

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

**Rivista**  
**di Diritto Bancario**

dottrina  
e giurisprudenza  
commentata

GENNAIO / MARZO

2024

[rivista.dirittobancario.it](http://rivista.dirittobancario.it)

## **DIREZIONE**

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,  
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI  
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,  
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

## **COMITATO DI DIREZIONE**

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,  
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,  
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

## **COMITATO SCIENTIFICO**

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,  
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,  
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE  
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO  
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,  
FRANCESCO TESAURO+

### **COMITATO ESECUTIVO**

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

### **COMITATO EDITORIALE**

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALESSANDRA  
CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, PAOLA DASSISTI, ALBERTO  
GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI  
(SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA  
MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MACER, MASSIMO  
MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO,  
ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA,  
CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

### **COORDINAMENTO EDITORIALE**

UGO MALVAGNA

### **DIRETTORE RESPONSABILE**

FILIPPO SARTORI

## **NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE**

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

**Rivista** | dottrina  
di Diritto Bancario | e giurisprudenza  
commentata

**SEDE DELLA REDAZIONE**

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,  
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836



## Le Sezioni Unite e la sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento

**SOMMARIO:** 1. La massima – 2. La vicenda, l'ordinanza interlocutoria e la sentenza 5 maggio 2023, n. 13203 – 3 Le Sezioni Unite – 4. La sussidiarietà dell'azione di arricchimento in una interpretazione restrittiva con funzione antielusiva – 5. La tassonomia delle situazioni preclusive. Necessità di distinguere tra nullità per contrarietà a norma imperativa e nullità per illiceità – 6. Illiceità del contratto e bilanciamento tra le posizioni rispettivamente di arricchito e di impoverito

### 1. *La massima*

Alla fine degli anni Cinquanta del secolo scorso, Piero Schlesinger rimarcava lucidamente come, in materia di arricchimento ingiustificato, sia probabilmente impossibile raggiungere una formula unitaria che racchiuda tutti i casi di acquisto senza giusta causa, e ne ricavava la conseguenza che in questa materia sarebbe “*preferibile l'illustrazione di una ricca casistica, piuttosto che l'enunciazione di criteri direttivi*”<sup>1</sup>. L'idea è così lungimirante da superare il suo originario ambito – il concetto di giusta causa dello spostamento patrimoniale – per coinvolgere il modo di intendere la sussidiarietà dell'azione di arricchimento (art. 2042 c.c.).

Lo attesta (anche) la decisione delle Sezioni Unite ora in commento, dove viene dapprima enunciato il principio per cui la sussidiarietà dell'azione di arricchimento starebbe a indicare che essa è proponibile nei casi in cui un'altra azione fondata “*sul contratto, su legge ovvero su clausole generali*” sia carente *ab origine* del titolo giustificativo; facendo però seguire, alla enunciazione in positivo di un principio generale, una tassonomia di situazioni impeditive.

La azione di arricchimento è infatti considerata preclusa se la “*domanda alternativa*” sia rigettata per “*prescrizione o decadenza del*

---

<sup>1</sup> P. SCHLESINGER, voce *Arricchimento, azione di (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1958, 1007, con un approccio ispirato da E. von CAEMMERER, *Bereicherung und unerlaubte Handlungen*, in *Festschrift für E. Rabel*, I, Tubinga, 1954, 337, e poi sostanzialmente condiviso da P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, 22 ss.; L. BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964, 105 ss.

*diritto azionato*”; oppure per “*carenza di prova circa l’esistenza del pregiudizio subito*”; o infine per “*nullità del titolo contrattuale, ove la nullità derivi dall’illiceità del contratto per contrasto con norme imperative o con l’ordine pubblico*”.

Ecco quindi che, dal magma di una giurisprudenza non certo ordinata, riappare la ‘ricca casistica’ auspicata da Piero Schlesinger. E da un esame dell’esperienza soprattutto applicativa, questa breve ricerca mira allora a ricucire qualche minimo brandello di un tessuto assai sfilacciato<sup>2</sup>

## *2. La vicenda, l’ordinanza interlocutoria e la sentenza 5 maggio 2023, n. 13203*

Comincio dal caso. L’acquirente di un terreno in origine edificabile, e divenuto agricolo per una sopravvenuta decisione urbanistica, si era accollato un’opera di interrimento di cavi ad alta tensione nella prospettiva, alimentata da alcune assicurazioni provenienti dalla Amministrazione Comunale, di ottenere il ripristino della edificabilità. Il terreno restava però agricolo. Di conseguenza, l’acquirente agiva in giudizio, facendo valere in via principale una responsabilità precontrattuale dell’ente, e in subordine un suo arricchimento ingiustificato.

In primo grado la responsabilità precontrattuale era ritenuta indimostrata, e l’azione di arricchimento accolta. In appello questo secondo capo di sentenza era rovesciato, con una declaratoria di inammissibilità dell’azione di arricchimento per difetto di residualità, stante il fatto che l’azione principale *ex art. 1337 c.c.* era stata disattesa. La questione di come intendere la sussidiarietà della azione generale di arricchimento era riproposta in Cassazione. Approdata in terza sezione, a febbraio del 2023 era rimessa alle Sezioni Unite sulla base di una ordinanza interlocutoria nella quale l’interrogativo viene sollevato nei

---

<sup>2</sup> Viene spontaneo ricordare la sconsolata constatazione della «*farraginosità di massime imprecise, troppo ampie o senz’altro infedeli, di tortuosità del discorso e del pensiero, di confusioni tra ordini di pensiero e di discorso sostanziale e processuale, che col passare dei decenni è diventata stretta pertinenza del “principio di sussidiarietà”*» (D. CARUSI, *Una fonte (inesauribile?) di equivoci: la sussidiarietà dell’azione di arricchimento*, in *Giur. it.*, 2014, 1099, in nota a Cass., 2 agosto 2013, n. 18502).

termini di una spettanza o non spettanza dell'azione di arricchimento quando sia disponibile una diversa azione basata su di una clausola generale<sup>3</sup>.

Mi pare opportuno riassumere il percorso motivazionale dell'ordinanza, per confrontarlo con la successiva decisione delle Sezioni Unite, ma anche con le ragioni spese in un'altra sentenza resa nel frattempo dalla stessa terza sezione.

Proprio dal raffronto emerge infatti la difficoltà di tenere insieme il complessivo apparato motivazionale della giurisprudenza di legittimità.

L'ordinanza interlocutoria imposta la questione come interrogativo sulla ampiezza della residualità dell'art. 2042 c.c. Si chiede allora se vada seguita la tesi secondo la quale l'azione di arricchimento non sarebbe ammessa soltanto quando spetti un'azione fondata su un contratto o sulla legge, oppure se la residualità debba valere rispetto a una qualsiasi diversa azione, anche se fondata su una clausola generale (volendo intendere come tale la regola dell'art. 1337 c.c., o quella dell'art. 2043 c.c.).

La pronuncia sgombra subito il campo da un equivoco. Rifiuta cioè di ragionare in termini di tipicità dell'azione principale, che in ipotesi sarebbe presente nel caso di azione fondata su di un contratto o sulla legge, e assente invece dove l'azione sia fondata su di una clausola generale. L'ordinanza rimarca infatti – e sul punto è del tutto condivisibile – come le azioni, in quanto poteri processuali, non siano tipiche, e come non si debbano confondere tipicità della azione e tipicità della fattispecie (assente dove la norma sia una clausola generale). Cade così l'assioma per cui dove la pretesa sia fondata su clausole generali non ci sarebbe azione (appunto tipica) che possa precludere il rimedio sussidiario<sup>4</sup>.

L'ordinanza interlocutoria ricorda poi le ragioni di carattere sostanziale e processuale che rendono non attuale un problema, talora paventato<sup>5</sup>, di duplicazioni risarcitorie o indennitarie<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Cass., 20 febbraio 2023, n. 5222.

<sup>4</sup> Il precedente rilevante è Cass., 22 marzo 2012, n. 4620.

<sup>5</sup> Proprio questa sarebbe invece la ragione sostanziale dell'art. 2042 c.c. secondo P. SIRENA, *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 116.

<sup>6</sup> Sono ragioni evidenti, che riguardano la delimitazione di risarcimento al pregiudizio effettivo e gli effetti di un giudicato sull'azione risarcitoria.

E ancora, l'ordinanza contesta l'idea secondo la quale, nel caso in cui l'azione dipenda da una clausola generale, per stabilire se sussista un'azione preclusiva sarebbe necessario conoscerne il merito. In realtà, osserva il provvedimento, se l'azione fosse effettivamente preclusiva, è sufficiente che sia esperita o anche solo prospettata, senza bisogno di scendere nel merito della sua fondatezza o no.

Ravvisando allora nella residualità della azione di arricchimento il senso di evitare che, mediante l'azione sussidiaria, si possa aggirare l'esito infausto di una azione principale, la sezione remittente propende per una assimilazione delle azioni fondate su clausole generali con quello delle azioni fondate su contratto o legge, ritenendole tutte preclusive dell'azione sussidiaria. Nel caso concreto, propende quindi per escludere la ammissibilità della azione di arricchimento in quanto la azione principale (volta a far valere una responsabilità precontrattuale) era stata respinta per difetto di prova.

La stessa terza sezione tornava sul tema della sussidiarietà dopo poco più di due mesi, a maggio, pronunciandosi su di un caso in cui l'azione di arricchimento era stata ritenuta esperibile dopo il rigetto nel merito di una domanda fondata su di un titolo contrattuale di cui era stata ravvisata l'inesistenza<sup>7</sup>. Osserva la sezione che, non essendo chiamata di nuovo a decidere su di una questione di azione principale basata su di una clausola generale, non c'era bisogno di attendere le Sezioni Unite.

Non ravvisando nel nuovo caso al suo esame alcuna delle possibili *rationes* della sussidiarietà (evitare duplicazioni di tutela; evitare la elusione del rigetto di una domanda; evitare che la parte che abbia fondato il suo diritto su un contratto nullo per contrarietà a norme imperative od ordine pubblico possa coltivare altrimenti la sua pretesa), in questa decisione la terza sezione si allinea ai precedenti che riconducono alla sentenza che accerti l'inesistenza del titolo contrattuale un duplice effetto: quello negativo di precludere che il diritto possa essere nuovamente fatto valere; e quello positivo di accertare la sussistenza del presupposto della sussidiarietà (l'inesistenza di altro titolo).

Tornerò sulla tassonomia di situazioni impeditive dopo l'esame della pronuncia delle Sezioni Unite.

---

<sup>7</sup> Cass., 5 maggio 2023, n. 13203.

Per il momento, mi limito a segnalare che non tutti i precedenti allineati al principio enunciato in questa decisione hanno la sua stessa portata. Se infatti in alcuni casi i due effetti, negativo e positivo, vengono effettivamente ricondotti a un accertamento passato in giudicato<sup>8</sup>, in altri casi essi appaiono in situazioni nelle quali quell'accertamento era in realtà del tutto assente<sup>9</sup>

### 3. *Le Sezioni Unite*

A fine anno è giunto l'arresto delle Sezioni Unite<sup>10</sup>.

Nella motivazione, dopo qualche notazione storica più che altro di costume, il tema viene presentato nei termini di una alternativa tra la concezione di sussidiarietà in astratto, e quindi di azione generale impedita in ogni caso nel quale l'impovertito disponga di altri rimedi azionabili, e la concezione della sussidiarietà in concreto, per cui l'azione generale sarebbe invece concessa quando rimedi diversi astrattamente disponibili siano per qualsiasi ragione concretamente preclusi.

Ricordato il fondamento equitativo della soluzione raggiunta dalle sezioni unite in tema di arricchimento mediato<sup>11</sup>, le Sezioni Unite segnalano – in modo peraltro non del tutto preciso<sup>12</sup> – una tradizionale

---

<sup>8</sup> Cass., 25 maggio 2011, n. 11489.

<sup>9</sup> Cass, 13 giugno 2018, n. 15496 ritiene rispettato il requisito della sussidiarietà per il fatto che nel corso del procedimento non era stata dimostrata la allegata presenza di un giudicato circa la inesistenza del diritto fatto valere. Al di là dei termini particolari di quella fattispecie, è comunque certa l'assenza del

<sup>10</sup> Cass., sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33954.

<sup>11</sup> Cass., sez. un., 8 ottobre 2008, n. 24772, dove viene riaffermato il doppio requisito della unicità del fatto costitutivo di arricchimento e impoverimento e della sussidiarietà dell'azione, ravvisandovi “*la duplice eccezione*” dell'arricchimento mediato conseguito dalla P.A. (stante la fungibilità degli enti) e dell'arricchimento conseguito dal terzo a titolo gratuito (stante la previsione dell'art. 2038 c.c.), in ragione della “*funzione propriamente equitativa dell'actio de in rem verso*”.

<sup>12</sup> La imprecisione delle autocitazioni sembra essere costante nella materia dell'arricchimento ingiustificato: istruttive le pazienti verifiche di D. 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.

prevalenza dell'orientamento favorevole all'idea della sussidiarietà in astratto<sup>13</sup>.

Alla segnalazione si aggiunge la indicazione di un temperamento della concezione astratta di sussidiarietà (ormai il secondo, dopo quello relativo all'arricchimento mediato), consistente nella ritenuta ammissibilità della azione sussidiaria quando quella principale sia stata disattesa perché a priori insussistente in ragione della irriducibilità della fattispecie concreta alla fattispecie legale (e vengono ricordati i casi di contratto afflitto da nullità formale, o di nullità per difetto di una necessaria delibera autorizzativa)<sup>14</sup>.

E ancora, altro temperamento viene ravvisato nell'orientamento che preclude l'azione sussidiaria nel caso di prescrizione o decadenza intervenuta sulla domanda principale<sup>15</sup>. Dopo questo terzo temperamento, il quarto appare quando si ricorda come, per l'appunto con lo scopo “*di mitigare il rigore della c.d. sussidiarietà in astratto*”, sia maturata l'ulteriore idea che la tutela residuale sia ammissibile anche quando l'azione spettante all'impoverito sia prevista da clausole generali, per cui una preclusione sarebbe operante soltanto in presenza di azioni derivanti da contratto o previste dalla legge in riferimento a una fattispecie determinata<sup>16</sup>.

Passando a illustrare la diversa soluzione che opta per una verifica della sussidiarietà in termini concreti, le Sezioni Unite danno conto delle tesi che ammettono il rimedio residuale ogni volta in cui l'impoverito non disponga di altra utile tutela, a prescindere dalle

---

<sup>13</sup> Vengono invero citati precedenti almeno alcuni dei quali ben difficilmente possono essere considerati espressione di quella concezione di sussidiarietà (solo per esempio Cass., 16 febbraio 2023, n. 4909; Cass., 20 novembre 2018, n. 29988; Cass., 9 aprile 2018, n. 8694): e v. quindi sopra, nota 2. Sulla concezione astratta della sussidiarietà P. SCHLESINGER, voce *Arricchimento*, cit., 1008; A. TRABUCCHI, voce *Arricchimento*; b) *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 74. Più di recente G. FABBRIZZI, *Risarcimento, ingiustificato arricchimento e sussidiarietà*, in *Giur. it.*, 2020, 1893 ss.

<sup>14</sup> Cass., 31 gennaio 2017, n. 2350.

<sup>15</sup> Cass., 29 dicembre 2011, n. 29916; Cass., 27 novembre 2018, n. 30614.

<sup>16</sup> Ancora Cass., 22 marzo 2012, n. 4620 e poi almeno Cass., 27 febbraio 2014, n. 4765; Cass., 22 novembre 2017, n. 27827; Cass., 17 gennaio 2020, n. 843.

ragioni della preclusione e quindi anche in caso di prescrizione o decadenza del diritto<sup>17</sup>.

Il quadro è assai variegato, e rappresentandolo in modo non proprio lineare le Sezioni Unite non facilitano certo se stesse nel loro compito nomofilattico. In verità, una impostazione del discorso in termini di sussidiarietà in astratto e sussidiarietà in concreto costringe all'interno di concettualizzazioni assai poco praticabili. Ammettere che la sussidiarietà in astratto debba subire dei temperamenti, e riconoscere allo stesso tempo che solo alcuni esiti della sussidiarietà in concreto sono inaccettabili, significa in definitiva riconoscere che la sussidiarietà non può essere né astratta né concreta. E allora tanto vale lasciare perdere le due categorie<sup>18</sup>.

Questo comunque è lo stato dell'arte così come ci viene trasmesso dalle Sezioni Unite. E rispetto a esso le Sezioni Unite prendono poi posizione.

La loro idea di partenza è che l'art. 2042 c.c. sia deputato a preservare la certezza del diritto. La sussidiarietà dovrebbe infatti impedire che l'azione di arricchimento sia utilizzata – con fini sostanzialmente elusivi – nel caso in cui la domanda principale non sia stata coltivata o sia andata perduta per colpa del titolare, o comunque per fatto a lui imputabile (come nel caso di prescrizione o decadenza).

Di qui, sul piano processuale, la conseguenza di un possibile concorso integrativo tra azioni, e invece la preclusione a un concorso alternativo o peggio ancora cumulativo. E di qui, sul piano sostanziale, il rifiuto dell'orientamento secondo il quale l'azione di arricchimento sarebbe sempre ammissibile dove sia proponibile una diversa azione fondata su clausola generale.

---

<sup>17</sup> Cfr. P. GALLO, *Arricchimento senza causa. Artt. 2041 – 2042*, ne *Il Codice Civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2003, 90 s.; cfr. anche A. ALBANESE, *L'arricchimento senza causa è, dunque, una clausola generale, autonoma dalla clausola di ingiustizia del danno*, in *Contratto e impresa*, 2009, 827.

<sup>18</sup> Non a caso ignorate dalla ordinanza interlocutoria. Lo scetticismo verso la contrapposizione delle nozioni di sussidiarietà in astratto e in concreto è già in D. CARUSI, *Una fonte (inesauribile?) di equivoci: la sussidiarietà dell'azione di arricchimento*, cit., 1098, nt. 2; C. SCOGNAMIGLIO, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento ingiustificato*, in *Resp. civ. e prev.*, 2023, 750. Cfr. anche U. BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*<sup>2</sup>, nel *Trattato di dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 9, I, Torino, 2005, 1010 ss.

Vengono poi ricordati i temperamenti al principio della sussidiarietà in astratto, e tra questi specificamente la ammissibilità della azione sussidiaria nel caso di inesistenza o nullità del titolo precedentemente azionato, ribadendo peraltro la eccezione (preclusiva dell'azione di arricchimento) del caso in cui la nullità dipenda da illiceità del contratto per contrasto con norme imperative od ordine pubblico. Su questo punto, che segnalo perché ci tornerò, viene quindi ripetuta la posizione assunta dalla terza sezione nella sentenza intermedia poc'anzi ricordata<sup>19</sup>.

Dopo aver rilevato come la soluzione sia coerente alla idea della proponibilità in via subordinata della domanda di arricchimento, stante che nel caso di nullità o inesistenza del titolo a base della domanda principale il concorso tra le domande è solo apparente<sup>20</sup>, la decisione esamina il rapporto tra azione di arricchimento e azioni risarcitorie<sup>21</sup>. Rimarcate le differenze principali tra l'una e le altre<sup>22</sup>, viene ripetuta anche in questo contesto la distinzione tra rigetto della domanda per ragioni relative a carenza della fattispecie (a esempio carenza dell'elemento soggettivo o, nel caso dell'art. 1337 c.c., carenza di violazione della regola di buona fede), che aprono all'azione di arricchimento; e rigetto per prescrizione, decadenza o difetto di prova, che precludono invece l'azione sussidiaria<sup>23</sup>.

Queste dunque le ragioni che portano la Corte a fissare il principio ricordato qui in esordio.

---

<sup>19</sup> Cass., 5 maggio 2023, n. 13203.

<sup>20</sup> Mentre, rimarcano le Sezioni Unite, nel caso di rigetto dell'azione contrattuale per difetto di prova il titolo sarebbe sussistente e la domanda di arricchimento preclusa.

<sup>21</sup> Riecheggiano le riflessioni di A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, *passim*.

<sup>22</sup> Quanto a rilevanza dell'ingiustizia e dell'elemento soggettivo nella azione risarcitoria, e a tutela contro un arricchimento in assenza di danno *ex art. 1223 c.c.* nella azione di arricchimento.

<sup>23</sup> Sopra, nota 17. Lo scrutinio avviene all'interno del giudizio introdotto dall'azione di arricchimento, sia che in esso le domande risarcitoria e di arricchimento siano cumulate, sia che in esso sia proposta la sola domanda di arricchimento, caso in cui il riscontro della ricorrenza del requisito della sussidiarietà (intesa nel senso indicato in testo) rientra nella verifica officiosa del giudice.

#### 4. *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento in una interpretazione restrittiva con funzione antielusiva*

Volendo ora offrire una valutazione dei contenuti della decisione (e dei suoi immediati precedenti), mi sembra che per ragioni di ordine convenga muovere dalla sussidiarietà in generale, per notare come, in linea di massima, il concetto rimandi a un ordine successivo, previsto a esempio in regole che di volta in volta subordinano l'azione sussidiaria a un onere di preventiva escussione<sup>24</sup>, eventualmente attivato in via di eccezione dove sia previsto un beneficio di escussione<sup>25</sup>, o ancora un *beneficium ordinis*<sup>26</sup>. L'azione sussidiaria è quindi un'azione che serve a raggiungere un risultato non ottenuto altrimenti<sup>27</sup>. E se l'azione sussidiaria è l'azione di arricchimento ingiustificato, la sua sussidiarietà ha senso rispetto ad altra ipotetica azione che consenta il medesimo risultato raggiungibile dalla stessa azione di arricchimento.

Occorre quindi partire dal risultato conseguibile dall'azione sussidiaria di arricchimento, per capire se esso possa essere ottenuto con un altro strumento giuridico.

Dove la risposta sia affermativa, la azione di arricchimento è senza dubbio preclusa<sup>28</sup>. E così, per esempio, è preclusa nel caso in cui un evento dannoso provocato da un fatto illecito contrattuale o extracontrattuale abbia determinato al contempo un pregiudizio per il danneggiato e un vantaggio per l'autore del fatto illecito.

Il vero problema nasce ove invece la risposta sia negativa, dove cioè il risultato conseguibile con l'azione di arricchimento non sia altrimenti conseguibile. In questa situazione non è infatti possibile concludere che l'azione è senz'altro ammissibile. Per ammettere l'azione sussidiaria,

---

<sup>24</sup> Artt. 2304, 2315 e 2318, 2461, comma 1°, c.c., per cui l'azione sussidiaria è improcedibile fino all'esito di una preventiva azione esecutiva.

<sup>25</sup> Artt. 1944, comma 2°, 2268, 2868 c.c., per cui l'azione sussidiaria è procedibile, ma suscettibile di essere paralizzata dall'eccezione di preventiva escussione.

<sup>26</sup> Art. 1268, comma 2°, 2356, comma 2°, c.c., per cui l'azione sussidiaria è procedibile purché sia stato assolto l'onere di una prima richiesta di adempimento

<sup>27</sup> Ancora fondamentale sul tema G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà diseguale*, Napoli, 1974, 246 ss.

<sup>28</sup> Lo stesso concetto è talora espresso al contrario, dicendo cioè che l'azione è ammessa dove il titolo azionabile ottenga risultati diversi da quelli raggiungibili con un'azione di arricchimento (P. SIRENA, *La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 390 ss., 400 ss.).

occorre verificare quale sia la ragione per cui il risultato risulta irraggiungibile. È questa è infatti la fondamentale esigenza che si intravede nella complessiva trama della decisione delle Sezioni Unite e dell'intera giurisprudenza a monte. La giurisprudenza vecchia e nuova vuole giustamente evitare che tramite l'azione di arricchimento venga elusa qualche preclusione maturata a carico dell'impoverito<sup>29</sup>, e proprio questa esigenza impone di discernere tra le possibili ragioni della irraggiungibilità.

A prima vista, il compito non appare particolarmente complicato.

Dove la irraggiungibilità sussista a priori, dove cioè mai ci sia stata la possibilità di raggiungere altrimenti il risultato suscettibile di essere ottenuto tramite l'azione di arricchimento, allora non c'è alcuna possibile elusione e l'azione sussidiaria è esperibile. Sono i casi in cui non sussista alcun titolo azionabile (per esempio i casi di nullità formale o di carenza di delibera autorizzativa)<sup>30</sup>.

Dove invece l'irraggiungibilità sia dipesa non già dalla carenza del titolo, ma da un fatto imputabile all'impoverito (prescrizione, decadenza, carenza di prova), allora un'interpretazione antielusiva si impone, e la regola di sussidiarietà va disattivata: sebbene l'azione per farsi indennizzare il pregiudizio sia (divenuta) assente, l'azione generale è preclusa.

Dietro sovrastrutture un po' barocche appare così, molto semplicemente, né più e né meno che una lettura restrittiva dell'art. 2042 c.c. Una lettura restrittiva del concetto di sussidiarietà dettata per di più da ragioni antielusive sicuramente condivisibili.

##### *5. La tassonomia delle situazioni preclusive. Necessità di distinguere tra nullità per contrarietà a norma imperativa e nullità per illiceità*

Su queste basi si può ora cogliere la reale portata delle situazioni preclusive identificate dalle Sezioni Unite, che sono – lo ripeto citando la sentenza – i casi in cui ci sia stato il rigetto di una domanda alternativa per “*prescrizione o decadenza del diritto azionato*” oppure per

---

<sup>29</sup> L'esigenza è percepita diffusamente: solo di recente, P. GALLO, *In che senso l'azione di arricchimento può essere ancora considerata sussidiaria?*, in *Giur. it.*, 2023, 2583.

<sup>30</sup> Ancora P. SIRENA, *La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, cit., 390 ss., 400 ss.

*“carenza di prova circa l’esistenza del pregiudizio subito”*, o infine per *“nullità del titolo contrattuale, ove la nullità derivi dall’illiceità del contratto per contrasto con norme imperative o con l’ordine pubblico”*.

Anche questa tassonomia va infatti letta alla luce delle ragioni che hanno indotto la interpretazione restrittiva dell’art. 2042 c.c. E in questa lettura funzionalmente orientata almeno due considerazioni sorgono spontanee, l’una relativa ai primi due gruppi di casi, l’altra relativa all’ultimo gruppo.

Nel primo senso, mi pare evidente – ma tutto sommato non inutile evidenziare – che prescrizione, decadenza, e mancato assolvimento degli oneri probatori siano ipotesi esemplificative di situazioni nelle quali la carenza di tutela è determinata da un fatto imputabile al soggetto impoverito. Sono ipotesi macroscopiche, non a caso costantemente menzionate nella giurisprudenza e anche nella letteratura, ma nondimeno ipotesi le quali non possono esaurire il novero delle situazioni qualificabili come fatto impeditivo l’azione sussidiaria di arricchimento. A esempio, se il provvedimento autorizzativo dal quale dipende la validità del contratto dovesse dipendere (anche, o solo) da una qualche iniziativa del soggetto privato, l’impoverimento determinato dalla nullità del contratto, a sua volta provocata dalla mancata autorizzazione frutto di una omissione dell’iniziativa privata, dovrebbe precludere al soggetto impoverito la possibilità di ricorrere alla azione sussidiaria.

L’altra considerazione riguarda l’ipotesi – voglio citare letteralmente la decisione – in cui la nullità del titolo *“derivi dall’illiceità del contratto per contrasto con norme imperative o con l’ordine pubblico”*. Qui il discorso deve essere più articolato.

Mi sembra infatti piuttosto evidente una imprecisione delle Sezioni Unite, che ripete la uguale imprecisione della terza sezione<sup>31</sup>. Il passaggio citato non dà infatti conto che la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative altro è dalla nullità del contratto per illiceità<sup>32</sup>. Serve appena ricordare che ai sensi dell’art. 1418, comma 1°, c.c. tutte le violazioni di norma imperativa determinano nullità (salva

---

<sup>31</sup> Cass., 5 maggio 2023, n. 13203: sono i passaggi su cui era stata richiamato l’attenzione sopra, n. 3, annunciandone l’approfondimento.

<sup>32</sup> Per tutti F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, nel *Trattato di dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1988, 231 ss., 244 ss.

diversa previsione di legge)<sup>33</sup>, mentre il ‘contratto illecito’ è invece espressione ellittica che indica la illiceità della causa, dell’oggetto o dei motivi nel caso indicato all’art. 1345 c.c. (così all’art. 1418, comma 2°, c.c.).

In questa parte la massima è dunque in qualche modo inesatta. Lo confermano del resto le sentenze citate dalla Sezioni Unite come espressive della regola da lei enunciata. Dei due precedenti menzionati, l’uno riguarda tutt’altro, e contiene un davvero minimo e del tutto immotivato riferimento *obiter* alla azione di arricchimento, dal quale non si riesce a ricavare alcuna precisa indicazione<sup>34</sup>. L’altra decisione è invece molto più significativa<sup>35</sup>, perché tratta *funditus* della questione ora enunciata. Lo fa però in senso diverso da quanto postulato dalle Sezioni Unite, nel senso di ammettere senz’altro l’azione di arricchimento nel caso del contratto detto illegale, cioè nullo per semplice contrarietà a norma imperativa<sup>36</sup>, e precludere invece l’esercizio dell’azione sussidiaria nel solo caso di illiceità della causa per contrarietà a norme imperative o all’ordine pubblico, “*ai sensi degli artt. 1418, 2^ comma e 1343 c.c.*”.

In questa parte, il principio tralatiziamente ripetuto dalle Sezioni Unite non può allora convincere. La imprecisione che lo vizia va segnalata, data la funzione nomofilattica del precedente, auspicando rispetto a essa che ci sia in un prossimo futuro – quanto meno – una messa a punto, nel senso di una restrizione della sua portata ai casi di illiceità in senso proprio, e viceversa di una apertura alla azione di arricchimento nei casi di inesistenza di azione contrattuale per semplice illegalità del negozio.

---

<sup>33</sup> Norma imperativa è, solo per dire, anche quella che pone una regola di forma *ad substantiam*.

<sup>34</sup> Cass., 11 giugno 2010, n. 14085.

<sup>35</sup> Cass., 18 luglio 2002, 10427.

<sup>36</sup> L’ipotesi discussa era quella di un contratto di agenzia nullo perché concluso con un soggetto non iscritto al ruolo degli agenti, essendo la norma imperativa violata quella *pro tempore* in vigore dell’art. 9, legge 12 marzo 1968, n. 316.

## 6. *Illiceità del contratto e bilanciamento tra le posizioni rispettivamente di arricchito e di impoverito*

Almeno sul piano degli auspici si può persino puntare a qualcosa di più. Anche rispetto alla illiceità del titolo contrattuale sarebbe infatti il caso che il principio fissato dalle Sezioni Unite venga portato a coerenza con il resto dell'impianto motivazionale.

Se infatti è perfettamente comprensibile che si voglia evitare la surrettizia elusione dell'illiceità contrattuale mediante il ricorso alla azione di arricchimento, e non si voglia quindi accordare tutela a interessi disconosciuti dall'ordinamento, altrettanto vero è che gli interessi disconosciuti sono gli interessi contrattualizzati nel negozio illecito. Ma questi interessi contrattualizzati sono ben altro rispetto all'interesse (protetto dall'azione generale di arricchimento) a evitare che uno spostamento patrimoniale ingiustificato crei vantaggi per il soggetto che lo riceve a detrimento di altro soggetto che lo subisce.

Mi pare che una lettura coerente alla complessiva impostazione della decisione delle Sezioni Unite imponga anche in questa situazione un apprezzamento della peculiare posizione reciproca di arricchito e impoverito. In altri termini, non credo che il giudizio sulla disponibilità o no della azione residuale di arricchimento possa essere meccanicamente guidato da indicazioni ricavate dalle sanzioni invalidatorie del contratto. Credo piuttosto che quel giudizio debba essere condotto (parafrasando la terminologia della Cassazione) 'in concreto'<sup>37</sup>, vale a dire che l'indagine dovrebbe essere guidata dalla logica non delle regole e dei rimedi contrattuali, ma di regole che – come anche la azione di arricchimento – siano parimenti dettate per discernere tra casi in cui lo spostamento patrimoniale deve ritenersi definitivo, e casi in cui è invece ammessa una tutela restitutoria o indennitaria.

Non è difficile cogliere l'allusione alla norma dell'art. 2035 c.c., che accorda la *soluti retentio* nel solo caso in cui la prestazione eseguita sia contraria al buon costume, da intendere nella accezione oggi condivisa di una attività esecutiva – assimilabile quindi a uno spostamento patrimoniale – contraria non solo alla morale sessuale o alla decenza,

---

<sup>37</sup> V. anche C. SCOGNAMIGLIO, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento ingiustificato*, cit., 751.

ma anche ai principi e alle esigenze etiche costituenti la morale sociale in un determinato ambiente e in un determinato momento storico<sup>38</sup>.

Mi pare in definitiva plausibile che lo stesso genere di giudizio si possa e debba ripetere anche nell'ambito della tutela indennitaria contro l'arricchimento.

Non voglio certo negare che uno spostamento patrimoniale ingiustificato perché basato su di un contratto illecito possa corrispondere a una attività esecutiva contraria a principi ed esigenze etiche costituenti la morale sociale condivisa. Quando sia così, la *ratio* di una *soluti retentio* si ripresenta e la azione generale di arricchimento dovrebbe ritenersi preclusa in ossequio alla regola di sussidiarietà.

Ma può senz'altro accadere che lo spostamento patrimoniale, in sé e per sé considerato, non riceva affatto quel genere di valutazione. E in questo caso la logica che sta dietro l'art. 2035 c.c. apre la strada a una possibile tutela indennitaria ex artt. 2041 e 2042 c.c. Non che la tutela debba senz'altro essere concessa. Sarei però convinto che, senza automatismi, la interpretazione della regola di sussidiarietà debba anche in questo caso passare per un bilanciamento tra posizione dell'impoverito e posizione dell'arricchito. Occorre infatti evitare che, consentendo all'arricchito di conservare sempre e comunque l'utilità conseguita a detrimento dell'impoverito, un'improcedibilità dell'azione sussidiaria di arricchimento determini – in relazione alle caratteristiche della vicenda concreta – risultati irrazionali, inaccettabili, ingiusti. Non si può in definitiva escludere che in qualche caso, pur essendo il contratto illecito, accordare all'impoverito una misura indennitaria limitata a quanto consentito dall'art. 2041 c.c. possa apparire – in relazione alla rispettiva posizione dei due protagonisti della vicenda concreta – un esito più soddisfacente, equo, e in definitiva anche più coerente alla complessiva logica interpretativa delle Sezioni Unite.

---

<sup>38</sup> Cass., 5 agosto 2020, n. 16706, sulla scia di S. DELLE MONACHE, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria. Per una riflessione sul sistema traslativo dei diritti*, Padova, 1997, *passim* e più in dettaglio ID., *Dell'irripetibilità della prestazione "ob turpem causam" nel sistema del diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 697 ss.