



Much ado about nothing: le Sezioni Unite e la sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa



Geo Magri

Prof. ass. dell'Università dell'Insubria

SOMMARIO: **1.** La questione. – **2.** La sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa. – **2.1.** Sussidiarietà in astratto. – **2.2.** Sussidiarietà in concreto. – **3.** La sussidiarietà secondo le Sezioni Unite. – **4.** Un'occasione mancata: le Sezioni Unite e l'art. 2042 c.c. – **5.** Indicazioni di lettura.

1. La questione

La pronuncia delle Sezioni Unite che si commenta nasce da un'ordinanza interlocutoria della III sezione della Corte Suprema (Cass. 20 febbraio 2023, n. 5222, in *Foro it.*, 2023, I, c. 719, secondo la quale «Va rimessa al primo presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la questione relativa alla interpretazione della regola della sussidiarietà prescritta, in tema di ingiustificato arricchimento, dall'art. 2042 c.c., con particolare riguardo alla correttezza dell'orientamento giurisprudenziale che individua tale presupposto dell'azione *ex art.* 2041 c.c. nella mancanza di un'azione tipica – intesa come assenza di un'azione derivante da un contratto o prevista dalla legge con riferimento ad una fattispecie determinata, non già come carenza di un'iniziativa processuale anche solo ipoteticamente esperibile – e che, di conseguenza, ritiene ammissibile la domanda di ingiustificato arricchimento anche quando l'azione teoricamente spettante all'impovertito è prevista da clausole generali». L'ordinanza è commentatissima, si vedano, tra i tanti, P. Gallo, *Verso il superamento della sussidiarietà dell'azione di arricchimento*, in *NGCC*, 2023, 678 ss.; C. Scognamiglio, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento ingiustificato: attendendo le sezioni unite*; S. Gatti, *I confini della sussidiarietà: l'azione fondata su clausola generale rigettata per difetto di prova preclude l'azione di arricchimento?*, entrambi in *Resp. civ. e prev.*, 2023, rispettivamente alle pagine 742 ss. e 771 ss., oltre al

mio *L'art. 2042 c.c. di fronte alle Sezioni Unite: verso un auspicabile superamento della sussidiarietà in astratto*, *ivi*, 1178 ss.; R. M. Dell'Erba, *Il problema dell'azione di arricchimento*; D. Carusi, *Osservazioni sull'ordinanza interlocutoria Cass., 5222/2023 e sulla sussidiarietà dell'azione di arricchimento*; F. Manna, *L'arricchimento ingiustificato all'esame delle sezioni unite*; P. Gallo, *L'azione di arricchimento può ancora considerarsi sussidiaria?*, E. Bellisario, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento: considerazioni conclusive*, tutti rinvenibili sul fascicolo n. 3/2023 di ACCADEMIA) che ha riportato alla ribalta il tema della sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa.

In particolare, la III Sezione chiedeva, al primo presidente, di rimettere alle Sezioni Unite la questione relativa all'esatto significato da attribuire alla sussidiarietà: il punto controverso, che si riteneva opportuno chiarire con una pronuncia definitiva, era se si dovesse continuare a seguire l'orientamento tradizionale, secondo il quale la sussidiarietà prevista dall'art. 2042 c.c. deve essere intesa in modo astratto, oppure se fosse preferibile optare per l'indirizzo giurisprudenziale più recente, secondo il quale l'arricchimento senza causa entra in gioco tutte le volte in cui, in concreto, l'impovertito non disponga di un rimedio che gli consenta di ottenere la reintegrazione del proprio patrimonio nello *status quo* antecedente il trasferimento patrimoniale senza causa.

Nella fattispecie sottoposta al giudizio della Cassazione una società finanziaria, proprietaria di un terreno edificabile, proponeva un piano di lottizzazione per ottenere la concessione edilizia. Nelle more cambiava l'amministrazione comunale e la nuova amministrazione decideva di modificare la destinazione urbanistica del terreno di proprietà della società da residenziale ad agricolo, con una conseguente variazione *in peius* del valore di mercato dell'immobile. Avverso la decisione dell'ente, tuttavia, la società non si opponeva poiché rassicurata dal sindaco sul fatto che al terreno sarebbe stata nuovamente concessa natura edificabile. Proprio per agevolare il ripristino dell'edificabilità, la società offriva al Comune di farsi carico dei lavori di interrimento dei cavi ad alta tensione per un valore di circa 150 mila euro. Nonostante le rassicurazioni dell'ente e l'attività prestata dalla società, tuttavia, il terreno rimaneva agricolo e quindi la società agiva in giudizio per ottenere il ristoro di quanto speso per i lavori di interrimento, invocando la responsabilità precontrattuale del Comune e, in subordine, domandando che venisse riconosciuto l'arricchimento senza causa.

Il Tribunale negava la responsabilità precontrattuale dell'ente, ma accoglieva la richiesta di condanna per arricchimento senza causa. La sentenza veniva appellata dal Comune e la Corte d'Appello di Trieste respingeva la domanda di arricchimento perché riteneva assente il requisito della residualità previsto dall'art. 2042 c.c., potendo (astrattamente) la società agire in via di responsabilità precontrattuale, pur non essendo riuscita (in concreto) a provare tale tipo di responsabilità in capo all'ente pubblico.

Contro la decisione della Corte d'Appello la società proponeva ricorso in Cassazione e la III Sezione della Corte Suprema, alla quale la causa era stata assegnata, rimetteva la questione al primo presidente, affinché valutasse l'opportunità di assegnarla alle Sezioni Unite al fine di dirimere il conflitto giurisprudenziale sorto intorno all'esatta interpretazione da dare all'art. 2042 c.c.

La questione ha, con tutta evidenza, conseguenze rilevanti sul ruolo che si vuole riconoscere all'azione generale di arricchimento senza causa nel nostro ordinamento: se si accoglie la sussidiarietà in astratto, infatti, l'azione avrà un ruolo marginale, se, invece, si predilige la sussidiarietà in concreto, il rimedio acquisterà una rilevanza maggiore, che consentirà di recuperare più efficacemente tutti quegli spostamenti patrimoniali sprovvisti di una causa giustificatrice.

Data la rilevanza pratica della questione, la decisione delle Sezioni Unite era attesa con notevole interesse dalla dottrina, la quale auspicava un radicale cambiamento di prospettiva che potesse consentire all'azione di arricchimento senza causa di recuperare una maggiore centralità nel sistema. Nonostante l'acceso dibattito dottrinale nato intorno all'ordinanza di remissione e le autorevoli voci che si sono espresse per il superamento della tradizionale accezione della sussidiarietà in astratto, le Sezioni Unite, il 5 dicembre 2023, hanno pubblicato la sentenza n. 33954 che ha deluso tali aspettative, confermando che la sussidiarietà, prevista dall'art. 2042 c.c., deve essere accertata in astratto e non in concreto.

2. La sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa

L'art. 2042 c.c. dispone che: «quando il danneggiato può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito» gli è preclusa la possibilità di agire in arricchimento senza causa. Si tratta del c.d. principio di sussidiarietà o residualità dell'azione di arricchimento (sul rapporto tra residualità e sussidiarietà cfr. Manna, *op. cit.*, 942), che caratterizza la disciplina dell'arricchimento nel nostro ordinamento e in quello francese (come osserva Sirena, *La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 379 ss., spec., 380 e s., la regola ha origine nelle massime francesi ed è stata successivamente accolta anche dalla giurisprudenza italiana. Oggi essa è espressamente contemplata dall'art. 1303-3 del *Code civil*. Sulla sussidiarietà cfr. R. Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959; Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962; Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in Tratt. Sacco, II ed., Torino, 2008, 68 e s.; Id., *Arricchimento senza causa*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, *Aggiornamento* 2019, 13 ss.; C. Scognamiglio, *op. cit.*, e Gatti, *op. cit.*, 773 ss.).

La regola della sussidiarietà operava, seppur non formalizzata, già sotto il codice previgente: la giurisprudenza, infatti, era solita negare la possibilità di esperire l'azione di arricchimento quando l'impovertito avesse potuto invocare, anche solo astrattamente, un'altra azione per essere ristorato del danno subito (Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., 68 ss.). Ne dà conferma la Relazione n. 792 al codice civile del 1942 nella quale si afferma che la regola della sussidiarietà è stata introdotta in ossequio alla dottrina e alla giurisprudenza prevalenti al fine di assicurare la residualità dell'arricchimento senza causa.

La sussidiarietà, nelle intenzioni del legislatore, doveva impedire la possibilità di agire in arricchimento quando fosse possibile conseguire, con un altro rimedio, l'indennizzo per il pregiudizio subito (la relazione afferma che: «Dalla dottrina e dalla giurispru-

denza favorevoli all'azione di arricchimento è stato acquisito il principio secondo cui essa è proponibile solo in via sussidiaria, nel caso cioè in cui il danneggiato, esercitando altra azione, non possa conseguire l'indennizzo per il pregiudizio subito (art. 2042 del c.c.). È ovvio infatti, che, là dove si possa eliminare una situazione anormale con l'applicazione di una norma particolare, il ricorso all'azione generale mancherebbe del suo presupposto, ossia del pregiudizio, altrimenti evitabile». Sulla sussidiarietà durante il processo di codificazione cfr. Carusi, *Osservazioni sull'ordinanza interlocutoria*, cit., 935).

Se in forza dell'art. 2042 c.c. è indiscutibile la natura sussidiaria dell'azione generale di arricchimento senza causa, le difficoltà sorgono nel momento in cui si deve individuare l'effettiva portata di tale carattere dell'azione. In proposito si possono segnalare due distinti orientamenti interpretativi: uno, più rigoroso, secondo il quale la sussidiarietà va intesa in astratto e uno, che riconosce maggiori spazi al rimedio, secondo il quale la sussidiarietà va intesa in concreto.

2.1. Sussidiarietà in astratto

La dottrina italiana, in un primo tempo, propose una lettura estremamente restrittiva delle disposizioni in materia di arricchimento senza causa. Particolarmente significative, in questo senso, le pagine di Schlesinger (Schlesinger, *Arricchimento (azione di diritto civile)*, in *Noviss. Digesto it.*, I, 2, Torino, 1958, 1004) e di Trabucchi (Trabucchi, *Arricchimento senza causa, (azione di diritto civile)*, in *Enc. del dir.*, III, Milano, 1959, 66.) che hanno contribuito al diffondersi di una concezione dell'azione rigorosamente ancorata alla prova dell'arricchimento, del danno, della correlazione danno-arricchimento e al requisito della sussidiarietà in astratto dell'azione.

La giurisprudenza ha immediatamente fatto propria una tale accezione della sussidiarietà affermando che l'art. 2042 c.c. precluda la possibilità di agire in arricchimento tutte le volte in cui l'impovertito possa disporre di un rimedio principale, anche se questo è soltanto astrattamente fruibile (cfr. ad es. Cass. 3 ottobre 2007, n. 20747, in *Dir. e giur. agr.*, 2008, 551, secondo la quale «L'azione di arricchimento senza causa, ai sensi dell'art. 2041 c.c., ha carattere sussidiario e, quindi, non è proponibile quando il danneggiato può esercitare azioni tipiche per farsi indennizzare del pregiudizio subito; la valutazione dell'esistenza delle altre azioni va effettuata in astratto, prescindendo dall'esito concreto delle stesse»). Secondo la giurisprudenza la sussidiarietà impedisce di agire nei confronti dell'arricchito, anche quando sia possibile esperire un'azione diretta nei confronti di un terzo (cfr. Cass. 9 maggio 2018, n. 11038, in *DeJure*, secondo la quale «Il carattere sussidiario dell'azione di indebito arricchimento comporta che essa non possa essere esperita, non soltanto quando sussista un'altra azione tipica esperibile dal danneggiato nei confronti dell'arricchito, ma anche quando vi sia originariamente un'azione sperimentabile contro persone diverse dall'arricchito che siano obbligate per legge o per contratto, secondo una valutazione da compiersi, anche d'ufficio, in astratto e perciò prescindendo dalla previsione del suo esito» e, analogamente, Cass. 15 luglio 2003, n. 11067, in *DeJure*, secondo la quale: «Il carattere sussidiario dell'azione di indebito arricchimento, sancito dall'art. 2042 c.c., comporta che detta azione non possa essere esperita non

soltanto quando sussista un'altra azione tipica esperibile dal danneggiato nei confronti dell'arricchito, ma anche quando vi sia originariamente un'azione sperimentabile contro persone diverse dall'arricchito che siano obbligate per legge o per contratto»). Da tale rigorosa impostazione consegue che l'arricchimento senza causa può essere utilizzato unicamente nelle ipotesi di «non spettanza di azioni rientranti nella previsione di altre norme giuridiche» (F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2017, 712), restando invece irrilevante il fatto che il rimedio esercitabile permetta di raggiungere un risultato positivo. Si pensi, ad esempio, al caso in cui il rimedio principale non possa essere provato in giudizio (Cfr. 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*, secondo la quale: «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») o sia prescritto. In tutti questi casi, la giurisprudenza che accoglie la sussidiarietà in astratto ritiene che l'impoverito non possa utilizzare l'arricchimento senza causa per ottenere ristoro.

Particolarmente emblematico è il caso della prescrizione del rimedio principale: secondo la tesi che accoglie la nozione di sussidiarietà in astratto l'eventuale prescrizione dell'azione diretta impedisce anche l'esercizio dell'azione di arricchimento senza causa (cfr., tra le tante, Cass., 27 novembre 2018, n. 30614, in *DeJure*, secondo la quale «L'azione generale di arricchimento non è proponibile quando il danneggiato avrebbe potuto esercitare un'azione tipica e questa si è prescritta»). Il principio per cui, prescritto il rimedio principale, non si può agire in arricchimento è radicato nella giurisprudenza sin dal 1955 (Cfr. Cass. 21 aprile 1955, n. 1125, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, 689, si tratta della prima pronuncia in cui si fece espresso ricorso alla sussidiarietà in astratto, negando la possibilità di agire in arricchimento di fronte alla prescrizione di un'azione diretta) e sin dal 1955 la dottrina osserva che accogliere una concezione così rigorosa di sussidiarietà significa, in buona sostanza, celebrare le esequie dell'art. 2041 c.c. (la nota di commento alla sentenza appena citata, redatta da G. Scalciarini, era significativamente intitolata *Esequie all'art. 2041 c.c.*, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, 689 ss.); tuttavia, la giurisprudenza difende tale scelta sull'assunto che, una diversa soluzione, significherebbe permettere all'impoverito di aggirare la disciplina della prescrizione, consentendogli di recuperare, con un altro rimedio, quello che ha perso con l'azione principale.

L'accoglimento della sussidiarietà in astratto implica anche negare il ricorso al rimedio dell'arricchimento tutte le volte in cui, oltre a poter esercitare un'azione tipica, l'impoverito possa invocare un rimedio generale quale la responsabilità precontrattuale o quella extracontrattuale. Anche con riferimento a tali rimedi generali, la giurisprudenza che accoglie la sussidiarietà in astratto ritiene sia sufficiente l'astratta proponibilità dell'azione, senza che possano essere prese in considerazione le sue effettive possibilità di successo. In altri termini, secondo l'orientamento più rigoroso, l'art. 2042 c.c. impedisce di agire in arricchimento ogni qual volta esista un'azione che l'impoverito può esercitare per ottenere il ristoro della perdita subita. Se tale azione non viene accolta – ad esempio perché nel merito non si riesce a fornire la prova del *quantum* risarcitorio o

perché è intervenuta la prescrizione – l’impoverito non avrà alcun rimedio per impedire il consolidarsi dell’arricchimento.

La sussidiarietà in astratto incide anche sulla possibilità di agire invocando l’arricchimento senza causa in via subordinata. In giurisprudenza si afferma, infatti, che: «La proponibilità dell’azione generale di indebito arricchimento, in relazione al requisito di sussidiarietà di cui all’articolo 2042 c.c., presuppone semplicemente che non sia prevista nell’ordinamento giuridico altra azione tipica a tutela di colui che lamenti il depauperamento, ovvero che la domanda sia stata respinta sotto il profilo della carenza *ab origine* dell’azione proposta, per difetto del titolo posto a suo fondamento. Il requisito della sussidiarietà non presuppone l’identità tra le due azioni, ma comporta che l’azione d’ingiustificato arricchimento deve ritenersi esclusa in ogni caso in cui il danneggiato, secondo una valutazione da compiersi in astratto, prescindendo quindi dalla previsione del suo esito, possa esercitare un’altra azione per farsi indennizzare il pregiudizio subito» (così T. Milano 15 gennaio 2020, n. 324, in *Guida al Diritto*, 2020, 43, 51, e C. App. Lecce, 21 gennaio 2020, n. 73, in *DeJure*); ciò comporta l’inammissibilità della domanda di ingiustificato arricchimento, avanzata nonostante la sussistenza di altre azioni tipiche, contestualmente esperite dall’attore in via principale per vedere soddisfatte le proprie pretese.

L’unico caso in cui l’azione di arricchimento, proposta in via subordinata, può essere accolta è quello in cui il rigetto dell’azione principale, fondata sul contratto, dipenda da un difetto del titolo azionato. Chiara, in questo senso, Cass. 17 luglio 2023, n. 20521 (in *DeJure*), secondo la quale «L’azione di arricchimento può essere valutata, se proposta in via subordinata rispetto all’azione contrattuale articolata in via principale, soltanto qualora quest’ultima sia rigettata per un difetto del titolo posto a suo fondamento, ma non anche nel caso in cui sia stata proposta domanda ordinaria, fondata su titolo contrattuale, senza offrire prove sufficienti all’accoglimento», la sentenza specifica quanto già affermato dalle Sezioni Unite nella sentenza 22404 del 2018 (Cass. S. U., 13 settembre 2018, n. 22404, in *Foro it.*, 2019, I, c. 989, cfr. anche Dell’Erba, *op. cit.*, 932, la quale osserva che, dalla sentenza, consegue la possibilità di «avanzare nello stesso processo una identica pretesa economica facendo valere due titoli diversi sia pure mediante un cumulo progressivo di domande subordinate. In prospettiva astratta la mera proposizione di una domanda di risarcimento del danno dovrebbe precludere l’azione di arricchimento, ma se la prima fosse respinta per difetto del titolo e cioè per la carenza di uno degli elementi costitutivi dell’azione dovrebbe essere ammissibile l’azione di arricchimento nella misura necessaria al conseguimento di quelle utilità che per qualsiasi ragione la tutela primaria non sia in grado di apprestare, ferma restando l’impossibilità di duplicare le medesime poste indennitarie.», secondo la quale: «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» (in dottrina sul tema della proponibilità in via subordinata si veda Carusi, *Proposizione in via subordinata dell’azione di arricchimento, autorità del precedente giudiziale e stile delle sentenze*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, 247 ss.). Da ultimo, la Cassazione,

pronunciandosi su un'azione di arricchimento senza causa, proposta dopo che era stata rigettata nel merito per difetto di prova del titolo l'azione contrattuale, ha cassato la sentenza d'Appello, che aveva ritenuto inammissibile l'azione, affermando che, in questo caso, l'ammissibilità non avrebbe contraddetto la *ratio legis* della sussidiarietà, essendo il difetto di prova del titolo equiparabile, ai soli fini processuali, alla sua assenza originaria e quindi consentendo di proporre l'azione di arricchimento, purché la mancanza di prova derivi dall'esito dell'istruttoria e non dalla negligenza delle parti (Così Cass. 5 maggio 2023, n. 13203, in *Giur. it.* 2023, 2578 ss., con nota di Gallo, *In che senso l'azione di arricchimento può essere ancora considerata sussidiaria?*. Cfr. anche Dell'Erba, *op. cit.*, 933).

Ovviamente a risultati diametralmente opposti porta l'accoglimento della tesi per cui la sussidiarietà deve essere valutata in concreto; in questo caso, infatti, il rigetto della domanda principale consente all'impovertito di agire subordinatamente in arricchimento, indipendentemente dalla ragione per cui il rigetto della domanda principale sia avvenuto.

È proprio quando il rimedio principale è fruibile in astratto, ma non in concreto, che la sussidiarietà in astratto dimostra la sua iniquità e, a ben vedere, i casi in cui ciò avviene non sono pochi: si immagini, oltre all'ipotesi in cui il rimedio principale sia prescritto, l'eventualità di un'azione, astrattamente esercitabile, ma non idonea a reintegrare il patrimonio dell'impovertito nello *status quo* antecedente il trasferimento patrimoniale, ad esempio perché l'azione di risarcimento del danno extracontrattuale non è in grado di coprire integralmente l'arricchimento, oppure perché l'impovertito non riesce a provare l'intero danno, mentre potrebbe più agevolmente dimostrare l'arricchimento. In tutti questi casi l'azione di arricchimento senza causa potrebbe conseguire risultati che l'azione basata sui rimedi generali non consente di ottenere. Non solo: impedire al danneggiato di recuperare l'integrale arricchimento conseguente al fatto illecito appare senza dubbio un risultato da scongiurare, posto che incentiva la commissione di illeciti, ecco quindi che una rilettura della sussidiarietà in chiave concreta, anziché astratta, sembra essere l'unica via per escludere gli spostamenti patrimoniali ingiustificati.

A difesa della sussidiarietà in astratto si è osservato che, sebbene essa riduca «l'ambito di operatività dell'azione esclusivamente ai casi in cui non sussista *ab origine* un'azione alternativa per difetto del titolo», soddisferebbe «il principio costituzionale di ragionevole durata del processo», rispondendo «all'esigenza di evitare il ricorso alla giustizia, risorsa notoriamente limitata» (Dell'Erba, *op. cit.*, 929). In realtà non pare che una simile giustificazione sia accettabile per legittimare una scelta ermeneutica, perché equivale ad affermare che, per ridurre il carico di lavoro dei tribunali, si sceglie una via che riduce la possibilità di far valere un diritto, in evidente violazione di altro principio costituzionale, ben più rilevante, quale quello a un giusto processo tutelato dagli articoli 24 e 111 Cost., oltre che dall'art. 6 CEDU. Una tale argomentazione introduce un *vulnus* inaccettabile nel sistema, perché l'ordinamento non può abdicare alla funzione di garantire la giustizia in nome delle esigenze di maggior efficienza.

2.2. Sussidiarietà in concreto

Secondo l'orientamento che predilige leggere la sussidiarietà in concreto, invece, la possibilità di agire in arricchimento andrebbe esclusa soltanto qualora l'impovertito disponga di un'azione c.d. «tipica» che trova la sua fonte in un contratto o nella legge (l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite osserva correttamente che il termine «azione tipica» viene utilizzato impropriamente sia perché «le azioni (quali poteri processuali) non sono tipiche, sia perché, a ben vedere, non si deve correre il rischio di confondere l'asserita tipicità dell'azione con la tipicità della fattispecie: quando si dice che l'azione proposta in via principale, essendo quella da responsabilità aquiliana o precontrattuale, è atipica, si intende forse riferirsi alla atipicità della fattispecie, non già dell'azione», sul punto cfr. C. Scognamiglio, *op. cit.*, 745 ss. In questa sede, tuttavia, si utilizzerà l'espressione «azione tipica» perché, ancorché impropria, descrive sinteticamente l'azione fondata sulla legge o sul contratto), diversamente l'azione di arricchimento senza causa finirebbe per diventare lo strumento per eludere o aggirare i limiti esistenti nei confronti di tale azione (Cfr. Cass. 22 marzo 2012, n. 4620, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 386).

Il principio per cui la sussidiarietà deve essere intesa in modo più circoscritto e limitato ai soli casi in cui l'impovertito ha un'azione tipica per recuperare l'impovertimento è stato introdotto soltanto in tempi relativamente recenti (Cfr. Cass. 22 marzo 2012, n. 4620, *cit.*, secondo la quale «Presupposto per proporre l'azione di ingiustificato arricchimento è la mancanza di un'azione tipica, per tale dovendosi intendere o quella che deriva da un contratto, o quella che sia prevista dalla legge con riferimento ad una fattispecie determinata. Ne consegue che è ammissibile l'azione di arricchimento quando l'azione, teoricamente spettante all'impovertito, sia prevista da clausole generali, come la domanda di risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale». Cfr. Dell'Erba, *op. cit.*, 928).

Qualora, invece, la parte possa esercitare contro l'arricchito un rimedio fondato su una clausola generale dell'ordinamento quale, ad esempio, la responsabilità precontrattuale o extracontrattuale (sul concorso tra l'azione di arricchimento senza causa e il risarcimento del danno cfr. Sirena, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 65 ss.), l'art. 2042 c.c. impedisce di agire in arricchimento soltanto se tale rimedio sia effettivamente fruibile, consentendo all'impovertito di recuperare, nella sua integralità, la perdita patrimoniale subita.

Accogliere un'accezione di sussidiarietà in concreto presuppone la verifica, nel merito, dell'idoneità del rimedio generale e alternativo all'azione di arricchimento a reintegrare il patrimonio dell'impovertito: soltanto se il rimedio concorrente è idoneo a raggiungere tale risultato, l'art. 2042 c.c. precluderà la possibilità di agire in arricchimento. In tutti gli altri casi, invece, non vi sarebbero ragioni per impedire all'impovertito il ricorso all'azione di arricchimento per ottenere ciò che non può avere con un rimedio generale concorrente.

Ovviamente la sussidiarietà in concreto non impedisce di proporre, in via subordinata, la domanda di arricchimento senza causa. L'impovertito potrà quindi agire in via principale invocando il rimedio fondato sull'azione tipica o sul principio generale e, in

subordine, chiedere di condannare l'arricchito a indennizzarlo, nei limiti dell'arricchimento, nel caso di mancato accoglimento dell'azione principale.

Favorevoli a una tale accezione della sussidiarietà sono la giurisprudenza più recente e la dottrina oggi prevalente (particolarmente significativa, in questo senso, appare Cass. 17 gennaio 2020, n. 843, in *DeJure*, la quale, confermando il precedente espresso da Cass. 22 marzo 2012, n. 4620, cit., afferma «Presupposto per proporre l'azione di ingiustificato arricchimento è la mancanza, accertabile anche di ufficio, di un'azione tipica, tale dovendo intendersi non ogni iniziativa processuale ipoteticamente esperibile, ma esclusivamente quella derivante da un contratto o prevista dalla legge con riferimento ad una fattispecie determinata, pur se proponibile contro soggetti diversi dall'arricchito. Ne consegue che è ammissibile l'azione di arricchimento quando l'azione, teoricamente spettante all'impoverito, sia prevista da clausole generali, come quella risarcitoria per responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c.». In senso analogo Cass. 22 novembre 2017, n. 27827, *ivi* e Cass. 9 gennaio 2014, n. 307, *ivi*. Da ultimo si veda anche Cass. 5 maggio 2023, n. 13203, cit., secondo la quale «La sentenza, che abbia dichiarato l'inesistenza del contratto, se in negativo esclude che l'avente diritto possa nuovamente esercitare l'azione contrattuale, in positivo accerta la sussistenza del presupposto della sussidiarietà (cioè dell'indisponibilità di un rimedio alternativo a quello contrattuale), che deve ricorrere per l'esperibilità dell'azione di ingiustificato arricchimento: in tal caso, l'azione ex art. 2041 c.c. è proponibile proprio in quanto il danneggiato, non esistendo il contratto, ha a disposizione soltanto detta azione per far valere il suo diritto all'indennizzo per il pregiudizio subito»).

Le ragioni per le quali la dottrina più recente si esprime in senso favorevole alla sussidiarietà in concreto si basano sulla volontà di riconoscere all'azione di arricchimento senza causa una maggiore rilevanza nel sistema (Si vedano in particolare Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, 3ª ed., Milano, 2006, 555 ss.; Albanese, *Fatto illecito, fatto ingiusto e restituzione dell'arricchimento in assenza di danno*, in *Res civ.*, 2004, 538 ss.; Id., *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005; Carusi, *Il concorso dei rimedi restitutori con quello risarcitorio*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile*, a cura di Sirena, Milano 2011, 405 ss.; Gallo, *sub art. 2042 c.c.*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da Gabrielli, artt. 2028-2042, *Della gestione d'affari, del pagamento dell'indebitto, dell'arricchimento senza causa*, a cura di Lener, Torino 2015, 356 ss. e già Id., *sub Artt. 2041-2042, Arricchimento senza causa*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, dir. da Busnelli, Milano 2003, 88 ss.; Michaela Giorgianni, *L'arricchimento senza causa nel diritto italiano e tedesco: una regola e due sistemi a confronto*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 525 ss.; Sirena, *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 105 ss. e già Id., *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino 1999, 148 s.). Particolarmente condivisibile appare l'opinione di chi ha sottolineato che, delle tante possibili interpretazioni dell'art. 2042 c.c., la giurisprudenza ha tradizionalmente sposato quella più rigorosa, finendo, senza reali giustificazioni, per privare di qualsiasi utilità l'art. 2041 c.c. e trasformandolo in un rimedio marginale (in questo senso Sirena, *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, cit., 116, il quale osserva che la

funzione del principio di sussidiarietà non è quella di precludere l'esercizio dell'azione di arricchimento senza causa, ma impedire che un soggetto, attraverso l'azione di arricchimento, possa ottenere più volte, attraverso azioni diverse, la riparazione dello stesso pregiudizio. Favorevoli alla sussidiarietà in concreto sono anche, tra i tanti, Fenghi, *Sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. comm.*, 1962, II, 121; Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., 72, e Gambaro, *Occupazione acquisitiva*, in *Foro it.*, 1993, V, cc. 389 ss., spec. 420).

In dottrina si osserva, in modo convincente, che la *ratio* dell'arricchimento senza causa è quella di consentire il recupero di quanto lucrato senza giustificazione da altri, quando nessun altro rimedio sia concretamente esperibile, ne consegue che solo l'accoglimento della sussidiarietà in concreto può essere ritenuto conforme a tale *ratio* (Gallo, *op. loc. ult. cit.*).

La funzione della sussidiarietà è quindi quella di impedire una duplicazione degli indennizzi a favore dell'impovertito, ma non quella di marginalizzare un rimedio generale (Sirena, *L'azione generale di arricchimento senza causa*, in Lipari, Rescigno, *Diritto civile*, vol. III, *Obbligazioni*, I, *Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2009, 557 osserva che, ai sensi dell'art. 12 c. 1 dis prel. c.c., «una riduzione teleologica dell'art. 2042 c.c., nel senso che esso precluda l'azione generale di arricchimento senza causa solamente se e in quanto il soggetto impoverito abbia ottenuto la riparazione del pregiudizio subito mediante l'esercizio di un altro rimedio. Non si tratta di un autonomo divieto, finalizzato a contenere estrinsecamente l'ambito applicativo dell'azione generale di arricchimento senza causa, bensì di una caratteristica intrinseca di tale istituto, che consegue alla sua natura rimediale». Gallo, *op. ult. cit.*, 70 sottolinea come, peraltro, rispetto agli altri rimedi, l'azione di arricchimento senza causa sia senz'altro meno allettante, perché si limita a consentire di agire nei limiti dell'arricchimento effettivo).

Il superamento della sussidiarietà in astratto comporterebbe, quindi, per l'impovertito, la possibilità di invocare l'art. 2041 c.c. tutte le volte in cui non ha (o non può più esperire) un'azione diretta, salvo, ovviamente, che la mancanza di un'azione non sia determinata da una scelta del legislatore, come, ad esempio, nel caso in cui la legge escluda la possibilità, per il conduttore, di agire per ottenere un compenso per gli eventuali miglioramenti arrecati all'immobile (Gallo, *ivi*).

3. La sussidiarietà secondo le Sezioni Unite

Le Sezioni Unite non si sono lasciate sedurre dalle osservazioni della dottrina favorevoli alla sussidiarietà in concreto e hanno enunciato il seguente principio di diritto: «ai fini della verifica del rispetto della regola di sussidiarietà di cui all'art. 2042 c.c., la domanda di arricchimento è proponibile ove la diversa azione, fondata sul contratto, su legge ovvero su clausole generali, si riveli carente *ab origine* del titolo giustificativo. Viceversa, resta preclusa nel caso in cui il rigetto della domanda alternativa derivi da prescrizione o decadenza del diritto azionato, ovvero nel caso in cui discenda dalla carenza di prova circa l'esistenza del pregiudizio subito, ovvero in caso di nullità del titolo contrat-

tuale, ove la nullità derivi dall'illiceità del contratto per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico».

Ne consegue che l'azione di arricchimento senza causa deve ritenersi preclusa quando: a) l'azione principale non sia esperibile per un comportamento dell'impoverito (quindi, essenzialmente, nei casi di prescrizione e decadenza); b) in caso di nullità del titolo contrattuale, qualora la nullità derivi dall'illiceità del contratto per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico; c) quando la domanda principale è respinta nel merito per mancato assolvimento dell'onere probatorio o per difetto di qualche altro requisito previsto dalla legge.

Particolarmente interessanti, ai fini di un commento critico di quanto deciso dalla Corte, risultano alcuni passaggi della sentenza. Un primo passaggio sul quale appare utile soffermarsi è quello in cui le Sezioni Unite, invero riprendendo l'ordinanza di remissione, osservano che l'impedimento all'esercizio dell'azione di arricchimento si giustifica con la necessità di impedire l'aggiramento del rigetto, nel merito, dell'azione principale. Uno dei casi più frequenti nei quali l'azione principale può non trovare accoglimento nel merito è, indubbiamente, quello del mancato assolvimento dell'onere della prova. A questo proposito, in dottrina si era osservato che le massime giurisprudenziali che accolgono la sussidiarietà in astratto, in realtà, sono spesso fuorvianti, «perché occultano l'inammissibilità processuale di una domanda di arricchimento senza causa che è nuova rispetto a quella originariamente proposta. Se si prende in considerazione il diritto effettivamente applicato sembra più corretto ritenere che, al di là di alcuni sporadici precedenti contrari, la giurisprudenza italiana ammetta ormai che, in quanto non siano stati provati dall'attore i fatti posti a fondamento della domanda principale, sia ammissibile l'azione generale di arricchimento senza causa esercitata in via subordinata. Si può quindi parlare di sussidiarietà "in concreto" di tale azione» (Sirena, *La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, cit., 381). Le Sezioni Unite respingono apertamente tale ricostruzione e, sul punto, la decisione lascia non poche perplessità: l'art. 2042 c.c., infatti, come già ricordato, vieta il ricorso all'azione di arricchimento tutte le volte in cui il danneggiato possa esercitare un'altra azione. Ci si deve quindi chiedere se, di fronte a un'azione che nel merito verrà sicuramente respinta, si possa effettivamente parlare di un'azione disponibile. La giurisprudenza che risponde positivamente alla domanda mette l'impoverito nella situazione di dover scegliere tra il non poter agire perché l'azione di arricchimento non può essere esercitata e il non poter agire perché sa di non poter provare la propria pretesa. In questo caso, infatti, l'impoverito può disporre soltanto virtualmente dell'azione e sembra quindi preferibile seguire quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, in queste ipotesi, si deve consentire all'impoverito di agire in arricchimento. Si pensi all'eventualità del danneggiato che non sia in grado di provare il danno, mentre potrebbe provare l'arricchimento: affermare che egli possa disporre di un'azione fondata sull'art. 2043 c.c. è evidentemente un artificio, dall'esercizio di quell'azione, infatti, non potrà conseguire alcun risultato utile e, in concreto, il danneggiato si troverà nella medesima posizione di chi non dispone di alcuna azione, con il risultato finale della consolidazione dell'arricchimento ingiustificato in evidente

violazione del principio di equità che il rimedio dell'arricchimento sarebbe invece chiamato a presidiare.

Proprio con riferimento all'equità pare interessante un altro passaggio della sentenza, nel quale si afferma che: «La dottrina ha altresì rimarcato che la corretta individuazione della *ratio* che sorregge la previsione in esame avrebbe poi anche riflessi in merito all'applicazione della regola di sussidiarietà, in quanto l'adesione al principio della salvaguardia della certezza del diritto, sorreggerebbe un'applicazione della clausola *de qua* in termini astratti, risultando quindi preclusa l'azione di ingiustificato arricchimento ove l'impovertito abbia a disposizione altri rimedi, a prescindere dalla loro concreta azionabilità. Se invece si ritenga prevalente la *ratio* cd. equitativa, sarebbe conseguenziale optare per un'operatività della clausola in concreto, così che sarebbe possibile agire ex art. 2041 c.c. anche quando, pur essendo in astratto azionabili altri rimedi, essi siano – per qualsiasi ragione – concretamente preclusi». Quindi la sussidiarietà in astratto preserverebbe la certezza del diritto, mentre quella in concreto le esigenze di equità. Orbene, la Relazione al codice n. 792 afferma espressamente che la funzione di tale istituto è quella di introdurre nel codice un indirizzo «corrispondente agli scopi di giustizia e di equità che l'ordinamento giuridico deve realizzare specie se vuole esprimere dal suo seno uno spirito di solidarietà. Questo spirito non può tollerare spostamenti patrimoniali disgiunti da una causa giustificatrice». Ne consegue che è la stessa Relazione al codice a dire che tra le esigenze di certezza e quelle di equità sono queste ultime a dover prevalere, essendo la funzione dell'arricchimento proprio quella di garantire l'equità del sistema. Sembra quindi chiaro che la Relazione al codice suggerisca di interpretare le norme in materia di arricchimento alla luce del principio di equità, privilegiando la sussidiarietà in concreto anziché in astratto.

Di opposto avviso, però, le Sezioni Unite, secondo le quali la presenza dell'art. 2042 c.c. introduce una regola, in termini generali, che non consente di fare distinzioni tra azioni c.d. tipiche e atipiche e non consente di ipotizzare alcuna forma di concorso (integrativo o alternativo) tra l'azione principale (fondata sugli artt. 1337 o 2043 c.c.) e l'azione di arricchimento senza causa, in quanto occorre salvaguardare la volontà che è alla base della norma, ossia «preservare la certezza del diritto ed evitare elusioni della norma, ammettendo che si possa agire con l'azione di arricchimento anche nei casi in cui la domanda principale non sia stata coltivata o sia andata perduta per il comportamento colpevole del titolare». Una tale conclusione, però, come si è appena chiarito, sebbene dichiarati di voler aderire allo spirito della legge, contrasta con quanto contenuto nella Relazione al codice.

Dal principio affermato dalle Sezioni Unite consegue anche la conferma di quel consolidato orientamento giurisprudenziale per cui l'azione di arricchimento non consente di aggirare l'eventuale prescrizione (o decadenza) del rimedio principale, non potendosi «far rivivere il diritto prescritto, che è estinto e resta tale» e non potendosi ammettere che, attraverso l'azione di arricchimento, si frustri la finalità di quegli istituti che determinano «la perdita di un diritto a danno di chi non lo ha esercitato». Anche su tale conclusione è legittimo dissentire. Innanzitutto, è opinabile il fatto che il diritto prescritto sia un diritto estinto e non, piuttosto, un diritto affievolito (se la prescrizione estinguesse

davvero il diritto, il pagamento del debito prescritto sarebbe un indebito oggettivo e come tale ripetibile). Inoltre, non sembra che la funzione propria della prescrizione sia privare un soggetto dalla possibilità di esercitare un diritto, tanto che il diritto prescritto è azionabile e se la prescrizione non viene eccepita dal convenuto, il giudice non può rilevarla d'ufficio, quindi, semmai, la prescrizione opera come difesa per il convenuto, più che a danno del titolare del diritto. Ma anche a prescindere da questo aspetto, in caso di prescrizione del rimedio particolare, l'impovertito non ha alcun rimedio per recuperare la perdita subita, se non il ricorso all'arricchimento. Impedire l'esercizio di questo rimedio è una scelta ermeneutica che attribuisce alle parole del legislatore un particolare significato, che è il più restrittivo tra tutti i possibili significati che possono desumersi dall'art. 2042 c.c.; ben potrebbe, invece, seguirsi un'altra via ermeneutica, altrettanto legittima, posto che la Relazione non menziona l'ipotesi della prescrizione del rimedio alternativo all'arricchimento, secondo la quale, qualora l'impovertito, non importa per quale ragione, non possa esperire un'azione fondata su una norma particolare, può ricorrere al rimedio generale.

Dalla rigorosa accezione di sussidiarietà accolta dalle Sezioni Unite consegue che le uniche ipotesi nelle quali l'azione di arricchimento senza causa può essere proposta, senza violazione dell'art. 2042 c.c., sono quelle in cui l'azione contrattuale, proposta in via principale, sia respinta perché il contratto è nullo, salvo che la nullità derivi da contrarietà con l'ordine pubblico o violazione di norma imperativa. In questo caso, però, come correttamente osservano le stesse Sezioni Unite, il concorso tra l'azione contrattuale e quella di arricchimento è soltanto apparente, giacché, essendo il contratto nullo, non può evidentemente essere il titolo sul quale fondare un'azione.

Un altro passaggio della sentenza che non sembra particolarmente convincente è quello in cui le Sezioni Unite ammettono che «la formale adesione al principio della sussidiarietà in astratto risulta oggetto di un costante temperamento» da parte della giurisprudenza. Se davvero il principio espresso dall'art. 2042 c.c. fosse quello per cui la sussidiarietà va intesa in astratto, anziché in concreto, non si comprende come esso possa essere legittimamente oggetto di un costante temperamento: infatti, se si afferma che il principio voluto dal legislatore è quello della sussidiarietà in astratto, ogni temperamento giurisprudenziale risulta inammissibile, perché in violazione della legge. Se, invece, si ammettono i costanti temperamenti e, addirittura, se ne riconosce implicitamente l'opportunità, è evidente che il principio che si afferma di voler seguire non convince fino in fondo e si avverte un certo imbarazzo nel riconoscerne la completa operatività. Sembra quindi corretto chiedersi se i costanti temperamenti non siano la cartina di tornasole che attesta il fallimento di un principio che si proclama in astratto, ma che poi, in pratica, non si riesce a seguire fedelmente.

Le Sezioni Unite si concentrano infine sul rapporto tra arricchimento, fatto illecito e responsabilità precontrattuale, evidenziando le (assai esigue) ipotesi nelle quali l'art. 2041 c.c. può essere utilizzato per colmare i vuoti lasciati dalle altre disposizioni.

Con riferimento al fatto illecito, le Sezioni Unite ammettono il ricorso all'arricchimento senza causa in tutti quei casi in cui manchi uno degli elementi costitutivi dell'illecito (elemento soggettivo o ingiustizia del danno), ovvero l'illecito non cagioni un

pregiudizio al danneggiato, ma soltanto un arricchimento in capo al danneggiante. Evidentemente, in tutte queste ipotesi, il ricorso al rimedio extracontrattuale è precluso dalla mancanza di uno degli elementi costitutivi della fattispecie prevista dall'art. 2043 c.c. e quindi l'art. 2041 c.c. rappresenta l'unico rimedio al quale il danneggiato può fare ricorso. Tuttavia, non si può non rivelare come l'accoglimento di questo principio non offra tutele in tutti quei casi in cui il fatto illecito comporti un arricchimento del danneggiante che è maggiore rispetto al danno cagionato. Ne consegue che, in queste ipotesi, il danneggiante potrà lucrare il maggior arricchimento, limitandosi a risarcire il danno, posto che il sistema non offre alcuna tutela all'impovertito. In questo modo, però, si finisce, paradossalmente, per incentivare la commissione di illeciti lucrativi, giacché il danneggiante sa che, una volta risarcito il danno, potrà trattenere per sé tutto l'arricchimento ottenuto ed è evidente che un tale risultato dovrebbe essere scongiurato dall'ordinamento.

Con riguardo alla responsabilità precontrattuale, invece, l'arricchimento senza causa potrà essere utilizzato soltanto qualora non si possa riscontrare, nella condotta del convenuto, la violazione del canone di buona fede previsto dall'art. 1337 c.c. (cfr. Dell'Erba, *op. cit.*, 933, la quale individua una casistica delle ipotesi nelle quali l'arricchimento potrebbe supplire alle lacune lasciate dai rimedi generali: «l'azione di arricchimento senza causa, qualora proposta in linea principale ed esclusiva, sarà senz'altro ammissibile in assenza della lesione di un diritto, come ad esempio nel caso di sfruttamento di invenzione altrui non brevettata; al cospetto della lesione di un diritto, non accompagnata dall'elemento soggettivo, come nell'ipotesi di concorrenza sleale in buona fede; al cospetto della lesione di un diritto, accompagnata dall'elemento soggettivo, dalla quale però non scaturisca un pregiudizio nei termini dell'art. 1223 c.c., ma solo un arricchimento, come nel mero uso di un bene altrui ed infine, in caso di responsabilità precontrattuale, quando non si ravvisi l'esistenza di una trattativa idonea ad ingenerare l'affidamento incolpevole dell'impovertito, il quale abbia assunto un'iniziativa in buona fede e salva la valutazione, nella fase di merito, dei presupposti dell'arricchimento cosiddetto "imposto" sulla scorta delle difese della controparte (Cfr. Cass. civ. SU n. 10798/15, n. 13884/20)»).

Al di fuori di queste ipotesi, l'art. 2042 c.c. preclude, secondo le Sezioni Unite, il ricorso all'azione di arricchimento senza causa: ne consegue, quindi, che la sentenza conferma la marginalità del rimedio, la cui applicazione concreta finisce per essere limitata a ipotesi davvero esigue.

Qualora l'arricchimento senza causa concorra con un rimedio principale che possa essere fatto valere astrattamente, secondo le Sezioni Unite, l'unica valutazione che il giudice è tenuto a fare è relativa all'eventuale carenza originaria del diverso titolo sul quale il rimedio principale si fonda. All'atto pratico, quindi, il giudice potrà ammettere la domanda di arricchimento solo se il contratto sia nullo (ma non per contrarietà a norme imperative e ordine pubblico) o se non sussistano i presupposti previsti dall'art. 2043 c.c. o i requisiti che fondano la responsabilità precontrattuale.

4. Un'occasione mancata: le Sezioni Unite e l'art. 2042 c.c.

Nel diritto francese e in quello italiano i rimedi contrattuali e delittuali erano originariamente distinti ed era vietato il cumulo o il concorso tra di essi. Lo stesso principio è stato applicato anche all'arricchimento senza causa.

Nel nostro paese, però, la giurisprudenza non ha tardato ad abbandonare tale regola, cominciando ad ammettere la possibilità di un concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (cfr. Cass. 31 dicembre 1949, n. 2630, in *Resp. civ. e prev.*, 1950, 236) e consentendo di scegliere quale rimedio sia più vantaggioso esercitare in concreto (Cfr. P. Gallo, *op. ult. cit., passim*). Se, dunque, il divieto di cumulo o di concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale è ormai definitivamente archiviato, ci si deve chiedere se sia ancora giustificabile un divieto analogo in materia di arricchimento senza causa, oppure se non sia più opportuno consentire all'interessato di scegliere liberamente se agire invocando una responsabilità contrattuale, delittuale o il rimedio restitutorio. In proposito giova ricordare che l'arricchimento ha una portata meno ampia rispetto al rimedio contrattuale ed extracontrattuale: quando si agisce in arricchimento, infatti, non si può chiedere il ristoro dell'intero danno subito, ma è possibile agire soltanto nei limiti dell'arricchimento, il che, ovviamente, è già di per sé sufficiente a rendere il ricorso all'art. 2041 c.c. meno appetibile.

È appena il caso di osservare che l'eventuale cumulo o concorso tra i rimedi non comporta il rischio di duplicazione dei risarcimenti, posto che, in ossequio al principio generale per cui *nemo locupletari potest cum aliena iactura*, una volta che si è ottenuto il risarcimento del danno subito, l'eventuale presenza di più rimedi non consentirà di sommarli tra loro ottenendo un risarcimento che sia superiore al danno subito. Al contrario, il divieto di concorso o di cumulo dei rimedi può determinare una lesione del principio *nemo locupletari potest* in tutti quei casi in cui il solo esercizio del rimedio contrattuale o delittuale non sia in grado di risarcire, o di risarcire integralmente, la vittima per la diminuzione patrimoniale subita: l'impossibilità di recuperare per intero l'arricchimento, infatti, permette il consolidarsi di uno spostamento patrimoniale ingiustificato a danno di un soggetto e a vantaggio di un altro.

Le Sezioni Unite hanno però preso una posizione netta in senso contrario al cumulo di rimedi, dichiarando che, tra i due orientamenti enunciati dalla giurisprudenza, si deve continuare a seguire quello più rigoroso e tradizionale. La scelta lascia perplessi, le ragioni a favore di una rilettura dell'art. 2042 c.c. in chiave meno rigorosa erano molte. Tralasciando l'argomento comparatistico, che tuttavia ci consente di rilevare come solo in Italia e in Francia l'arricchimento senza causa sia un rimedio mutilato e residuale (L. Smith, *Property, subsidiarity and unjust enrichment*, in *Unjustified Enrichment. Key Issues in Comparative Perspective*, in D. Johnston e R. Zimmermann, Cambridge, 2002, 588 ss.), mentre il diritto privato europeo registra una tendenza di segno opposto, assegnando all'arricchimento una dignità analoga ai rimedi contrattuali o delittuali (Sirena, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, cit., 81 osserva, con riferimento al cumulo tra arricchimento senza causa e azione di risarcimento del danno che «Se si tiene quindi conto del fatto che la sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza

causa è sì proclamata nella legge francese e in quella italiana, ma si sta progressivamente allentando, si può giungere alla conclusione secondo cui la regola del concorso (alternativo ovvero integrativo) di tale azione con quella di risarcimento del danno fa parte del diritto comune europeo, inteso come un nucleo di principi generali e di regole che è già condiviso dagli Stati Membri della Comunità, indipendentemente dall'attività legislativa di quest'ultima». Vd. anche C. Scognamiglio, *op. cit.*, 749), vi sono altre ragioni che avrebbero potuto essere prese in considerazione dalle Sezioni Unite per riconoscere all'arricchimento una maggiore rilevanza nel sistema.

In prima battuta non si comprende perché, tra due possibili interpretazioni di una norma quale l'art. 2042 c.c., si debba optare per quella più restrittiva, che svuota di significato pratico il principio generale contenuto nell'art. 2041 I c. c.c. Una tale conclusione, come si è già osservato, appare in contrasto con la *voluntas legis* espressa nella già citata Relazione al Re n. 792, nella quale si legge che l'art. 2041 c.c. risponde alla necessità di impedire «spostamenti patrimoniali disgiunti da una causa giustificatrice», assicurando il rispetto del principio etico del *sum cuique tribuere*. Sempre secondo la Relazione, tale principio etico «vieta che si tuteli l'aumento patrimoniale conseguito ingiustamente, per non attribuire ad un soggetto un vantaggio che spetta invece ad altri, e correlativamente per non assoggettare quest'ultimo a un'ingiusta perdita». Con riferimento alla sussidiarietà, la Relazione afferma espressamente che l'azione di arricchimento è «proponibile solo in via sussidiaria, nel caso cioè in cui il danneggiato, esercitando altra azione, non possa conseguire l'indennizzo per il pregiudizio subito (art. 2042 del c.c.). È ovvio infatti, che, là dove si possa eliminare una situazione anormale con l'applicazione di una norma particolare, il ricorso all'azione generale mancherebbe del suo presupposto, ossia del pregiudizio, altrimenti evitabile». Dalla Relazione sembra quindi evidente che la sussidiarietà in concreto sia più conforme all'intenzione del legislatore, rispetto a quella in astratto, posto che soltanto la prima è idonea a impedire di agire in arricchimento solo se l'impovertito abbia effettivamente ottenuto un ristoro attraverso un altro rimedio e non in tutti quei casi in cui, in teoria, con un'altra azione, egli avrebbe potuto ottenere un ristoro che in realtà non ha ricevuto. Una lettura dell'art. 2042 c.c., alla luce dell'art. 12 disp. prel., sembra quindi deporre per la sussidiarietà in concreto, anziché in astratto.

La decisione delle Sezioni Unite di perseverare nel seguire l'orientamento tradizionale (sebbene con qualche temperamento, tanto che BARGELLI, *Chi ha paura dell'ingiustificato arricchimento*, in *Pactum online*, 2024, reperibile all'indirizzo web <https://rivista-pactum.it/chi-ha-paura-dellingiustificato-arricchimento/>) ritiene si possa parlare di una terza via. inaugurata dalle Sezioni Unite, tra sussidiarietà in concreto e in astratto. In realtà sembra che più che decidere di percorrere una terza via, le Sezioni Unite abbiano deciso, in concreto, di non lasciare la vecchia via per la nuova, secondo il quale la sussidiarietà va intesa in astratto, porta a un risultato in contrasto con l'equità e con lo stesso principio generale enunciato dall'art. 2041, I c., c.c. (nel senso che l'art. 2041 c.c. costituisca un principio generale dell'ordinamento cfr. Sirena, *L'azione generale di arricchimento senza causa*, cit., 557.), permettendo a chi si sia arricchito senza giusta causa di consolidare l'arricchimento anziché restituirlo (Sirena, *ivi*, 554, osserva che l'azione generale di

arricchimento senza causa è una manifestazione di giustizia commutativa e costituisce il rimedio a spostamenti ingiustificati di ricchezza tra i patrimoni di due soggetti).

Contro la sussidiarietà in astratto, infine, può essere utilizzato anche un argomento logico-sistematico: l'ordinamento, con l'art. 2041, I c., c.c., introduce un principio generale per cui, nel caso in cui un soggetto si arricchisca ingiustamente a spese di un altro, occorre che l'impovertito venga indennizzato nei limiti dell'arricchimento; il successivo art. 2042 c.c. prevede la sussidiarietà dell'azione. Tra due possibili accezioni della sussidiarietà sembra evidentemente più logico scegliere quella che assicura al principio generale margini di operatività più ampi (argomenti in questo senso in Sirena, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, cit., 78.).

Per tutte queste ragioni la sentenza in commento non convince pienamente e appare auspicabile che, in futuro, la giurisprudenza sappia emanciparsi dalla tradizione più risalente, adeguandosi al diritto privato europeo e riconoscendo che tra chi si è arricchito senza una giusta causa e chi ha subito una perdita patrimoniale è il secondo a meritare la protezione dell'ordinamento. La maggior tutela per l'impovertito e la maggiore equità del sistema non possono che passare per la possibilità di esperire l'azione di arricchimento ogni volta in cui, in concreto, nessun'altra azione consenta di recuperare l'impovertimento.

Secondo l'accezione di sussidiarietà che sembra preferibile, il concorso dell'azione generale di arricchimento senza causa con altri rimedi dovrebbe ritenersi escluso solo quando comporti un doppio risarcimento del medesimo evento e quindi il paradossale arricchimento dell'impovertito. In tutti gli altri casi non vi è ragione perché l'interessato non possa scegliere se esercitare l'azione di arricchimento in alternativa a un altro rimedio (concorso alternativo, cfr. Sirena, *op. ult. cit.*, 78) o complementariamente a esso, nel caso in cui il rimedio non consenta l'integrale riparazione del pregiudizio patrimoniale (concorso integrativo, Sirena, *Ibidem*, 78).

Per dimostrare come questa soluzione sia quella più equa e conforme alla razionalità del sistema, si pensi al caso di chi, invocando l'art. 2043 c.c., riesca a ottenere il ristoro del danno subito, ma ciononostante permanga, in capo al danneggiante un arricchimento: non si vede perché, in questo caso, la sussidiarietà prevista dall'art. 2042 c.c. dovrebbe precludere il concorso dei due rimedi, in modo da integrare, attraverso il rimedio generale dell'arricchimento senza causa, il risarcimento ottenuto, sì da consentire di recuperare l'arricchimento lucrato dal danneggiante (in questo senso Sirena, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, cit., 78, il quale osserva che «Un'indicazione sistematica in tal senso può rinvenirsi negli art. 935, comma 1°, 936, comma 3°, 937, comma 3°, 939, comma 3°, c.c., secondo cui l'acquisto a titolo originario della proprietà a seguito di accessione ovvero unione e commistione obbliga il soggetto responsabile non soltanto a restituire il valore oggettivo dei materiali impiegati, conformemente alla disciplina dell'azione generale di arricchimento senza causa, ma anche a risarcire il danno cagionato al loro precedente proprietario. Un'ulteriore indicazione sistematica in tal senso può rinvenirsi nell'art. 1591 c.c., il quale obbliga il conduttore in mora nella restituzione della cosa a dare al locatore il corrispettivo convenuto fino alla riconsegna, fermo restando l'obbligo di risarcire il maggior danno»). Un simile concorso tra azione di

arricchimento e azione da fatto illecito consentirebbe di disincentivare la commissione di illeciti, posto che il danneggiante non potrebbe conservare, una volta risarcito il danno, l'ulteriore arricchimento.

I tempi per un ripensamento della sussidiarietà sembravano ormai maturi (cfr. P. Gallo, *Verso il superamento della sussidiarietà dell'azione di arricchimento*, cit., *passim*), ma evidentemente si trattava di un eccesso di ottimismo. La strada che si auspicava fosse intrapresa era quella di ricondurre tale connotato dell'azione di arricchimento senza causa entro i confini che il legislatore aveva voluto effettivamente attribuirgli: evitare che mediante l'azione di arricchimento si cerchi di aggirare o frodare la legge e consentire, invece, in tutti gli altri casi, di recuperare gli arricchimenti attraverso il ricorso all'art. 2041 c.c. Dopo la decisione delle Sezioni Unite non resta che confidare nel fatto che il rispetto del principio di equità venga garantito attraverso quel «costante temperamento» della sussidiarietà in astratto al quale, come le stesse Sezioni Unite riconoscono, la giurisprudenza ha già abbondantemente fatto ricorso in passato. Non deve dimenticarsi che, come osservato da attenta dottrina, «l'azione di arricchimento non è un'azione *extra-ordinaria*», che si contrappone 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» (Carusi, *Osservazioni sull'ordinanza interlocutoria*, cit., 934) e ciò porta, inevitabilmente, a consentire di agire in arricchimento tutte le volte in cui, non solo manchi un rimedio, ma anche quando il rimedio eventualmente esperibile non consenta di recuperare l'arricchimento.

5. Indicazioni di lettura

Albanese, *Fatto illecito, fatto ingiusto e restituzione dell'arricchimento in assenza di danno*, in *Res civ.*, 2004, 538 ss.

Albanese, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005

Bargelli, *Chi ha paura dell'ingiustificato arricchimento*, in *Pactum online*, 2024, reperibile all'indirizzo web <https://rivistapactum.it/chi-ha-paura-dellingiustificato-arricchimento/>

Bellisario, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento: considerazioni conclusive*, in *Accademia*, 2023, 961 ss.

Carusi, *Il concorso dei rimedi restitutori con quello risarcitorio*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile*, a cura di Sirena, Milano 2011, 405 ss.

Carusi, *Osservazioni sull'ordinanza interlocutoria Cass., 5222/2023 e sulla sussidiarietà dell'azione di arricchimento*, in *Accademia*, 2023, 935 ss

Carusi, *Proposizione in via subordinata dell'azione di arricchimento, autorità del precedente giudiziale e stile delle sentenze*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, 247 ss.

Carusi, *Una fonte (inesauribile?) di equivoci: la sussidiarietà dell'azione di arricchimento*, in *Giur. it.*, 2014, 1096 ss.

Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, 3^a ed., Milano, 2006, 555 ss.

Dell'Erba, *Il problema dell'azione di arricchimento*, in *Accademia*, 2023, 927 ss.

Fenghi, *Sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. comm.*, 1962, II, 121 ss.

Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in Tratt. Sacco, II ed., Torino, 2008

Gallo, *Arricchimento senza causa*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Aggiornamento 2019*, 13 ss.

Gallo, *In che senso l'azione di arricchimento può essere ancora considerata sussidiaria?*, in *Giur. it.* 2023, 2578 ss.

Gallo, *L'azione di arricchimento può ancora considerarsi sussidiaria?*, in *Accademia*, 2023, 947 ss.

Gallo, *sub art. 2042 c.c.*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da Gabrielli, artt. 2028-2042, *Della gestione d'affari, del pagamento dell'indebitto, dell'arricchimento senza causa*, a cura di Lener, Torino 2015, 356 ss.

Gallo, *sub Artt. 2041- 2042, Arricchimento senza causa*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, dir. da Busnelli, Milano 2003, 88 ss.

Gallo, *Verso il superamento della sussidiarietà dell'azione di arricchimento*, in *NGCC*, 2023, 678 ss.

Gambaro, *Occupazione acquisitiva*, in *Foro it.*, 1993, V, cc. 389 ss.

Gatti, *I confini della sussidiarietà: l'azione fondata su clausola generale rigettata per difetto di prova preclude l'azione di arricchimento?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2023, 771 ss.

Giorgianni Michaela, *L'arricchimento senza causa nel diritto italiano e tedesco: una regola e due sistemi a confronto*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 525 ss.

Magri, *L'art. 2042 c.c. di fronte alle Sezioni Unite: verso un auspicabile superamento della sussidiarietà in astratto*, *Resp. civ. e prev.*, 1178 ss.

Manna, *L'arricchimento ingiustificato all'esame delle sezioni unite*, in *Accademia*, 2023, 941 ss.

Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959

Scalciarini, *Esequie all'art. 2041 c.c.*, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, 689 ss.

Schlesinger, *Arricchimento (azione di) (diritto civile)*, in *Noviss. Digesto it.*, I, 2, Torino, 1958, 1004 ss.

Scognamiglio, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento ingiustificato: attendendo le sezioni unite*; in *Resp. civ. e prev.*, 2023, 742 ss.

Sirena, *L'azione generale di arricchimento senza causa*, in Lipari, Rescigno, *Diritto civile*, vol. III, *Obbligazioni*, I, *Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2009

Sirena, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino 1999, 148 ss.

Sirena, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 65 ss.

Sirena, *La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 379 ss.

Sirena, *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 105 ss.

Sirena – Magri, *sub art. 2042*, in Alpa, Mariconda (a cura di), *Tutela del credito*, Milano, 2021, 1332 ss.

Trabucchi, *Arricchimento senza causa, (azione di) (diritto civile)*, in *Enc. del dir.*, III, Milano, 1959, 66 ss.

Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962

ABSTRACT

Le Sezioni Unite si sono recentemente pronunciate sull'art. 2042 c.c. e sull'esatta accezione di sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa nel nostro ordinamento. Dottrina e giurisprudenza, da tempo, discutevano se tale requisito dell'azione dovesse essere inteso in modo astratto o concreto. Nel primo caso, per poter agire in arricchimento, l'impovertito non può disporre di nessun'altra azione che gli consenta, in astratto, di recuperare l'impovertimento, indipendentemente dal fatto che tale azione sia effettivamente idonea a ottenere il ristoro del danno subito; nella seconda ipotesi, invece, l'arricchimento senza causa è un rimedio restitutorio esperibile tutte le volte in cui, in concreto, non sia possibile ottenere ristoro del danno con un'altra azione.

A differenza di quanto auspicato dalla dottrina e da quanto era legittimo attendersi, almeno secondo la giurisprudenza più recente, le Sezioni Unite hanno confermato l'orientamento tradizionale, secondo il quale la sussidiarietà deve essere intesa in astratto. La decisione suscita qualche perplessità e non sembra essere esente da critiche, in particolare perché, tra due accezioni di sussidiarietà parimenti legittime, predilige quella che rende il rimedio generale marginale, scegliendo di tutelare chi, senza giusta causa, si arricchisce, anziché colui che si impoverisce.

The Joint Sections of the Supreme Court recently ruled on Article 2042 of the Civil Code and the right meaning of subsidiarity of the action of unjust enrichment in Italian law. Both doctrine and jurisprudence have long debated whether this requirement of the action should be understood abstractly or concretely. In the first case, in order to be able to act in enrichment, the impoverished person cannot have any other action that would allow him, abstractly, to recover the impoverishment, regardless of whether such an action is actually suitable to obtain restoration of the damage suffered; in the second case, on the other hand, unjust enrichment is a restitutory remedy that can be exercised whenever, concretely, it is not possible to obtain restoration of the damage by another action.

Contrary to what the scholars had hoped for and what was legitimately to be expected, at least according to the most recent case law, the Joint Sections confirmed the traditional orientation, according to which subsidiarity must be understood in abstract. The decision raises some perplexity and does not seem to be free from criticism, particularly because, between two equally legitimate meanings of subsidiarity, it prefers the one that makes the general remedy marginal, choosing to protect the one who, without just cause, becomes enriched, rather than the one who is impoverished.