



L'arricchimento ingiustificato all'esame delle sezioni unite



Felice Manna

Nella lettura dell'art. 2042 c.c., la cui interpretazione costituisce il nucleo della questione di massima rimessa alle S.U., colpisce, in prima battuta, che, mentre la rubrica è intitolata al carattere sussidiario dell'azione di arricchimento, il testo della norma descrive un'azione di natura residuale.

Di riflesso, la (apparentemente ovvia) considerazione per cui, poiché di sussidiarietà parla solo la rubrica, che *non facit ius*, il concetto andrebbe chiarito a stregua del solo testo della norma. Con la conseguenza che residualità e sussidiarietà non potrebbero che avere il medesimo significato, ad onta d'un significante diverso.

Ma se così è, occorre interrogarsi sulla funzione stessa dell'art. 2042 c.c., visto che l'azione di arricchimento senza causa è già qualificata dall'art. 2041 c.c. come "generale", e dunque presuppone l'esistenza di azioni speciali (relative, cioè, alle singole fattispecie normate), solo in difetto delle quali è possibile per il depauperato agire per essere indennizzato da chi si sia arricchito in suo danno senza una giustificazione causale.

Ridurre l'art. 2042 c.c. a sola esplicitazione della portata residuale dell'azione condurrebbe ad affermare che il codice civile (*i*) nel qualificare (nell'art. 2041, primo comma, c.c.) l'azione come "generale", si da contrapporvi implicitamente quelle speciali e nominate, (*ii*) nell'attribuire ad essa un "carattere sussidiario" (così la rubrica dell'art. 2042 c.c.) e (*iii*) nel descriverla come residuale (tale, come s'è detto, è il contenuto dell'art. 2042 c.c.), si limiterebbe ad esporrebbe in tre modalità diverse il medesimo concetto giuridico. Il che appare quanto meno improbabile, almeno secondo una tecnica normativa consapevole, di cui il legislatore del '42 non era certo sprovvisto.

Del resto, anche nella dottrina il carattere di sussidiarietà appare inteso in una duplice accezione. Se una parte della dottrina collega all'art. 2042 c.c. il requisito di residualità dell'azione (salvo dubitare variamente della necessità od opportunità di una previsione espressa), per altri Autori (Breccia) detta norma – che altrimenti interpretata altro non sarebbe che una mera enfaticizzazione di una funzione di chiusura già chiarita dall'aggettivo "generale" adoperato nell'art. 2041 c.c. – costituirebbe il terreno elettivo dei casi in cui arricchimento e depauperamento vivono all'interno di una relazione trilatera. Quest'ultima caratterizzata dall'interposizione, tra il depauperato e l'arricchito, di un soggetto avente separati (e non giuridicamente collegati) rapporti con entrambi, i quali,

pertanto, sono tra loro terzi. Così inteso, l'art. 2042 c.c. rappresenterebbe la fonte normativa che attribuisce rilievo nell'ordinamento ai casi di arricchimento c.d. indiretto.

Tutto ciò, per le incertezze interpretative che genera, darebbe ragione a quanti ravvisano nell'art. 2042 c.c. una disposizione sostanzialmente inutile e di cui, in base all'esperienza di altri ordinamenti, si potrebbe fare a meno, senza che l'operatività dell'azione di arricchimento abbia a soffrirne.

Ma la norma c'è e va interpretata, se occorre evolutivamente.

Anche nella giurisprudenza di questa Corte il carattere residuale dell'azione ora compare quale mera variante sinonimica del concetto di sussidiarietà (v. n. 29988/18), ora sembra giustapporvisi, allorché in alcuni precedenti si afferma che detta azione "ha funzione sussidiaria e natura residuale" (cfr. nn. 15496/18, 11489/11 e 6537/84). Espressione, questa, che, pur ripetendosi per lo più in maniera tralaticia e senza particolari spiegazioni (secondo una tecnica omogenea a quella propria della produzione giurisprudenziale basata sul precedente), lascia intendere che le due nozioni richiamate non coincidano.

Del resto, quando si parla di sussidiarietà in ambito civilistico il pensiero corre ad azioni tra loro collegate in funzione di tutela completiva. E ciò è vero anche nel caso dell'azione di arricchimento, ove si pensi agli artt. 936 e ss. c.c., in cui, a fronte d'un medesimo fatto generatore, si combinano tra loro, sia pure alternativamente e non cumulativamente, azioni risarcitorie in forma specifica e rimedi indennitari.

Quale che sia la soluzione di una questione che, per le ragioni appena esposte, non mi sembra confinabile in un ambito meramente terminologico, va osservato che tradizionalmente dottrina e giurisprudenza hanno interpretato l'art. 2042 c.c. fondamentalmente come norma posta a presidio della positività dell'ordinamento (come, del resto, ha appena chiarito in maniera plastica la relazione del prof. Carusi). Premessa senz'altro condivisibile, e che costituisce, secondo la dottrina, un probabile lascito del progetto di codice civile italo-francese (non andato in porto per le note vicende storiche della seconda metà degli anni '30 del '900).

Partendo da questa premessa la giurisprudenza della Corte ha portato ad escludere la proponibilità dell'azione di arricchimento ove nell'ordinamento sia ravvisabile, secondo una valutazione da operare in astratto, un'azione basata su titolo legale o convenzionale che consenta al soggetto depauperato di conseguire il risarcimento del danno (v. S.U. nn. 9531/96, 28042/08 e 1484/81; e altre più recenti a sezioni semplici: nn. 843/20, 29988/18 e 11038/18). Infatti, solo se l'azione è tipica ciò è tecnicamente possibile, mentre se il rimedio alternativo dipende dall'applicazione di una clausola generale, l'apprezzamento può avvenire solo in concreto ed equivale a decidere nel merito se la pretesa dell'impovertito è fondata o meno.

Fino ad un passato recente tale principio è stato tenuto fermo anche se il rimedio alternativo all'azione generale di arricchimento è costituito da un'azione di risarcimento del danno da fatto illecito (ancora nel 2007, ad es. è stata ritenuta improponibile l'azione di arricchimento ove possa essere esperita l'azione risarcitoria nel caso di occupazione c.d. usurpativa di un fondo da parte della P.A.: v. n. 621/07).

Dire che tale valutazione vada operata in astratto significa cogliere, quale corollario, che l'azione di arricchimento è senz'altro esclusa se l'azione, fondata su titolo, si è pre-

scritta o se si è verificata una decadenza. E dunque, affermare il contrario, nel senso che tale apprezzamento dovrebbe essere operato in concreto, implicherebbe, *in primis*, rivedere la base teorica proprio di quest'ultimo – costante – indirizzo della giurisprudenza.

Simmetricamente, la stessa giurisprudenza della Corte ammette l'azione di arricchimento in caso di carenza originaria del rimedio alternativo, per difetto del titolo posto a suo fondamento (v. nn. 6295/13, 4492/10, 9584/98, 7136/96, 4269/95, 3682/81).

Coerenti a tale premessa, le pronunce secondo cui l'azione di arricchimento può essere valutata, se proposta in via subordinata rispetto a quella contrattuale articolata in via principale, solo allorché quest'ultima sia rigettata per un difetto del titolo posto a suo fondamento, ma non anche nel caso in cui di tale pretesa azionata in base a titolo contrattuale non siano fornite prove sufficienti all'accoglimento (v. nn. 14944/22, 11682/18, 6295/13 e numerose altre fino al 2007).

Questa tradizione interpretativa dell'azione di arricchimento è stata mantenuta a lungo, come si è detto, anche nel caso di rimedio alternativo basato su clausola, sicché si è ritenuta l'alternatività dell'azione di risarcimento extracontrattuale rispetto a quella votata a conseguire la sola indennità, questa assicurando un ristoro del pregiudizio più ridotto riguardo al risarcimento. Tradizione che ripete la propria giustificazione logico-giuridica dalla teoria dei diritti c.d. concorrenti, i quali, seppur diversi sotto il profilo quali-quantitativo, sono accomunati da un medesimo fatto generatore, sicché la soddisfazione dell'un diritto estingue la pretesa dell'altro.

E con questo si conferma, per contro, l'altra lettura dell'art. 2042 c.c. quale disposizione tesa ad evitare il cumulo di due forme diverse di reintegrazione d'un medesimo pregiudizio.

V'è da osservare, però, che quest'ultima *ratio* appare maggiormente pregnante nel sistema transalpino, che non consente il cumulo di due azioni – una contrattuale e l'altra extracontrattuale o, comunque, basata su clausola generale – cosa che il nostro ordinamento, invece, ammette.

Il primo serio tentativo di erodere sia pur parzialmente le basi di tale modo d'intendere la sussidiarietà dell'azione, si è avuto con la giurisprudenza successiva, la quale, grazie ai contributi di una parte della dottrina, ha osservato che la valutazione in via astratta dell'esistenza di rimedi alternativi, in grado di impedire la proponibilità dell'azione di arricchimento, non può operare nel caso di azione basata su clausola generale, perché l'atipicità stessa di tale azione è tale da non consentire quella valutazione *ex ante* e in astratto che individua il rimedio risarcitorio alternativo. Non senza aggiungere che tra azione di risarcimento del danno *ex art.* 2043 c.c. e azione di arricchimento non vi può essere, a ben vedere, una relazione di speciale a generale, essendo entrambe azioni di carattere generale.

Si potrebbe obiettare che l'indagine in astratto sull'esistenza di un rimedio alternativo è configurabile allo stesso modo in entrambi i casi, che si discuta di azione fondata su titolo legale o contrattuale ovvero su clausola generale, nel senso che non necessariamente in quest'ultima ipotesi lo scrutinio circa l'esistenza di un'azione tipica dovrebbe coincidere con l'esame di merito, piuttosto che con una questione a questo preliminare; e che, in ogni caso, il distinguo operato dalla giurisprudenza perde di utilità allorquando

il rimedio tipico sia stato già esperito senza esito in una precedente e separata sede processuale.

Ad ogni modo è su tale giurisprudenza che si basa il ricorso la cui decisione è stata rimessa alle S.U., in cui si tratta di decidere se ed in qual misura tra un'azione precontrattuale esperita infruttuosamente e quella subordinata spiegata ai sensi dell'art. 2041 c.c. nel medesimo processo interceda il nesso di sussidiarietà enunciato dall'art. 2042 c.c.

Qualche piccola chiosa riguardo all'ordinanza di rimessione e alle considerazioni ivi svolte: a) è vero che le azioni sono atipiche perché generabili da una moltitudine di fattispecie, anche atipiche, ma l'assunto, di pura logica giuridica, non coglie e non risolve, visto che la giurisprudenza fa comunque riferimento a fattispecie "determinate" basate su titolo legale o convenzionale, e questo conferisce loro un innegabile tasso di tipicità; b) è vero, altresì, che la sussidiarietà dell'azione *ex art.* 2041 c.c. nasce, come pure precisato in dottrina, dall'esigenza di evitarne impieghi elusivi della legge, ma essendo ormai detta azione parte dell'ordinamento positivo e non più creazione pretoria, i limiti della sua operatività – è stato osservato sempre in dottrina (Sirena) – non sono dissimili da quelli generali che pervadono il sistema di diritto civile.

Indipendentemente da quella che potrà essere la soluzione delle S.U., si può dire che la giurisprudenza della Corte, in sintesi, contiene due fondamentali affermazioni, diverse per angolo visuale, ma perfettamente compatibili tra loro: la prima è che l'azione d'arricchimento non è impedita dalla carenza originaria del titolo posto a base del rimedio alternativo; la seconda è che, in ipotesi di "arricchimento indiretto", l'azione *ex art.* 2041 c.c. è esperibile soltanto contro il terzo che abbia conseguito l'indebita locupletazione nei confronti dell'istante in forza di un rapporto meramente di fatto (e perciò gratuito) con il soggetto obbligato verso il depauperato, resosi insolvente nei riguardi di quest'ultimo (v. nn. 10663/15, 29672/21 e 11656/02).

Potrebbe obiettarsi che la possibilità di indennizzare il soggetto depauperato a cagione del pregiudizio prodotto da un arricchimento c.d. indiretto sia stata esclusa dalle S.U. della Corte, con la nota sentenza n. 24772/08, per il ritenuto difetto dell'unicità del fatto generatore dell'una e dell'altra conseguenza. Ma è agevole replicare che proprio tale pronuncia ammette due eccezioni di ampia latitudine (l'arricchimento realizzato dalla P.A. in conseguenza della prestazione resa dall'impovertito ad un ente pubblico, e quello conseguito dal terzo a titolo gratuito), le quali non sembrano certo riducibili a casi di remota accidentalità. Non senza considerare che il famoso caso *Boudier*, verificatosi nella giurisprudenza francese e citato nella stessa motivazione della predetta sentenza delle S.U., descrive una fattispecie paradigmatica di arricchimento c.d. indiretto, dimostrandone l'appartenenza al DNA dell'azione generale di arricchimento senza causa.

Dunque, questi due indirizzi sopra citati predicano che l'azione *ex art.* 2041 c.c. non è impedita né dalla carenza *ab origine* del rimedio causale alternativo, né dalla perdita incolpevole dell'utilità di esso. Se ne inferisce che la sussidiarietà è un concetto più complesso e, soprattutto, irriducibile alla mera residualità, che ne rappresenta la cornice, non l'essenza.

Ma se così è, ove anche si teorizzasse che pure il concorso tra due azioni basate su clausole entrambe generali – risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale

e arricchimento senza causa – sia governato dal principio di cui all'art. 2042 c.c., sicché prevalga la prima delle due azioni per la primazia satisfattiva del risarcimento rispetto all'indennizzo, proprio il principio di sussidiarietà richiederebbe di verificare se la perdita del rimedio alternativo sia incolpevole, derivando essa non da un'obiettiva ragione di torto, ma dal difetto anch'esso originario delle relative condizioni di esercizio.

Si pensi, ad esempio, ad un'azione di responsabilità precontrattuale verso una P.A., respinta per il difetto – non immediatamente riconoscibile – del potere rappresentativo del funzionario che abbia condotto le trattative. Sarebbe sostenibile l'improponibilità dell'azione succedanea di arricchimento (impregiudicate, ovviamente, le relative condizioni di fondatezza), vista l'anzidetta circostanza che *ab origine* osta all'azione precontrattuale?

Non sembra, dunque, da escludere che la sussidiarietà, in definitiva, si annidi negli spazi lasciati aperti non già dalla sola inesistenza nell'ordinamento di un'altra azione idonea al caso, il che attiene alla residualità, ma dalla perdita incolpevole dell'azione alternativa o, meglio ancora, dell'utilità derivante da essa, sicché non importa se quest'ultima sia tipica ovvero esercitabile in virtù di clausola generale.

Lo stato dell'arte, infine, va completato con il richiamo alla pronuncia delle S.U. n. 22404/18, la quale, invertendo il precedente indirizzo, ha affermato che nel processo introdotto mediante domanda di adempimento contrattuale è ammissibile la domanda di indennizzo per ingiustificato arricchimento formulata, in via subordinata, con la prima memoria ai sensi dell'art. 183, comma 6, c.p.c., qualora si riferisca alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, trattandosi di domanda comunque connessa per incompatibilità a quella originariamente proposta.

Tale pronuncia, nata da un problema di indole processuale, indirettamente ribadisce un indirizzo costante che risale a S.U. n. 2157/75, secondo cui il carattere sussidiario dell'azione di arricchimento non ne preclude la possibilità d'introduzione in via di subordinata, per il caso in cui sia negata l'esistenza di altra azione fondata su titolo specifico e proposta in via principale.

ABSTRACT

Il contributo trae spunto dalla questione interpretativa dell'art. 2042 c.c. di recente rimessa alle S.U. della Corte di cassazione, inerente al tema specifico della proponibilità dell'azione di arricchimento, ove il rimedio alternativo sia basato non su titolo legale o convenzionale, ma su clausola generale. L'Autore ripercorre le ragioni d'impianto della norma come interpretate dalla dottrina e dalla giurisprudenza di legittimità, per cogliere, nell'incerta e non sempre consapevole distinzione tra carattere sussidiario e natura residuale dell'azione generale di arricchimento, elementi di conforto per una lettura evolutiva della norma, oltre l'originaria sua funzione quale presidio della positività dell'ordinamento giuridico. Recuperata all'interno della giurisprudenza del S.C. l'affermazione per cui l'azione di arricchimento è esercitabile sia ove difetti ab origine il titolo del rimedio causale alternativo, sia nelle ipotesi di arricchimento c.d. indiretto configurabili all'interno di relazioni trilateri, si rileva nelle soluzioni fornite dalla giurisprudenza di legittimità un predicato comune, consistente nel ritenere tendenzialmente proponibile l'azione in ogni ipotesi di perdita incolpevole del rimedio alternativo o dell'utilità di esso. La conseguenza è che l'essenza sussidiaria dell'azione ex art. 2041 c.c., all'interno della sua cornice residuale, si annida negli spazi lasciati aperti da tale perdita incolpevole, sicché non rileva se il rimedio alternativo, la cui esistenza l'art. 2042 c.c. pone quale limite alla proponibilità dell'azione, sia tipico ovvero esercitabile in virtù di clausola generale.

The content is inspired by the interpretative issue of the art. 2042 c.c. recently returned to the S.U. of the Court of Cassation, which concerns the specific issue of the possibility of an enrichment action, in case an alternative solution is not based on laws or contracts, but on general clauses. In order to provide an advanced interpretation, the Author examines the reasons of the law (beyond its original function as a safeguard for the positivity of the legal system) in the same way as they are interpreted by the doctrine and the jurisprudence of legitimacy, considering that the distinction between the subsidiary nature and the residual nature of the enrichment action is not completely clear and it is not realized by everyone. As in jurisprudence the enrichment action is admissible when there is no alternative solution *ab origine* and in case the indirect enrichment is taken into account in trilateral relations, in jurisprudence of legitimacy a common point is provided: the action itself is admissible in case the alternative solutions are lost or when they turn out to be inefficient. As consequence, that subsidiary essence of the residual action ex art. 2041 c.c. is confirmed in case of unintentional loss, so it is not relevant whether the alternative solution, which influence the possibility of the action (art. 2042 c.c.), is provided by the law or exercisable by virtue of a general clause.