed arricchimento, diversificazione dell'obbligazione restitutoria a seconda che vi sia buona o mala fede, irripetibilità delle prestazioni effettuate per una causa turpe (2035 c.c.), venir meno dell'arricchimento e così via<sup>30</sup>.

Sicuramente ammessa è peraltro la possibilità di proporre l'azione di arricchimento in via subordinata fin dal momento dell'inizio della causa, per l'eventualità che la domanda principale non trovi accoglimento per carenza *ab origine* dell'azione concorrente<sup>31</sup>. Parimenti si ritiene che il principio di sussidiarietà non impedisca che l'azione di arricchimento possa esercitarsi in concorrenza o in pendenza dell'azione primaria<sup>32</sup>, in via riconvenzionale<sup>33</sup> o dopo il rigetto dell'azione contrattuale<sup>34</sup>. Si tratta del resto di una concezione conforme alla natura ed alla funzione equitativa originaria dell'azione di arricchimento senza causa: consentire per lo meno il recupero nei limiti dell'arricchimento di quanto lucrato da altri senza causa, ogniquale volta nessun altro rimedio sia concretamente disponibile. Le sezioni unite hanno inoltre ritenuto che la domanda in arricchimento possa essere proposta per la prima volta anche con le memorie autorizzate dal giudice ai sensi dell'art. 183, 6° comma, c.p.c.<sup>35</sup>. La possibilità di chiedere la restituzione di un bene non esclude in ogni caso quella di agire anche in arricchimento<sup>36</sup>.

Da ultimo questi orientamenti favorevoli al progressivo superamento del principio di sussidiarietà dell'azione di arricchimento hanno iniziato a far breccia anche nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale in più occasioni ha distinto a seconda che si tratti di un'azione tipica che trova fondamento in un contratto o nella legge o viceversa di un rimedio che trova fondamento in clausole generali<sup>37</sup>, come per esempio

<sup>30</sup> SIRENA, *La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 403 ss.

<sup>31</sup> Cass., 10 aprile 1985, n. 2374; Cass., 6 settembre 1985, n. 4640, in *Foro it.*, 1986, I, 1628; Cass., 5 marzo 1991, n. 2283; Cass., 20 marzo 1995, n. 3228; Cass., 3 marzo 1997, n. 1863; Cass., 29 marzo 2005, n. 6570; Cass., 10 agosto 2007, n. 17647; Cass., 21 luglio 2009, n. 16964; Cass., 24 febbraio 2010, n. 4492; Cass., 18 dicembre 2015, n. 25449; Cass., 8 settembre 2022, n. 26506; discute la questione: CARUSI, *Proposizione in via subordinata dell'azione di arricchimento, autorità del precedente giudiziale e stile delle sentenze*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, 247-281.

<sup>32</sup> Cass., 29 marzo 2005, n. 6570, in *Giust. civ.*, 2006, 936.

<sup>33</sup> Cass., 5 dicembre 2017, n. 29114.

<sup>34</sup> Cass., 8 giugno 1981, n. 3682; Cass., 26 novembre 1986, n. 6981; Cass., 13 aprile 1995, n. 4269; Cass., 17 gennaio 2020, n. 979.

<sup>35</sup> Cass., S.U., 13 settembre 2018, n. 22404, in *Giur. it.*, 2019, con nota di P. GALLO, *Un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite in tema di proponibilità dell'azione di arricchimento senza causa*; Cass., 11 febbraio 2021, n. 3571.

<sup>36</sup> Cass., 3 maggio 1988, n. 3295; Cass., 30 novembre 2011, n. 25554.

<sup>37</sup> Cass., 22 novembre 2017, n. 27827.

la responsabilità precontrattuale (art. 1337 c.c.)<sup>38</sup>, quella aquiliana (art. 2043 c.c.)<sup>39</sup> e così via, con conseguente ammissione della possibilità di scelta in questi secondi casi; ne consegue una progressiva erosione del principio di sussidiarietà specie con riferimento alla responsabilità aquiliana, il che può preludere ad un progressivo passaggio da una valutazione in astratto ad una valutazione in concreto della sussidiarietà. Ed è proprio in questo contesto che si inserisce una sentenza di rimessione della questione alle sezioni unite<sup>40</sup>. In queste condizioni pare sicuramente auspicabile una conferma da parte delle sezioni unite di un tale orientamento che vale a consentire il concorso o cumulo tra responsabilità civile (2043 c.c.) ed arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.); per le ragioni che abbiamo già avuto modo di rilevare un tale concorso non può produrre effetti sovversivi del sistema al pari del concorso tra responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.) e delittuale (art. 2043 c.c.), già da tempo ammesso anche in Italia. Il problema è semmai se il principio di sussidiarietà, ancorché così ridimensionato, abbia ancora un senso o si tratti viceversa di un retaggio del passato, di matrice in particolare francese, che trova sempre meno riscontri sul piano europeo ed internazionale; basti a questo proposito ricordare che un tale principio è in corso di superamento anche nel diritto belga<sup>41</sup>.

Per la verità meriterebbe di essere rivista e ridiscussa l'intera questione della sussidiarietà, se non altro per il fatto che sotto questo profilo l'Italia e la Francia appaiono sempre più isolate nel panorama internazionale<sup>42</sup>; in effetti il problema non pare tanto quello di escludere l'eventuale cumulo tra più rimedi concorrenti; se effettivamente sussistono più possibilità d'azione spetterà al soggetto interessato decidere come meglio impostare la causa<sup>43</sup>. Il problema semmai è quello di evitare che mediante l'azione di ar-

<sup>38</sup> Cass., 22 marzo 2012, n. 4620.

<sup>39</sup> Cass., 22 novembre 2017, n. 27827; Cass., 17 gennaio 2020, n. 843, in *Giur. it.*, 2020, 1891, con nota di FABBRIZZI, *Risarcimento, ingiustificato arricchimento e sussidiarietà*.

<sup>40</sup> Cass., 20 febbraio 2023, n. 5222, in *NGCC*, 2023, I, 497, con nota di RUGGIERO, *Arricchimento ingiustificato. Sull'opportunità di una rilettura in concreto della clausola di sussidiarietà* e commento di P. GALLO, *Verso il superamento della sussidiarietà dell'azione di arricchimento*, *ivi*, II, 678-684; in *GI*, 2023, 1530, con note di CARUSI, *Buone notizie dalla Cassazione: l'interpretazione dell'art. 2042 c.c. verso l'esame delle Sezioni unite* e di CICERO, *Sulla sussidiarietà in astratto dell'azione di arricchimento*; in *RCP*, 2023, 742-751 con commento di C. SCOGNAMIGLIO, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento ingiustificato* e nota di GATTI, *Sussidiarietà dell'arricchimento senza causa: le sezioni unite sono chiamate ad esprimersi*, *ivi*, 766-788.

<sup>41</sup> Groupe GROTIUS POTHIER, *Regards comparatistes sur la réforme belge du droit de la responsabilité-extracontractuelle*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2020, 189-198, in partic. 190.

<sup>42</sup> Si è espresso in senso favorevole a questa impostazione: ASTONE, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1999, 213.

<sup>43</sup> SIRENA, *La gestione d'affari altrui*, Torino 1999, 148; *Id.*, *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. trim. dr. e proc. civ.*, 2005, 105, 116 secondo il quale la ratio dell'art. 2042 deve ravvisarsi nell'esigenza di evitare un doppio risarcimento; ne consegue che non vi è alcun motivo per non consentire il concorso alternativo o integrativo dell'azione di arricchimento; in questo senso anche KUPISCH, *Ripetizione dell'indebito e azione generale di arricchimento. Riflessioni in tema di armonizzazione delle legislazioni*, in *Eur. e dir. priv.*, 2003, 874.

ricchimento si cerchi di aggirare o frodare la legge (art. 1344 c.c.)<sup>44</sup>; ed è proprio in questa prospettiva che deve essere interpretato il principio di sussidiarietà<sup>45</sup>. Se per esempio esiste una specifica disposizione di legge la quale stabilisce che il conduttore (art. 1592 c.c.) o l'usufruttuario non ha diritto ad indennizzo per le spese (art. 1004 c.c.) od i miglioramenti (art. 985 c.c.) effettuati in costanza di rapporto, non sarà possibile cercare di aggirarla per il tramite dell'azione di arricchimento; al condomino cui non sia riconosciuto il diritto al rimborso delle spese sostenute per la gestione delle parti comuni per carenza del requisito dell'urgenza di cui all'art. 1134 c.c., non spetta neppure l'azione di arricchimento<sup>46</sup>; se il legislatore esclude la ripetizione delle prestazioni effettuate per una causa turpe (art. 2035 c.c.), non è possibile aggirare la norma agendo in arricchimento; se il legislatore ha specificamente escluso che il professionista non iscritto all'albo abbia azione per la retribuzione (art. 2231 c.c.), non è possibile aggirare la disposizione in oggetto per il tramite dell'azione di arricchimento (art. 2041 c.c.) e così via. Parimenti se in base ad un contratto determinati oneri risultano addossati su di una parte, il contraente svantaggiato non può invocare i principi dell'arricchimento senza causa al fine di riequilibrare il rapporto. Si immagini per esempio un contratto di appalto a forfait, con conseguente deroga all'art. 1664 c.c. ed esclusione della revisione del contratto in caso di incremento dei costi di esecuzione in corso d'opera. Se in base al contratto determinati rischi sono specificamente allocati nella sfera giuridica di una parte, non è possibile riallocarli tra le parti in virtù dell'azione di arricchimento, quand'anche una parte risulti avvantaggiata in virtù di un risparmio di spesa; se viene concluso un contratto aleatorio che in concreto avvantaggia uno dei due contraenti non è possibile riequilibrare il rapporto tra le parti in virtù dell'azione di arricchimento e così via<sup>47</sup>.

Appurato che nei casi in questione è esclusa la possibilità di agire in arricchimento, si potrebbe discutere se la ragione di una tale esclusione risieda nel principio di sussidiarietà o piuttosto in altri principi; si consideri a questo proposito che anche senza far ricorso alla sussidiarietà dell'azione, nei casi che abbiamo considerato l'azione in arricchimento è esclusa a monte dalla carenza del profilo dell'ingiustizia; se infatti l'arricchimento è giustificato in base alla legge o al contratto, non è senza causa e come conseguenza ulteriore non è possibile consentire l'esperibilità del rimedio<sup>48</sup>; ma se così stanno le cose dovrebbe risultare evidente che anche prescindendo completamente dal requisito della sussidiarietà, il rischio del sovvertimento del sistema è già adeguatamente scongiurato dal requisito dell'ingiustizia; se infatti l'arricchimento è giustificato in base alla legge o al contratto il rimedio non è esperibile; il che ancora una volta evidenzia la ridondanza del requisito della sussidiarietà.

<sup>44</sup> NICHOLAS, *Unjust Enrichment and Subsidiarity*, Studi Gorla, III, Milano, 1994, 2037, 2043.

<sup>45</sup> Cfr., C. Stato, IV sez., 22 marzo 1977, n. 209, in *Cons. Stato*, 1979, I, 288; T. Lecce, 11 ottobre 2016, n. 4237.

<sup>46</sup> Cass., 15 novembre 1994, n. 9629; Cass., 30 agosto 2017, n. 20528.

<sup>47</sup> Cass., 28 maggio 2009, n. 12550.

<sup>48</sup> Cass., 16 febbraio 2023, n. 4909.

In attesa di un'auspicata riforma del codice, anche per quel che riguarda i rimedi restitutori, la regola di cui all'art. 2042 c.c. a tutto concedere dovrebbe dunque essere interpretata in stretta connessione a quella di cui all'art. 1344 c.c.<sup>49</sup>. In base al combinato disposto degli artt. 2042 e 1344 c.c. deve pertanto essere esclusa ogni applicazione dell'azione di arricchimento la cui funzione sia quella di aggirare, escludere, o in qualche modo eludere l'applicazione di norme imperative o ancora riallocare determinati vantaggi o costi contrattuali in contrasto con quanto convenuto tra le parti. Come abbiamo già avuto modo di rilevare si tratta peraltro di risultati che possono essere raggiunti pianamente anche in applicazione del requisito dell'ingiustizia a riprova del carattere ridondante del modello franco italiano dell'azione di arricchimento. Il requisito della sussidiarietà se inteso in questi termini risulta essere in altre parole una sorta di doppione del requisito dell'ingiustizia e quindi come conseguenza ulteriore sostanzialmente inutile. Si tratta del resto di risultati che ricevono il conforto anche da parte della più recente dottrina la quale non ha esitato a ravvisare le cause della scarsa vitalità dell'azione di arricchimento nel nostro ordinamento nella sua configurazione eccessivamente restrittiva, ed in particolare nel requisito della sussidiarietà dell'azione<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Questa impostazione è stata accolta da C. Stato, IV sez., 7 maggio 2002, n. 2447: "... il principio di sussidiarietà dell'art. 2042 cod. civ., deve essere posto in stretta connessione con le disposizioni dell'art. 1344 cod. civ., pertanto la stessa è inammissibile qualora sia volta ad eludere gli effetti conseguenti alla violazione di norme imperative".

<sup>50</sup> DI MAJO, *Recensione*, a ZWEIFERT-KOTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen, 1996, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, 375, 382; A. NICOLUSSI, *Arricchimento senza causa e Bereicherungsrecht*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, 287, 288; ID., *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, Milano 1998; ASTONE, *op. cit.*

## ABSTRACT

Sebbene tradizionalmente l'azione di arricchimento in base al modello franco-italiano sia considerata sussidiaria, non è così in altri ordinamenti come per esempio in Germania e nei Paesi di *common law* dove il rimedio può essere esperito anche dopo la prescrizione del rimedio principale. Del resto anche in Italia il principio di sussidiarietà è andato incontro ad un processo di progressiva erosione, specie in presenza di un rimedio concorrente che si fonda su di una clausola generale. In queste condizioni il requisito della sussidiarietà può apparire in via crescente del tutto inutile ed obsoleto, dato che nei casi in cui l'arricchimento è giustificato in base alla legge o al contratto, l'azione di arricchimento non è esperibile non tanto perché l'azione è sussidiaria, ma perché già a monte è carente il requisito dell'ingiustizia.

*Although traditionally the action for enrichment according to the Franco-Italian model is considered subsidiary, this is not the case in other jurisdictions such as Germany and common law countries where the remedy can be exercised even after the limitation period has expired. Moreover, in Italy too, the principle of subsidiarity has been progressively eroded, especially in the presence of a concurrent remedy based on a general clause. Under these conditions, the requirement of subsidiarity may increasingly appear completely useless and obsolete, since in cases where enrichment is justified on the basis of law or contract, the action for enrichment is not available not so much because the action is subsidiary, but because the enrichment is non unjust.*

