UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto

Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

a.a. 2024/2025

L'art. 2041 c.c. nella prospettiva del processo

Relatrice:

Ch.ma Prof.ssa Federica Godio

Laureando:

Luca Rigato

Matricola n. 1227485

INDICE

Introduzione 5

Capitolo I 7

L'azione generale di arricchimento ex art. 2041 c.c.: premesse sostanziali dello studio 7

1. Premesse storiche: l'istituto dell'arricchimento senza causa in Francia e in Germania 7

2. … e in Italia 9

3. L'arricchimento ingiustificato nell'ambito dei rimedi restitutori ed i suoi possibili modelli ricostruttivi 11

4. La disciplina codicistica dell'arricchimento ingiustificato anche in rapporto alla responsabilità civile 15

5. I presupposti dell'azione generale di arricchimento 21

6. (Segue). Il (dubbio) requisito del pregiudizio patito 25

7. (Segue). La correlazione tra danno e arricchimento 27

8. (Segue). L'assenza di giusta causa 28

9. (Segue). La sussidiarietà 34

9.1 … e le diverse tesi che si sono proposte su tale requisito 37

9.2 L'occasione (perduta) di fare chiarezza su tale presupposto dell'azione di arricchimento 43

10. Il *quantum* dell'obbligazione restitutoria 50

11. L'arricchimento indiretto 59

Capitolo II 64

Arricchimento senza causa e processo: l'instaurazione del giudizio con domanda ex art. 2041 c.c. 64

1. L'instaurazione del giudizio con domanda ex art. 2041 c.c.: gli elementi individuatori della domanda giudiziale, e la loro rilevanza nel processo 64

2. La domanda di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c.: gli elementi individuatori, quelli necessari in vista della sua fondatezza, e la sua formulazione 74

3. La prova della fondatezza della domanda ex art. 2041 c.c. Premessa: onere della prova, sua distribuzione e sua attualizzazione 80

4. Onere della prova e suo assolvimento nell'azione ex art. 2041 c.c. 88

5. L'instaurazione del giudizio con domanda ex art. 2041 c.c. quando vi è un precedente giudicato di rigetto dell'azione causale 95

Capitolo III 106

Arricchimento senza causa e processo: il cumulo (originario o sopravvenuto) tra domanda 'causale' e domanda di indebito arricchimento ex art. 2041 c.c. 106

1. Il fenomeno del cumulo condizionale: premesse introduttive 106

2. L'evento condizionante nel cumulo subordinato di domande 110

3. Le vicende del cumulo condizionale di domande: le modificazioni del tipo di nesso 119

3.1 La possibilità di modificare il nesso condizionale in modo tale che, da un cumulo condizionale, si passi ad un cumulo alternativo di domande e viceversa: indagine sul cumulo alternativo 120

4. (Segue) La possibilità che il nesso condizionale si instauri in corso di causa: la tesi della pluralità dei diritti quale premessa per l'ammissibilità delle cc.dd. domande complanari e relativo sviluppo del fenomeno 126

5. L'azione ex art. 2041 c.c. nel processo in relazione al fenomeno del cumulo di domande 138

Conclusioni 146

BIBLIOGRAFIA 160

RINGRAZIAMENTI 165

Introduzione

Questa tesi si propone di analizzare l'azione generale di arricchimento ex art. 2041 c.c. in una prospettiva che parte dalle premesse sostanziali dell'istituto per poi giungere all'approfondimento delle dinamiche processuali che lo riguardano. La ricerca si struttura in tre capitoli.

Il Capitolo I esamina le premesse storiche e i fondamenti sostanziali dell'azione di arricchimento, con particolare attenzione alla definizione dei requisiti della domanda di arricchimento senza causa di cui all'art. 2041 c.c.

Il Capitolo II si concentra sull'analisi delle dinamiche processuali della domanda di arricchimento ex art. 2041 c.c. In particolare, viene esaminato il modo in cui tale domanda si concretizza nel processo quand'essa venga proposta quale unica domanda e quando, invece, venga presentata in un secondo momento, a seguito di un giudicato di rigetto della domanda causale.

Infine, il Capitolo III approfondisce il fenomeno del cumulo tra la domanda causale e quella di arricchimento, esaminando le modalità con cui tali domande interagiscono e si influenzano reciprocamente nell'ambito del processo, sia quando il cumulo è prospettato dalla parte *ab origine*, sia quand'esso sia introdotto sopravvenutamente.

Il principale motivo che sta alla base della presente ricerca è rappresentato dalla mancanza, in letteratura, di studi che, partendo dall'analisi del diritto sostanziale, giungessero ad analizzare le complesse dinamiche processuali inerenti l'azione di arricchimento ex art. 2041 c.c. Questa tesi si propone, pertanto, di colmare tale lacuna, offrendo una visione che connetta il profilo teorico e sostanziale dell'istituto con le effettive problematiche di applicazione processuale ad esso correlate.

Capitolo I

L'azione generale di arricchimento ex art. 2041 c.c.: premesse sostanziali dello studio

SOMMARIO: 1. Premesse storiche: l'istituto dell'arricchimento senza causa in Francia e in Germania – 2. … e in Italia – 3. L'arricchimento ingiustificato nell'ambito dei rimedi restitutori ed i suoi possibili modelli ricostruttivi – 4. La disciplina codicistica dell'arricchimento ingiustificato anche in rapporto alla responsabilità civile – 5. I presupposti dell'azione generale di arricchimento – 6. (Segue). Il (dubbio) requisito del pregiudizio patito – 7. (Segue). La correlazione tra danno e arricchimento – 8. (Segue). L'assenza di giusta causa – 9. (Segue). La sussidiarietà – 9.1. … e le diverse tesi che si sono proposte su tale requisito – 9.2. L'occasione (perduta) di fare chiarezza su tale presupposto dell'azione di arricchimento – 10. Il *quantum* dell'obbligazione restitutoria – 11. L'arricchimento indiretto.

1. Premesse storiche: l'istituto dell'arricchimento senza causa in Francia e in Germania

Per poter trattare propriamente dell'azione generale di arricchimento e di come, ad oggi, si configura all'interno del nostro ordinamento giuridico è utile una breve disamina storica che evidenzi le origini dell'istituto, e ciò, in particolare, con riferimento a due distinte realtà giuridiche: quella francese e quella tedesca.

Quanto alla situazione in Francia[1], solamente intorno alla fine del XIX secolo la giurisprudenza francese, con due casi, uno del 1889 e l'altro del 1891[2], iniziò a mostrare delle aperture al riconoscimento di un'autonoma azione di arricchimento. Prima di queste due sentenze, infatti, tanto in dottrina[3], quanto in giurisprudenza

[1] V. P. GALLO, *Dell'Arricchimento senza causa*, in *Commentario del codice civile*, E. GABRIELLI (diretto da), *Della gestione di affari, del pagamento dell'indebito, dell'arricchimento senza causa*, *a* cura di R. LENER, *sub* art. 2041, Torino, 2015, p. 217 ss., spec. 228 ss.

[2] V.li citati in I. MARSANO, *Arricchimento senza causa*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2002, p. 537 ss., spec. 537.

[3] Con l'eccezione – riportata da I. MARSANO, *Arricchimento senza causa*, cit., spec. p. 537 – di due autori: Aubry e Rau, ai quali viene riconosciuto il merito di essere i primi ad operare una "distinzione tra azione di arricchimento senza causa, sotto il nome di *actio de in rem verso*, e azione di gestione d'affari altrui, intesa in senso soggettivo, vale a dire con il requisito dell'*animus aliena negotia gerendi*".

c'era una grande confusione relativamente all'azione di arricchimento e, correlativamente, all'azione di gestione di affari altrui. Fu poi nel 1892 che la Cassazione francese, in una decisione conosciuta come a*rrêt Boudier*[4], scisse le due azioni poc'anzi menzionate: quella di arricchimento e quella di gestione. Nello specifico la Corte di Cassazione francese fondò l'obbligo indennitario di cui al caso di specie su di un principio generale di equità[5] naturale per cui chi si arricchisce a danno di altri è tenuto a restituire quanto sottratto ingiustificatamente. La Cassazione francese riconobbe all'attore il diritto di agire nei confronti di un terzo per contenere la perdita patrimoniale causata dall'insolvenza dell'intermediario con il quale si era intrattenuto il rapporto giuridico. Al soggetto impoverito, quindi, venne concessa una vera e propria azione generale di ingiustificato arricchimento[6]. Sarà poi in due decisioni del 1914 e del 1915 che la Cassazione francese definirà in maniera precisa i presupposti di esercizio della "nuova" azione di arricchimento. Nello specifico aggiunse i due requisiti che non erano ancora presenti fino a quel momento: la mancanza di giusta causa e la sussidiarietà dell'azione.

All'esito delle sentenze della Cassazione francese appena menzionate emerse nella sua completezza il c.d. modello francese dell'azione di arricchimento, il quale considerava (e tutt'oggi considera) elementi essenziali della fattispecie la locupletazione, il depauperamento del patrimonio, la correlazione tra arricchimento e pregiudizio, la mancanza di giusta causa e, infine, la sussidiarietà dell'azione.

Il riconoscimento dell'azione generale di arricchimento fu da alcuni accolto quale l'annuncio di un ordine nuovo, finalmente libero dagli eccessi di formalismo e che si potesse dire "giusto", ma da altri venne percepito come un preoccupante

---

[4] "Un commerciante di concimi aveva venduto all'affittuario di un fondo una partita di concime, il quale era stato successivamente utilizzato per concimare il fondo stesso. Poiché l'affittuario era insolvente, ed il rapporto di affitto era nel frattempo altresì giunto a termine, il fornitore dei concimi agì in giudizio nei confronti del proprietario del fondo, il quale aveva sicuramente tratto vantaggio dalla sua concimazione. I giudici della Corte di Cassazione francese ritennero quest'ultimo responsabile nei limiti dell'arricchimento effettivamente conseguito." P. GALLO, *Dell'Arricchimento senza causa*, cit., p. 231.

[5] "L'*arrêt Boudier* aveva insistito sull'equità: parola capace di evocare non solo e non tanto una qualità auspicabilmente propria delle istituzioni vigenti, ma un impulso o un insieme di istanze alternativo, correttivo o eversivo dell'ordinamento in essere." D. CARUSI, *Il principio di restituzione degli arricchimenti ingiustificati e la sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa*, *Rivista di diritto civile*, 2024, p. 410.

[6] F. GIGLIO, *La* actio de in rem verso *nel sistema del codice civile*, *Rivista di diritto civile*, 2000, p. 249.

atteggiamento di "intraprendenza" della magistratura, la quale sembrava dotarsi di un vero e proprio strumento di riforma sociale[7].

La situazione nella Germania ante BGB, in materia di arricchimento ingiustificato, era analoga a quella caratterizzante la Francia del XIX secolo. Difatti, anche dottrina e giurisprudenza tedesche dominanti ovviavano all'inesistenza di un'azione di arricchimento richiamando la *negotiorum gestio utilis* (azione di gestione d'affari intesa in senso oggettivo).

È con il BGB che l'azione di arricchimento, nei §§ 812-822, trova riconoscimento positivo ed una disciplina dettagliata alla base della quale si dà il principio per cui nei confronti di coloro i quali si arricchiscano a spese altrui si costituisce un obbligo di natura restitutoria[8].

In seguito, dottrina e giurisprudenza tentarono di dare concretezza al § 812 BGB sviluppando figure tipiche di arricchimento senza causa[9].

2. … e in Italia

In Italia, nel XIX secolo, non esisteva ancora un'autonoma azione di arricchimento, e il Codice del 1865, ispirato molto fortemente a quello francese, regolava solo la ripetizione dell'indebito e la gestione d'affari altrui. Tuttavia, come avvenne contemporaneamente anche in Francia e Germania, pure in Italia, la mancanza di una specifica azione di arricchimento non precluse alla giurisprudenza di

---

[7] Rievoca tale dibattito, in particolare con riferimento alla situazione italiana A. TRABUCCHI, voce *Arricchimento (Azione di) (Diritto civile)*, in *Enc. del dir.*, III, Milano, 1958, p. 68.

[8] Nello specifico, nel corso del presente studio, si parla e si parlerà di un obbligo (o di un'obbligazione) di natura restitutoria in ragione del fatto che, ai sensi dell'art. 2041 c.c., si deve accordare una preferenza alla restituzione di quanto ha costituito oggetto dell'arricchimento senza causa, dovendosi invece procedere alla corresponsione di un'indennità di natura pecuniaria (in adempimento di un'obbligazione, questa volta, di natura indennitaria), per le sole ipotesi in cui i beni oggetto dell'arricchimento non fossero più disponibili nel patrimonio dell'arricchito.

[9] Come riporta P. GALLO in *Dell'Arricchimento senza causa*, cit., pp. 235-236, quanto all'opera della dottrina tedesca, Schultz, nel 1909, propose l'idea che la fonte dell'obbligo restitutorio fosse da ravvisarsi nella lesione di un diritto, riducendo l'arricchimento ingiustificato quasi a branca della responsabilità civile. Wilburg, nel 1934, e poi Kotter e v. Caemmerer negli anni successivi, vennero ad approfondire la distinzione tra arricchimento derivante da una prestazione dell'impoverito (*Leistungskondiktion*) e arricchimento non derivante da essa, includendo, in quest'ultima categoria, varie figure tipiche: l'arricchimento ottenuto tramite fatto ingiusto (*Eingriffskondiktion*), miglioramento di beni altrui (*Verwendungskondiktion*), ed estinzione di debiti o adempimento di obbligazioni altrui (*Rückgriffskondiktion*).

riconoscere l'obbligo restitutorio, spesso ricorrendo alla gestione d'affari intesa in senso oggettivo, cioè priva dell'intento di gestire affari altrui[10].

Verso la fine del XIX secolo, vi furono dei mutamenti significativi in proposito. In particolare, due sentenze delle Cassazioni torinese e fiorentina riconobbero un'azione generale di arricchimento senza causa, nota come *actio de in rem verso*. Tale cambiamento è, molto probabilmente, stato influenzato dal riconoscimento dell'azione in Francia, e ciò portò la giurisprudenza italiana a scindere l'azione di arricchimento da quella di gestione, che venne così a recuperare un carattere più soggettivo.

In dottrina, il dibattito sull'autonomia o meno della "nuova" azione di arricchimento rispetto all'azione di gestione fu particolarmente vivace già nel XIX secolo e continuò ancor di più nel XX. La maggior parte degli autori accettò, alla fine, l'esistenza di questa nuova azione di matrice giurisprudenziale e successivamente il legislatore ne riconobbe ufficialmente l'autonomia. L'articolo 2041 del codice civile del 1942 rese positivo, infatti, il principio in base al quale chi si arricchisce senza giusta causa a spese di altri deve indennizzare il soggetto impoverito per la diminuzione patrimoniale, nei limiti dell'arricchimento. Inoltre, l'articolo 2042 c.c. dichiara la natura sussidiaria del rimedio di cui all'art. 2041 c.c. Il legislatore del 1942, quindi, si limitò a codificare quali caratteri dell'azione quelli che già erano stati elaborati dalla giurisprudenza franco-italiana, ossia arricchimento, danno, correlazione tra questi due, mancanza di giusta causa e sussidiarietà dell'azione.

La scelta del codice, tuttavia, è stata criticata[11], per la collocazione di questa norma generale e di principio dopo la gestione d'affari e la ripetizione dell'indebito, non potendo l'arricchimento senza causa esser considerato una semplice appendice di gestione d'affari e pagamento dell'indebito ma, al contrario, essendo questi ultimi casi particolari rispetto al principio generale.

---

[10] V. P. GALLO, *Dell'Arricchimento senza causa*, spec. p. 237.

[11] Riporta il dibattito E. MOSCATI, voce *Arricchimento (azione di) nel diritto civile*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, 1987, 450 ss., spec. nt. dalla 8 alla 14. In particolare, l'autore riporta: "Ma la sistemazione della materia non ha incontrato il favore incondizionato degli interpreti. Del resto, già nel corso dei lavori preparatori del codice vigente si era levata più di una voce contro la futura collocazione dell'istituto. […] Si è detto che sarebbe stato preferibile l'ordine inverso non potendo l'arricchimento senza causa essere considerato una mera «appendice» della gestione di affari e del pagamento dell'indebito".

La particolare collocazione sistematica dell'azione di arricchimento trova però spiegazione nell'ottica del legislatore del 1942. Alla base della stessa vi sono infatti motivi legati alla natura sussidiaria dell'azione. La natura sussidiaria dell'azione stabilita all'art. 2042 c.c., infatti, conferisce alla clausola generale dell'arricchimento la funzione di "norma di chiusura dell'ordinamento" per tutti i casi in cui l'arricchimento di taluni a spese di atri non si fosse potuto "risolvere" per il tramite di specifiche disposizione di legge[12].

3. L'arricchimento ingiustificato nell'ambito dei rimedi restitutori ed i suoi possibili modelli ricostruttivi

Nel parlare dell'arricchimento senza causa non è possibile prescindere da un cenno alla teoria generale dei rimedi restitutori[13]. La categoria dei rimedi restitutori è molto vasta e comprende tutta una serie di fattispecie che sono tra loro eterogenee, come le restituzioni derivanti da rapporti contrattuali (es. deposito, comodato, locazione, mutuo) e le figure quasi contrattuali tradizionali, come l'arricchimento ingiustificato, la ripetizione dell'indebito e la gestione d'affari altrui. In questa categoria possono tra l'altro rientrare anche i rimedi recuperatori reali, di cui la rivendica è l'esempio più rappresentativo. L'eterogeneità delle figure accennate pone grandi problemi nell'interprete di delimitazione e di classificazione delle diverse fattispecie anche se, in realtà, la categoria dei rimedi restitutori in "senso stretto" dovrebbe essere limitata ai cc.dd. rimedi quasi contrattuali tradizionali: pagamento dell'indebito, gestione degli affari altrui e, appunto, arricchimento senza causa.

In particolare, prima ancora dei problemi di classificazione e di qualificazione, è necessario porsi un interrogativo sul fatto che la categoria dei rimedi restitutori sia effettivamente omogenea o meno ed in questo senso si deve considerare se i vari rimedi restitutori possano essere ricondotti ad un unico principio ispiratore. L'idea di base che sembra essere posta a presidio della materia è quella della restituzione. In questa branca del diritto civile (il diritto delle obbligazioni), la problematica che

[12] E. MOSCATI, *Arricchimento (azione di) nel diritto civile*, cit., spec. p. 3.
[13] Per questo complessivo inquadramento v. P. GALLO, *Dell'Arricchimento senza causa*, cit., spec. p. 239 ss.

viene a porsi è quella di restituire, di ovviare ai trasferimenti ingiustificati di ricchezza e non tanto risarcire i danni. Le obbligazioni, in casi di questo tenore, derivano, quindi, non da accordi o contratti, né da atti illeciti, distinguendosi così sia dai contratti sia dai delitti. Questa distinzione ha implicazioni pratiche di estremo rilievo: mentre per i delitti si applicano termini di prescrizione brevi (art. 2947 c.c.), per i rimedi restitutori vale la prescrizione decennale ordinaria (art. 2946 c.c.).

A questo punto, però, definire positivamente la categoria dei rimedi restitutori non è semplice perché non è agevole individuare il *proprium* della categoria che la differenzia rispetto alle altre due fonti delle obbligazioni che sono contratti e delitti. Il punto di partenza è che tutte e tre le categorie (contratti, delitti e arricchimenti), rispondono ad un principio di giustizia commutativa (il cui scopo è di dare a ciascuno il suo) e, nel contesto dei rimedi quasi contrattuali, il *proprium* è dato dalla restituzione di quanto si è lucrato senza causa a spese altrui.

A questo punto è opportuno sottolineare che in tutte le situazioni in cui si dovessero porre problemi di arricchimento senza causa o di restituzione, sono coinvolti sempre almeno due soggetti: l'arricchito e l'impoverito. In tali circostanze è necessario anzitutto decidere se ammettere che la restituzione si possa dare in natura o se questa possa darsi anche per equivalente. Nell'ipotesi in cui si dovesse ammettere la possibilità di restituzione del c.d. *tantundem* si possono verificare due situazioni differenti.

Può succedere vi sia una corrispondenza perfetta tra il danno subito dall'impoverito e l'arricchimento goduto dall'arricchito. In casi di questo tipo l'obbligazione restitutoria corrisponde al valore economico del vantaggio conseguito, oltre che alla perdita economica. Esemplificativo è il caso della consegna di un bene in adempimento di un contratto invalido ove, per ristabilire l'equità, è sufficiente stabilire una restituzione proporzionata alla perdita e al vantaggio.

Tuttavia, sono molto più frequenti i casi in cui tale corrispondenza tra arricchimento e perdita economica non c'è perché i valori sono diversi o perché manca in toto uno dei due elementi. Esempi classici sono quello della prestazione di lavoro dalla quale non derivi vantaggio alcuno per il datore di lavoro o l'uso di risorse appartenenti a

un altro soggetto che, tuttavia, non intendeva usarle e che per questo specifico motivo non subisce una perdita economica.

In questi ultimi casi, si apre la questione di "come quantificare l'obbligazione restitutoria". Le possibili soluzioni alternative sono due: o parametrare l'obbligo restitutorio al valore dell'arricchimento conseguito dall'arricchito o parametrarlo all'entità della perdita economica subita dall'impoverito. Vero è poi che, comunque, queste due diverse modalità di quantificazione dell'obbligazione restitutoria possono venire ad operare in maniera congiunta laddove si ritenesse che l'importo dell'obbligazione debba calcolarsi in base al valore minore tra l'arricchimento e la perdita economica, come stabilito dall'art. 2041 c.c.

A livello teorico è infine possibile ipotizzare l'uso congiunto dei due criteri in un modo opposto, sebbene ciò non trovi riscontri concreti in dottrina e giurisprudenza, venendo a commisurare l'obbligazione restitutoria al maggior valore tra l'arricchimento conseguito dall'arricchito e la perdita dell'impoverito.

Da un'analisi anche comparatistica dei rimedi restitutori è possibile constatare l'esistenza di due differenti modelli dell'azione generale di arricchimento che stanno agli antipodi. Da un lato ci sono la Germania e i Paesi di c.d. *common law* e dell'altro lato invece ci sono Francia e Italia[14].

I presupposti dell'azione di arricchimento, nel modello franco-italiano, sono cinque: 1) l'arricchimento, per cui deve essere dimostrato che un soggetto ha ricevuto un beneficio patrimoniale; 2) il danno, per cui l'altro soggetto deve aver subito un pregiudizio patrimoniale; 3) la correlazione tra danno e arricchimento, ossia una connessione causale tra i due elementi; 4) la mancanza di una giustificazione nello spostamento patrimoniale; 5) la mancanza di altri rimedi specifici o c.d. sussidiarietà.

In Germania, invece, manca il requisito della sussidiarietà, e l'esercizio dell'azione richiede la presenza di soli tre presupposti: 1) che una parte si sia arricchita (*Bereicherung*) a spese di un'altra persona (*auf dessen Kosten*); 2) che vi sia un nesso di causalità diretta tra questi due requisiti (*Unmittelbarkeit*); 3) che vi sia assenza di giustificazione legale nell'attribuzione patrimoniale (*ohne rechtlichen Grund*).

[14] Lo evidenzia P. GALLO, *Dell'Arricchimento senza causa*, cit., spec. p. 248 ss.

Anche nel diritto angloamericano il modello risulta simile posto che l'azione richiede che il convenuto si sia arricchito attraverso un beneficio ricevuto (*benefit*); l'arricchimento sia avvenuto a spese del richiedente (*at the plaintiff's expense*); e che sia ingiusto consentire al convenuto di mantenere il beneficio (*unjust enrichment*).

Un elemento comune ai sistemi tedesco e angloamericano è l'inutilità di provare un danno patrimoniale correlato all'arricchimento: è sufficiente che l'arricchimento sia avvenuto in modo ingiusto, ovvero mediante un'ingerenza non consentita in situazioni protette altrui.

Dunque, si delineano due modelli contrapposti di azione di arricchimento. In primo luogo, si ha il modello franco-italiano, in base al quale l'azione è strettamente sussidiaria oltre che subordinata alla prova di una correlazione tra danno e arricchimento. In secondo luogo, c'è il modello tedesco-angloamericano, il quale non richiede il presupposto della sussidiarietà e considera sufficiente che l'arricchimento sia derivato da un'ingerenza senza causa nelle altrui situazioni giuridiche protette, anche senza prova di un danno concreto.

L'impostazione franco-italiana che richiede non solo la prova di un danno, ma anche della correlazione tra questo e l'arricchimento rendono l'azione di arricchimento senza causa quasi una "brutta copia" dell'azione con cui far valere la responsabilità aquiliana e, se a ciò vi si aggiunge la sussidiarietà, allora si tratta di un'azione che dispone di ambito applicativo estremamente limitato[15].

---

[15] Per un parallelo si veda A. ALBANESE, *Fatto illecito, fatto ingiusto e restituzione dell'arricchimento in assenza di danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, p. 538, nel quale si afferma: "il modello che va sempre più imponendosi a livello internazionale è quello dei sistemi di *common law* e della Germania, che a differenza del modello franco-italiano, il quale richiede la contemporanea presenza di cinque requisiti per agire in arricchimento (arricchimento, danno, correlazione tra arricchimento e danno, mancanza di giusta causa, sussidiarietà), non pretende la prova del danno e del nesso di correlazione, né attribuisce carattere sussidiario al rimedio; si fonda, semplicemente, sulla prova dell'arricchimento realizzato in modo ingiusto a spese altrui. La visione panaquiliana tipica del modello franco-italiano ha invece impedito ai rimedi restitutori di espandersi; anzi, ha fatto sì che essi, dispersi tra contratto e illecito, mancassero i maggiori momenti evolutivi e i grandi movimenti del pensiero giuridico dell'ultimo secolo. L'esperienza comparativistica c'insegna che il problema dell'arricchimento senza causa è forse, prima di ogni cosa, un problema di linguaggio: una "mentalità aquiliana" applicata a principi che sfuggono ai canoni dell'illecito, ha condotto alla trasposizione meccanica del concetto di danno ingiusto in luogo del "danno" contemplato all'art. 2041 c.c., del concetto di nesso causale in luogo della "correlativa diminuzione patrimoniale"; al ruolo non semplicemente primario, ma esclusivo, della responsabilità civile, va infine attribuita la tesi in ossequio alla quale dalla natura "sussidiaria" dell'azione (art. 2042 c.c.) non potrebbe che derivare l'esclusione del rimedio restitutorio (sebbene trattasi di concetti autonomi e distinti per i quali non ha senso ricercare un rapporto di centralità-subalternità). Occorre allora guardare con occhi

4. La disciplina codicistica dell'arricchimento ingiustificato anche in rapporto alla responsabilità civile

L'art. 2041 c.c.[16], introduce quello che dovrebbe essere un ampio rimedio, in base al quale chiunque si arricchisca senza giusta causa a danno altrui è tenuto a compensare la parte impoverita nei limiti dell'arricchimento e della collegata diminuzione patrimoniale. Tuttavia, il successivo art. 2042 c.c.[17] stabilisce il carattere sussidiario dell'azione, cioè la possibilità di ricorrere a tale rimedio solo in assenza di altri strumenti giuridici specifici. Tradizionalmente, quindi, si ritiene che i presupposti dell'azione di arricchimento siano, come ricordato, cinque: arricchimento, danno, correlazione tra danno ed arricchimento, assenza di giusta causa e, infine, sussidiarietà dell'azione.

Il legislatore italiano, quindi, non ha sancito un principio generale costituito dal divieto di arricchirsi senza causa come "pietra di volta" del sistema, differenziandosi così dal diritto tedesco, dove tale principio rappresenta un pilastro fondamentale. In Italia, l'azione di arricchimento ha un ruolo che è marginale e residuale, si colloca infatti dopo altri istituti come la ripetizione dell'indebito e la gestione di affari altrui. Questa configurazione ha generato numerose critiche, soprattutto da parte della dottrina tedesca[18], poiché un principio generale dovrebbe precedere, non seguire, le applicazioni particolari[19]. Tuttavia, al di là di tale considerazione resta, nell'ordinamento italiano, lo sfavore di fondo nei confronti di tale azione di ingiustificato arricchimento e che era addirittura pregresso alla codificazione.

---

nuovi alle restituzioni, per evitare i pericoli che derivano dall'abuso, e quindi dall'uso improprio, dei nostri concetti favoriti e usuali, all'interno di un territorio che non è ancora così familiare come quelli del contratto e dell'illecito".

[16] "Chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale.
Qualora l'arricchimento abbia per oggetto una cosa determinata, colui che l'ha ricevuta è tenuto a restituirla in natura, se sussiste al tempo della domanda".

[17] "L'azione di arricchimento non è proponibile quando il danneggiato può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito".

[18] Sul punto si veda per un discorso esaustivo P. RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 1225.

[19] G. ANDREOLI, *Osservazioni e proposte sulla seconda edizione del Progetto del libro quarto. Libro delle obbligazioni,* III (artt. 480-837), Roma, 1941, p. 969.

Alcuni autori italiani, come Rotondi[20], hanno sostenuto che le norme che si vogliono ricondurre al principio per cui è fatto divieto di arricchirsi senza giusta causa non costituiscano un *corpus* unitario e hanno evidenziato l'eccezionalità delle circostanze in cui una persona può essere obbligata al di fuori della propria volontà o colpa[21]. Questa diffidenza nei confronti del rimedio ha poi continuato a suscitare dibattiti anche successivamente alla codificazione data la presenza di altre norme applicabili alla maggior parte delle situazioni astrattamente riconducibili al campo di applicazione dell'articolo 2041 del codice.

Vero è che, quantomeno nei primi tempi immediatamente successivi all'entrata in vigore del codice civile, la giurisprudenza e la pratica giuridica mostrarono un certo interesse per l'azione di arricchimento, soprattutto negli anni '40 e '50[22]. Tuttavia, questo interesse è andato progressivamente attenuandosi a causa di un approccio sempre più restrittivo adottato dalla giurisprudenza, specialmente riguardo alla sussidiarietà dell'azione, e poi nella conferma che a tale approccio ha dato la dottrina successiva.

Relazioni di studiosi come Trabucchi[23], pubblicate verso la fine degli anni '50, hanno contribuito a una lettura rigorosa dell'azione, incentrata su una prova precisa dell'arricchimento, del danno, della loro correlazione e della sussidiarietà, intesa in senso astratto.

Si può così affermare che l'azione di arricchimento ingiustificato nel sistema giuridico italiano mostra un difetto "primo", in quanto è caratterizzata da una configurazione particolarmente limitativa e ciò, unitamente allo sfavore della dottrina e della pratica, ha ridotto in maniera drastica la sua portata applicativa.

È, conseguentemente, difficile ritenere che il divieto generale di arricchimento ingiustificato a spese di altri costituisca, nel nostro ordinamento, un vero e proprio principio forte e operativo. Piuttosto, rischia di rimanere una direttiva di fondo a cui dovrebbe ispirarsi l'intera disciplina dei rimedi restitutori, ma senza

---

[20] M. ROTONDI, *L'azione di arricchimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, I, p. 374.

[21] P. GALLO, *Dell'Arricchimento senza causa*, cit., spec. p. 252.

[22] Di pregio, in questo senso, i contributi di numerosi studiosi quali: P. SCHLESINGER, in voce *«Arricchimento, azione di (diritto civile)»*, in *Novissimo Dig. It.*, I, Torino, 1957, p. 1004 ss.; A. TRABUCCHI, voce «*Arricchimento (Azione di) (Diritto civile)*», cit.., p. 64 ss.; ma ancora sul tema diverse sono state pure le monografie quali quelle di Mori-Checcucci, Sacco, Barbiera e Trimarchi.

[23] A. TRABUCCHI, voce «*Arricchimento (Azione di) (Diritto civile)*», cit.., p. 66.

un'applicazione concreta. In questo contesto la dottrina ha il compito di riempire di contenuto un tale principio, calandolo nella realtà concreta dei singoli casi e precisando la disciplina per ciascuna delle diverse ipotesi di arricchimento senza causa.

Ed appunto nel tentativo di riempire di contenuto il principio per cui deve esser fatto divieto di arricchirsi a spese di altri è significativo il pensiero di Trimarchi[24], secondo il quale l'azione di arricchimento ingiustificato non ha come obiettivo il risarcimento del danno (il quale, in ipotesi potrebbe pure mancare), ma piuttosto ha come scopo quello di garantire un giusto compenso per una prestazione o attività eseguita, nei limiti dell'arricchimento ottenuto dalla controparte. Questo rimedio si differenzia profondamente dall'azione risarcitoria, connessa alle ipotesi di responsabilità civile, perché il suo *focus* non è il danno patrimoniale subito dal soggetto impoverito – che come poc'anzi sottolineato potrebbe anche non sussistere – ma l'esigenza di assicurare una sorta di "scambio equo" laddove non sia possibile una restituzione in natura. In questo senso, l'azione rappresenta un vero e proprio strumento di riequilibrio patrimoniale.

Tuttavia, accogliendo un'interpretazione ampia del concetto di "impoverimento" di cui all'art. 2041 c.c., si può intuire facilmente che vi sono dei potenziali margini di sovrapposizione tra l'azione di arricchimento e la tutela risarcitoria, poiché entrambe mirano, potenzialmente, a "indennizzare" il soggetto danneggiato o impoverito per un "pregiudizio" subito.

La distinzione tra i due rimedi, pertanto, richiede un'attenta analisi non solo degli elementi costitutivi delle rispettive fattispecie, ma anche della diversa natura del pregiudizio che ciascuna azione intende riparare posto che il danno ingiusto lamentato potrebbe essere maggiore, minore o coincidente con l'arricchimento (il quale costituisce il limite della tutela restitutoria).

Una prima, fondamentale differenza tra l'arricchimento ingiustificato e l'illecito civile si riscontra sotto il profilo dell'elemento soggettivo: mentre l'azione di arricchimento prescinde dal dolo o dalla colpa dell'arricchito, tali elementi sono centrali nella configurazione della responsabilità civile posto che ne rappresentano elementi costitutivi.

---

[24] P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, pp. 44-48.

In secondo luogo, l'azione di arricchimento non richiede che vi sia stata una lesione di una situazione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento – come avviene nell'illecito civile ex articolo 2043 c.c., si tratta del requisito dell'ingiustizia – né un inadempimento di un'obbligazione preesistente – che è invece il presupposto della responsabilità contrattuale –. L'ingiustizia del fatto, che caratterizza la responsabilità civile, lascia qui spazio all'ingiustificato arricchimento, il quale è un concetto che si limita a rilevare uno squilibrio patrimoniale privo di una valida causa giuridica.

Infine, le due azioni differiscono per la portata della tutela accordata. La tutela risarcitoria, infatti, ha lo scopo riportare il patrimonio del soggetto danneggiato nella situazione in cui si sarebbe trovato se l'illecito non fosse stato commesso, venendo a comprendere tanto il danno emergente quanto il lucro cessante. L'azione di arricchimento, invece, ha un ambito di applicazione più ridotto in quanto limitato al danno emergente e alla sola misura corrispondente all'arricchimento effettivo dell'altra parte, circoscrivendo la restituzione al minor valore tra l'impoverimento subito e l'arricchimento conseguito[25].

---

[25]Questa differenza è stata chiarita dalla giurisprudenza: le Sezioni Unite, con la sentenza n. 23385 dell'11 settembre 2008, hanno escluso che l'azione di arricchimento possa tenere conto del lucro cessante. In sostanza, il rimedio mira esclusivamente al recupero del valore patrimoniale trasferito, senza ambire a un ristoro integrale come avviene nel caso della responsabilità civile. Nello specifico la sentenza così come massimata afferma: "L'art. 2041 c.c. va interpretato nel senso di escludere dal calcolo dell'indennità richiesta per la "diminuzione patrimoniale" subita dall'esecutore di una prestazione in virtù di un contratto invalido, quanto lo stesso avrebbe percepito a titolo di lucro cessante se il rapporto negoziale fosse stato valido ed efficace. Ne consegue che, nel caso in cui un'impresa abbia effettuato in favore della P.A. prestazioni contrattuali in virtù di un contratto di appalto successivamente annullato in sede giurisdizionale, dal calcolo dell'indennità spettante all'impresa ex art. 2041 c.c. per arricchimento senza causa della P.A., deve essere escluso quanto la stessa avrebbe percepito a titolo di lucro cessante se il rapporto negoziale fosse stato valido ed efficace".

Sul punto è pure interessante quanto affermato da G. FABBRIZZI in *Arricchimento senza causa - Risarcimento, ingiustificato arricchimento e sussidiarietà*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2020, p. 1891 ss.: "il rimedio dell'arricchimento ingiustificato non presuppone una particolare condizione soggettiva in colui che si arricchisce a spese altrui perché anche chi si avvantaggia in buona fede o senza colpa risponderà, nei limiti dell'arricchimento, verso l'impoverito. Resta peraltro fermo che non è solo – e non è tanto – il solo profilo soggettivo a rappresentare un utile criterio discretivo tra i due rimedi. Nel mentre il rimedio dell'arricchimento ingiustificato intende indennizzare colui che si è impoverito della correlativa diminuzione patrimoniale, il rimedio risarcitorio, in un'ottica compensativa, è volto a reagire contro il danno prodotto nella sfera patrimoniale del soggetto onde neutralizzarlo in senso economico, laddove impiegare il concetto di "danno" per il rimedio di cui all'art. 2041 c.c. può essere un criterio fuorviante, perché la reazione apprestata dall'ordinamento è contro l'arricchimento, qualora trovi riscontro nella diminuzione patrimoniale da altri subita. La dicotomia si riflette anche sul calcolo dell'indennizzo di cui all'art. 2041 c.c., dal cui contenuto esula ogni componente riconducibile al lucro cessante ex art. 1223 c.c.".

Il problema della sussidiarietà tra le due azioni in esame (di arricchimento ingiustificato e risarcitoria) non si pone quando dovesse mancare la lesione di un diritto, e quindi il danno ingiusto, ovvero quando, pur dandosi la lesione di un diritto, la stessa non si sia verificata con dolo o colpa da parte dell'autore, il quale è in buona fede[26], o, infine, per quelli che sono i fautori della teoria del profitto creato, quando al cospetto di una lesione del diritto verificatasi con dolo o colpa non consegua un pregiudizio nei termini di cui all'art. 1223 c.c., ma consegua solamente un arricchimento (la lesione si risolve nella creazione di un profitto)[27].

La questione si viene a porre soprattutto nei casi in cui coesistano i presupposti per l'esercizio di entrambe le azioni quale è, per esempio, l'ipotesi di una persona che dovesse occupare l'immobile altrui senza titolo causando danni all'immobile e, al tempo stesso, traendo profitto dal relativo uso. In situazioni di questo genere il punto dirimente è capire se l'azione di arricchimento debba essere esclusa a favore della tutela risarcitoria ex artt. 2043 ss. c.c., oppure se possa essere esercitata in via alternativa o addirittura cumulativa.

Gli scenari che, in questo contesto, possono astrattamente venirsi a porre sono diversi.

La prima soluzione possibile è quella dell'esclusione assoluta dell'azione di arricchimento in presenza dei requisiti della responsabilità civile; la sussistenza di questi ultimi, in altre parole, renderebbe irrilevante la verifica dei presupposti dell'azione di arricchimento. La seconda soluzione, invece, è data dalla possibilità

---

[26] Infatti "chi lede in malafede i diritti altrui sarà tenuto a risarcire l'intero danno; chi viceversa si appropria in buona fede di utilità che competono ad altri sarà unicamente gravato da un obbligo restitutorio nei limiti dell'arricchimento effettivamente conseguito" e quindi "funzione dell'arricchimento senza causa è […] quella di costituire un'integrazione della responsabilità civile, consentendo, nei casi di lesione degli altrui diritti di ottenere ristoro per lo meno nei limiti dell'arricchimento": P. GALLO, *Dell'Arricchimento senza causa*, cit., p. 263.
Sul punto si veda anche L. CAPRIELLO, *L'arricchimento ingiustificato*, Santarcangelo di Romagna, 2018, p. 86: "laddove la lesione dell'altrui diritto costituisca automatica conseguenza della condotta del soggetto arricchito, occorre distinguere a seconda che nella predetta condotta siano ravvisabili il dolo o la colpa dell'arricchito, nel qual caso la sola azione esperibile è quella di cui all'art. 2043 c.c., ovvero che non sia ravvisabile, in qualunque coniugazione, la colpevolezza dell'arricchito (*id est* emerga la sua buona fede), con la conseguente possibilità per il soggetto depauperato di richiedere unicamente l'indennizzo nei limiti dell'arricchimento".

[27] Sottolinea P. GALLO, *Dell'Arricchimento senza causa*, cit., pp. 260-262, che: "in conformità alla teoria del profitto creato per poter agire in arricchimento è pertanto sufficiente la prova che qualcuno si è arricchito a spese di un altro, vale a dire per il tramite di un comportamento lesivo delle altrui situazioni protette"; "vi sono infatti casi nei quali la lesione dell'altrui diritto non comporta danni o trasferimenti di ricchezza; ma si risolve semplicemente nella creazione di un profitto".

di scelta tra i due rimedi che quindi si configurerebbero quali tra loro alternativi. L'impoverito potrebbe optare per l'una o l'altra azione, ottenendo o l'integrale risarcimento del danno con l'azione risarcitoria o la restituzione dell'arricchimento conseguito dalla controparte con l'azione di arricchimento, limitatamente al pregiudizio effettivo subito. Infine, l'ultima soluzione ipotizzabile è quella del cumulo delle due azioni per cui all'esercizio prioritario dell'azione risarcitoria possa aggiungersi l'esercizio cumulativo dell'azione ex art. 2041 nei casi in cui tale azione sia idonea ad assicurare una tutela ulteriore e diversa rispetto alla prima. Ad esempio, il danneggiato potrebbe agire sia per il risarcimento del danno sia per il recupero dell'arricchimento, se quest'ultimo rappresenta una "voce aggiuntiva" non coperta dal risarcimento[28].

È chiaro invece che non vi è alcuna interferenza tra le due azioni quando il danno non corrisponda a un arricchimento patrimoniale della controparte. In casi di questo genere può essere esercitata solamente l'azione risarcitoria, poiché manca uno spostamento patrimoniale. Altro gruppo di ipotesi in cui non si danno interferenze tra le due azioni risarcitoria e restitutoria è rappresentato da tutti i casi in cui l'arricchimento non si accompagni a un impoverimento patrimoniale altrui, mancando così il presupposto per l'azione di arricchimento che è, appunto, uno spostamento patrimoniale.

In conclusione, la sussidiarietà tra l'azione risarcitoria e l'azione di arricchimento senza causa può essere interpretata in modi diversi, a seconda che si valorizzino le aree di interferenza concreta tra i due rimedi o che si sottolineino le differenze nei loro presupposti e contenuti.

Questa distinzione, però, dipende in ultima analisi dalla concezione del requisito di sussidiarietà adottata nel caso specifico (e su questo requisito v. *amplius* par. 9).

---

[28] "La protezione offerta all'impoverito dall'azione aquiliana ha natura differente rispetto a quanto egli chiede, con l'azione di arricchimento, nel caso di illegittima ingerenza nella propria sfera giuridica. Mentre in questo caso egli pretende che gli sia riversato il profitto costruito sullo sfruttamento delle sue ricchezze, agendo con l'azione delittuale domanderebbe la riparazione del danno subito; sicché quest'azione è inidonea a far ottenere all'attore quanto da lui reclamato con *l'actio de in rem* verso: la restituzione del profitto slegata dalla misura del danno". A. ALBANESE, *L'arricchimento senza causa è, dunque, una clausola generale, autonoma dalla clausola di ingiustizia del danno*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 822. In sostanza, secondo l'autore appena citato, l'applicazione del principio di sussidiarietà di cui all'art. 2042 c.c. dovrebbe essere limitata alle ipotesi di arricchimenti dovuti all'iniziativa del soggetto impoverito poiché qualora l'arricchimento sia ingenerato da un fatto ingiusto (dell'arricchito), i due istituti (arricchimento ingiustificato e responsabilità civile) devono considerarsi compatibili.

5. I presupposti dell'azione generale di arricchimento[29]

È fondamentale, a questo punto, guardare nello specifico ai requisiti che il legislatore ha posto quali essenziali ai fini della proposizione dell'azione di arricchimento. Si tratta di quei requisiti che sono: l'arricchimento, il pregiudizio, la correlazione tra arricchimento e pregiudizio, l'assenza di giusta causa e, infine, l'assenza di altri rimendi (c.d. sussidiarietà). Lo scopo di questa disamina è quello di vedere i presupposti che si ricavano dalle due norme del codice con una lettura che, senz'altro, può dirsi "critica".

Il primo requisito dell'azione di arricchimento è l'arricchimento stesso, che si manifesta come un profitto, un lucro o un vantaggio di ordine patrimoniale[30]. Approfondendo il concetto, è possibile individuare diverse forme di arricchimento, le quali consentono di delineare meglio cosa si intende quando, appunto, si parla di arricchimento.

In primo luogo, è possibile parlare di arricchimento c.d. "economico". Si tratta di un ampliamento diretto del patrimonio del soggetto in conseguenza, per esempio, di un fatto lesivo nei confronti di altri quale quello della persona che si appropri di utilità altrui o realizzi un profitto vendendo proprietà di terzi.

In secondo luogo, è ormai pacifico che costituisca arricchimento anche una mancata diminuzione patrimoniale o, in alternativa, il c.d. "risparmio di spesa"[31]. Si pensi

---

[29] Si veda per un raffronto P. GALLO, *Dell'Arricchimento senza causa*, cit., pp. 256-257.

[30] Così afferma A. TRABUCCHI in *voce «Arricchimento (Azione di) (Diritto civile)»*, cit., p. 70: "Arricchimento significa vantaggio di ordine patrimoniale, che si può conseguire – ed è questo il caso – anche con mezzi diversi dall'attribuzione di un diritto".

[31] Osserva A. TRABUCCHI in *voce «Arricchimento (Azione di) (Diritto civile)»*, cit., pp. 70-71: "Contro il riconoscimento anche del risparmio di spesa è stato obiettato che ne risulterebbe una indagine del tutto soggettiva, perché l'arricchimento si determinerebbe in base ad una eventualità che in effetti non si è verificata. Ma l'obiezione è superabile, per il carattere necessariamente subiettivo che sempre distingue l'arricchimento dal fatto obiettivo del trapasso giuridico di un bene che può essere fatto valere di fronte a tutti; nell'arricchimento si valuta sempre soltanto il vantaggio che una persona trae da un fatto o da una serie di fatti a lei favorevoli in pregiudizio di altri. Il vantaggio va necessariamente considerato come qualche cosa che produce l'incremento del patrimonio, astraendo anche dalle forme e dai mezzi con i quali esso immediatamente si manifesta. L'obbligazione che ne nasce non ha per oggetto la precisa somma di denaro o il bene ricevuto in passato, e neppure il valore del bene che ha portato l'incremento; altrimenti, anche per l'applicazione del criterio per cui si considera il solo arricchimento permanente fino alla domanda, si dovrebbe indagare circa la destinazione specifica subita da tutto ciò che è entrato nel patrimonio direttamente dalla situazione iniziale: il che sarebbe manifestamente assurdo".

ad esempio a chi occupa abusivamente un immobile senza che vi sia valido contratto di locazione.

Ma ancora, alcuni autori hanno sostenuto che le forme di arricchimento non si esaurirebbero con l'arricchimento economico e il risparmio di spesa perché la locupletazione si può anche verificare attraverso la conservazione di ricchezze[32]. "Sarebbe questa una terza forma di arricchimento che si risolve nell'impedimento al sorgere di un obbligo o al verificarsi di una perdita, costituendo una sorta di pendant del risparmio di spesa, e per la quale è stata rispolverata l'antica terminologia di arricchimento «negativo». Abbia o no questa terza «forma» di arricchimento un'effettiva autonomia concettuale, va sottolineato che la dottrina più recente appare contraria ad un ricorso incondizionato al criterio del «risparmio di spesa». […] Il criterio del «risparmio di spesa» per la sua colorazione soggettiva […] può risolversi, nelle materie ove manca un'esplicita previsione legislativa di un'indennità nei limiti «della minor somma tra lo speso e il migliorato» (art. 1150 c.c.), nell'imposizione di una responsabilità per arricchimento"[33].

Un ulteriore tema oggetto di dibattito è quello relativo alla possibilità di considerare eventuali arricchimenti non patrimoniali, quasi compiendo un parallelismo con la distinzione tra danni patrimoniali e non patrimoniali (artt. 2043 e 2059 c.c.). Per danno non patrimoniale si intende, un pregiudizio subito dalla persona che non sia suscettibile di immediata valutazione economica; analogamente, un arricchimento non patrimoniale potrebbe consistere in un beneficio non direttamente patrimonialmente valutabile, come, per esempio, la felicità per il ritrovamento di un animale smarrito. È controverso se si possa dire sussistente, in questi casi, un obbligo di compenso a favore del benefattore[34]: anche quella dottrina che lo ammette lo riconduce comunque al concetto di risparmio di spesa.

---

[32] L. BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964, p. 314.

[33] E. MOSCATI, *Arricchimento (azione di) nel diritto civile*, cit., p. 5.

[34] "L'avere accolto nel concetto di arricchimento anche il risparmio di spesa ci permette di chiarire che i vantaggi di ordine non patrimoniale possono essere valutati agli effetti dell'azione generale entro i limiti del risparmio di quella che sarebbe stata la spesa normale per il loro conseguimento; così, ad esempio, per l'istruzione ricevuta ad opera di una persona che si è sacrificata per procurarla senza una giusta causa di obbligazione o di liberalità, non si valuterà la serie dei vantaggi inerenti al risultato conseguito, ma la spesa risparmiata per il vantaggio, sia pure di carattere morale, arrecato". A. TRABUCCHI, *voce «Arricchimento (Azione di) (Diritto civile)»*, cit., p. 71; in senso contrario invece si è osservato che "il contenuto patrimoniale dell'arricchimento, cioè la suscettibilità di valutazione economica del vantaggio in armonia con quanto disposto dall'art. 1174 c.c. per la prestazione del debitore, porta in primo luogo ad escludere dalla tipologia degli arricchimenti i

Un altro punto centrale nella definizione di arricchimento rilevante ex art. 2041 c.c. riguarda la modalità di valutazione dell'arricchimento, il quale può essere esaminato da un punto di vista oggettivo e da un punto di vista soggettivo[35].

Si consideri, ad esempio, il caso di un possessore di buona fede che sostiene delle spese per le riparazioni di un immobile non di proprietà. In una prospettiva oggettiva, il risparmio del proprietario, il quale beneficia delle riparazioni, rappresenta un arricchimento; tuttavia, da una prospettiva soggettiva, potrebbe non esserci alcun vantaggio se il proprietario non avesse avuto intenzione di sostenere quelle spese (ad esempio, perché intendeva demolire la struttura).

Un problema simile si pone in relazione alla gestione d'affari altrui in sede di accertamento dell'utilità effettiva. La soluzione al problema che viene preferita in questa sede è quella di privilegiare un accertamento oggettivo dell'utilità e, di qui, non differenti sono le conclusioni cui si deve addivenire in materia di arricchimento ingiustificato, salva la malafede del soggetto beneficiario. Conseguentemente, di norma l'arricchimento si valuta oggettivamente, salvo fattispecie particolari (ad es., quella considerata dall'art. 2497, 2° comma, c.c., la quale richiede anche una componente soggettiva, ossia la consapevolezza di aver tratto un beneficio).

È, infine, di rilievo sottolineare che i casi di arricchimento possono essere classificati in due gruppi di fattispecie tra loro molto diversi, ciascuno con problematiche interpretative specifiche, a seconda del soggetto dalla cui iniziativa il trasferimento patrimoniale è dipeso.

Il primo gruppo comprende tutti i casi di arricchimento derivante da un'iniziativa dell'arricchito: si tratta dei casi di arricchimento ottenuto tramite un fatto ingiusto[36]. Questi casi si avvicinano moltissimo a quelli della responsabilità civile e gli elementi che consentono di distinguere le due fattispecie sono già stati illustrati al par. 4.

---

vantaggi di natura meramente morale conseguiti dall'*accipiens* […]": E. MOSCATI, *Arricchimento (Azione di) nel diritto civile*, cit., p. 5.

[35] Sul punto si veda P. GALLO, *Dell'Arricchimento senza causa*, cit., pp. 256-257.

[36] Per le varie fattispecie che sono ascrivibili a tale tipologia di arricchimento ingiustificato si veda P. GALLO, *Dell'Arricchimento senza causa*, cit., pp. 273-292, che individua: la consumazione dei beni altrui; gli atti di disposizione dei beni altrui; l'uso dei beni altrui; lo sfruttamento abusivo di diritti immateriali che competono ad altri; lo sfruttamento abusivo di invenzioni non brevettate, di marchi di fatto, di *know how* e di informazioni confidenziali; lo sfruttamento abusivo dell'immagine altrui; l'arricchimento derivante da inadempienze contrattuali.

Il secondo gruppo di fattispecie comprende, invece, i casi di arricchimento derivante dall'iniziativa dell'impoverito[37]. Si tratta di ipotesi in cui è l'impoverito a intraprendere un'azione a beneficio dell'arricchito, senza che quest'ultimo l'avesse richiesta. Si tratta di casi che hanno punti di contatto con i contratti vuoi perché viene svolta a favore dell'arricchito una prestazione di dare o di fare non dovuta; vuoi perché, in base alla teorica dei rapporti di fatto, si dà un'estensione della

[37] Tale categoria di ipotesi è ben più vasta rispetto a quella dell'arricchimento da fatto ingiusto e comprende, al suo interno, tre gruppi di ipotesi principali. In primo luogo, vi sono gli arricchimenti derivanti da comportamenti altrui che non costituiscono una prestazione, in questo senso esempi possono essere le spese o miglioramenti non richiesti dall'arricchito. In seconda analisi, è possibile individuare gli arricchimenti che derivano da prestazioni altrui. Infine, vi sono gli arricchimenti derivanti da comportamenti altruistici posti in essere in situazioni emergenziali.
La prima circostanza che si rende necessaria perché possa ritenersi integrata una responsabilità di carattere restitutorio è data dalla volontà (c.d. *acceptio*) dell'arricchito di accettare i benefici ricevuti e assumersi un obbligo restitutorio. Quanto alle modalità di manifestazione di questa volontà la questione è quella di stabilire se sia richiesta una manifestazione espressa di volontà in tal senso o se, invece, sia da considerarsi sufficiente anche una semplice acquiescenza o un assenso o il banale fatto di non aver rifiutato la prestazione offerta. Tale questione è stata risolta nel senso di ritenere sufficiente una qualsiasi forma di acquiescenza ai fini della costituzione di un'obbligazione di carattere restitutorio. Quanto appena affermato, però, può dirsi vero a condizione che sia possibile presumere, in base alle circostanze del caso di specie, che l'impoverito avesse svolto la prestazione con l'intenzione di ricevere un compenso. Difatti, nell'ipotesi contraria, e quindi nei casi in cui dalle circostanze del caso concreto sia possibile desumere il carattere gratuito della prestazione, non è in alcun modo possibile dar vita ad una responsabilità di natura restitutoria. Ma non solo, è vero anche che la necessità di una qualsivoglia forma di acquiescenza si dà nei soli casi in cui sia impossibile la restituzione in natura della *eadem res* o del *tantundem,* ed in cui, gioco forza, la restituzione determini la devoluzione dell'equivalente pecuniario poiché in questi casi diviene necessario motivare la diversa composizione qualitativa del patrimonio dell'*accipiens*.
La seconda circostanza che assume rilevanza ai fini della rappresentazione di una responsabilità restitutoria (oltre che del conseguente obbligo) è la buona fede dell'impoverito. Se, infatti, l'impoverito ha agito in buona fede, convinto erroneamente di apportare una miglioria ad un bene di proprietà, l'esigenza di tutelare la buona fede e l'affidamento dell'impoverito può prevalere su quella dell'arricchito a non subire l'imposizione di una responsabilità restitutoria. Questa regola è confermata dall'art. 936, comma 4, c.c., che ammette l'esercizio dell'azione di arricchimento se le opere sono state compiute dal terzo in buona fede o se il proprietario ne fosse stato a conoscenza e non avesse presentato alcuna opposizione.
Più di recente, si è discusso in dottrina sulla possibilità di estendere la responsabilità restitutoria anche a casi caratterizzati dalla mancanza di acquiescenza dell'*accipiens* o di buona fede dell'impoverito. Nello specifico, ci si è chiesti se esistano circostanze in cui è possibile configurare un obbligo restitutorio anche senza l'acquiescenza dell'arricchito o la buona fede dell'impoverito. Secondo gli orientamenti più recenti, l'obbligo restitutorio potrebbe sorgere anche in assenza di buona fede o acquiescenza, a condizione che le spese effettuate abbiano costituito un beneficio indubbio. Questo però si verifica solamente quando tali spese siano state necessarie (il proprietario in ogni caso sarebbe stato costretto ad effettuarle), o se si siano date utilità agilmente convertibili in denaro mediante la conclusione di contratti di scambio. Solo in tali casi il riconoscimento di un obbligo restitutorio non determina una modifica sostanziale del patrimonio dell'arricchito.
Infine, i casi concreti in cui è possibile vengano a manifestarsi i c.d. arricchimenti imposti sono quelli in cui il soggetto venga a sostenere delle spese, ad effettuare delle addizioni, ad apportare dei miglioramenti e ad acquistare i frutti; casi ricordati da P. GALLO, in *Dell'Arricchimento senza causa*, cit., pp. 311-320, il quale ricorda che anche i casi di lavoro effettuato *prohibente domino* costituiscono un altro importante campo in cui è possibile venga a manifestarsi un arricchimento imposto.

disciplina di fattispecie contrattuali tipiche a rapporti che hanno una diversa natura; o, infine, vuoi perché per la configurazione di un'obbligazione restitutoria il sistema richiede una qualche forma di acquiescenza dell'impoverito[38].

6. (Segue). Il (dubbio) requisito del pregiudizio patito

Un interesse di minore intensità si può cogliere per i problemi connessi al "danno" di cui all'art. 2041 c.c. e questo lo si deve al fatto che è forte negli interpreti la convinzione che la maggioranza delle considerazioni effettuate e dei criteri sviluppati in relazione all'arricchimento siano pienamente riproponibili anche per il danno[39].

Il requisito del pregiudizio nell'azione di arricchimento senza causa, tuttavia, solleva questioni delicate. Può infatti essere oggetto di discussione il fatto stesso che il pregiudizio sia o meno considerabile quale presupposto dell'azione oltre che la questione di cosa debba intendersi effettivamente per pregiudizio.

Stando alla concezione che trova maggiori consensi, il pregiudizio, in relazione all'azione ex art. 2041 c.c., deve essere inteso in senso restrittivo ed è dato dalla sussistenza di una perdita patrimoniale per la parte lesa corrispondente al profitto altrui[40]. Questa visione sostiene che l'arricchimento di una parte sia la conseguenza di una perdita patrimoniale dell'altra e trova il proprio fondamento nella logica del trasferimento di valore da un soggetto all'altro. Per ciò, senza la prova di una perdita patrimoniale subita dalla parte lesa, di un danno, non si avrebbe il pregiudizio e, quindi, non sussisterebbero i presupposti ai fini del valido esercizio dell'azione ex. art. 2041 c.c.[41]. È di interesse inoltre rilevare che, dalla nozione di danno inteso

---

[38] P. GALLO, *Dell'Arricchimento senza causa*, cit., p. 248.

[39] U. BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, in *Tratt. Rescigno*, vol. IX, Torino, 1984, p. 838; a titolo esemplificativo, invece, si consideri che "sulla falsariga della valutazione di irrilevanza dell'arricchimento meramente morale si è detto che altrettanto irrilevante e, quindi, non indennizzabile è il danno non patrimoniale dell'impoverito" E. MOSCATI, *Arricchimento (Azione di) nel diritto civile*, cit., p. 5.

[40] "Chi agisce con l'azione generale deve dimostrare anzitutto di aver subito una diminuzione patrimoniale corrispondente all'incremento ottenuto senza causa dal soggetto contro il quale l'azione è proposta" A. TRABUCCHI, *voce «Arricchimento (Azione di) (Diritto civile)»*, cit., p. 71.

[41] Infatti "il diritto all'indennizzo non sarà riconosciuto in tre gruppi di ipotesi: se non ci fu un'effettiva diminuzione patrimoniale, se la perdita è giustificata da un'espressa ragione giuridica, se la perdita può essere riparata con altro mezzo giuridico" A. TRABUCCHI, *voce «Arricchimento (Azione di) (Diritto civile)»*, cit., p. 71.

come perdita patrimoniale, altra parte della dottrina[42] ha dedotto la non indennizzabilità del lucro cessante o mancato guadagno (infatti, il ristoro integrale del danno sarebbe previsto solo nei casi di cui al 2043 c.c.).

Secondo una diversa concezione[43], ai fini della proponibilità dell'azione di arricchimento, la prova di un trasferimento di ricchezza non è necessaria perché ciò che è dirimente ai fini della possibilità di agire con l'azione è la realizzazione di un profitto o comunque di un vantaggio mediante la violazione di un altrui diritto (concezione del profitto creato). Questa dottrina, quindi, separa il concetto di pregiudizio dalla nozione di danno patrimoniale e abbraccia una visione più ampia, in cui la violazione del diritto stesso costituisce pregiudizio.

La teoria del profitto creato suggerisce inoltre una distinzione fondamentale tra il comportamento lesivo dell'altrui situazione protetta e le sue conseguenze patrimoniali. Da un lato, vi è il comportamento lesivo, che costituisce la base per l'azione; dall'altro, vi sono le eventuali conseguenze patrimoniali per entrambe le parti. Il danno e l'arricchimento sarebbero quindi esiti normali, ma non essenziali, del comportamento lesivo.

Il fatto che il pregiudizio sia un requisito essenziale dell'atto illecito o se, al contrario, possano aversi casi di comportamenti lesivi di situazioni giuridiche altrui che, pur non causando danni, possono giustificare il ricorso ai rimedi forniti dalla responsabilità civile (sotto forma di risarcimento del danno non patrimoniale o di imposizione di sanzioni pecuniarie civili), è oggetto di discussione in dottrina.

A tutto ciò si collega e consegue la questione (alla quale si darà compiuta risposta nei par. 2 e 4 di cui al cap. II del presente studio) relativa alla necessità o meno, ai fini della esperibilità dell'azione di arricchimento senza causa, della prova oltre che dell'arricchimento, anche della correlativa diminuzione patrimoniale; o se a tal fine

---

[42] "Occorre una perdita; l'art. 2041 parla di una «diminuzione patrimoniale», e per tale valutazione si dovrà tenere conto di tutte le conseguenze della situazione (anche eventualmente attive in detrazione) nei riguardi di chi lamenta l'impoverimento. Perdita e danno sono concetti diversi in quanto il secondo, per consolidata tradizione, comprende tanto la perdita subita quanto il mancato guadagno; quest'ultimo non rientra nel concetto di impoverimento, rispetto al quale non si tratta di ottenere la *restitutio in integrum*, ma soltanto di riparare al più grave squilibrio formatosi senza adeguata giustificazione" A. TRABUCCHI, *voce «Arricchimento (Azione di) (Diritto civile)»*, cit., p. 71.

[43] P. GALLO, *Dell'Arricchimento senza causa*, cit., pp. 258-260.

è sufficiente provare che il profitto è stato realizzato tramite lesione di diritti o di situazioni protette altrui.

7. (Segue). La correlazione tra danno e arricchimento

Dalla lettera del 2041 c.c. si comprende il tipo di rapporto che deve sussistere tra arricchimento e diminuzione patrimoniale, la quale è detta "correlativa". Emerge, quindi, chiaramente dal testo della norma l'esigenza di una correlazione tra i primi due presupposti dell'azione generale di arricchimento.

Inizialmente la dottrina aveva impostato il problema della correlazione in termini di nesso di causalità[44] per cui il danno, inteso come perdita patrimoniale, doveva essere la causa dell'arricchimento e, quindi, l'uno non poteva darsi senza l'altro. Tale concezione, però, non era in grado di dar conto del trattamento degli arricchimenti derivanti da una pluralità di fatti[45] e per questo motivo si preferì, in un secondo momento, sottolineare che arricchimento e danno dovevano tra loro essere correlati, ma nel senso di una derivazione da un unico fatto causativo.

Questo significava che l'azione di arricchimento senza causa fosse esperibile solo quando c'era stato un trasferimento di ricchezza dall'impoverito all'arricchito perché era in casi di questo tipo che poteva darsi l'unicità del fatto causativo e, conseguentemente, un rapporto di causalità diretto tra pregiudizio e arricchimento. Tale posizione aveva portato ad escludere che si potesse concedere la tutela di cui all'art.2041 c.c. non solo nei casi in cui danno e arricchimento fossero conseguenza di fatti diversi e tra loro indipendenti, ma anche nei casi in cui l'arricchimento si fosse verificato in capo ad un soggetto diverso dal destinatario dell'attribuzione patrimoniale (arricchimento conseguito attraverso la mediazione del patrimonio di un terzo c.d. intermediario), e di ciò la dottrina fu critica[46].

---

[44] Per esempio, si parlava di "relazione di causa ad effetto tra il danno […] ed il vantaggio" in F. LEONE, *L'azione di arricchimento in diritto moderno*, Napoli, 1915, p. 186.

[45] G. ANDREOLI, *L'ingiustificato arricchimento*, Milano, 1940, p. 168.

[46] Si veda A. TRABUCCHI, *voce «Arricchimento (Azione di) (Diritto civile)»*, cit., il quale afferma: "Cominciamo con un'ovvia affermazione, dicendo che il rapporto non può essere inteso nel senso che non ci sarebbe l'impoverimento senza il vantaggio di altri, quasi che l'impoverimento debba essere avvenuto in dipendenza del correlativo arricchimento. Il punto di partenza esatto è l'opposto, dovendosi considerare soltanto l'arricchimento che esiste in dipendenza del correlativo impoverimento. In conseguenza, è a favore dell'impoverito la circostanza che la diminuzione da lui subita sia finita a vantaggio di altri. Con questo, non si richiede né l'immediatezza del passaggio del bene dal patrimonio dell'impoverito a quello dell'arricchito (conforme Cass. 17 marzo 1947, n. 391),

Questa visione successivamente entrò in crisi a causa dell'espansione dell'azione di arricchimento in settori in cui la lesione di un diritto altrui non si traduce gioco forza in un danno patrimoniale diretto o in un vero e proprio trasferimento di ricchezza. Infatti, in alcuni casi l'arricchimento può consistere semplicemente nell'uso o nello sfruttamento di un bene o di un diritto altrui[47]. In queste situazioni, non si verifica un trasferimento di ricchezza, ma piuttosto si produce un profitto a vantaggio dell'arricchito.

Conseguenza di questa considerazione è che la teoria del profitto creato ha fortemente messo in discussione la contrapposta e tradizionale teoria del trasferimento patrimoniale. Questa nuova concezione riconosce che, oltre ai casi in cui l'arricchimento dipende da un trasferimento di *assets* patrimoniali, si danno anche situazioni in cui l'arricchimento è semplicemente il risultato del comportamento lesivo.

8. (Segue). L'assenza di giusta causa

Ai sensi dell'art. 2041 c.c. chi si sia arricchito senza giusta causa a spese di altri diviene titolare di un obbligo avente natura restitutoria. Quello dell'assenza di una giusta causa è il profilo forse più rilevante della teoria dell'arricchimento ingiustificato posto che l'impostazione della materia dipende dal contenuto che si vuole attribuire a tale concetto[48]. Ed infatti prescindere completamente da tale

---

né un rapporto di causalità diretta intesa nel senso che debba considerarsi rilevante soltanto l'impoverimento che sia dipeso dal fatto che fu causa immediata dell'arricchimento. Data la natura di rimedio eccezionale e straordinario che si riconosce all'azione generale di arricchimento, si ammette la possibilità di ricercare anche una causalità indiretta, purché tra i due fenomeni sussista la relazione di necessità storica, nel senso che si possa dimostrare che l'uno non si sarebbe verificato senza il manifestarsi dell'altro: basta una concatenazione effettivamente esistente e determinante, pur senza il carattere dell'esclusività. Nell'esempio classico, intorno al quale ha brillantemente dissertato il RICCOBONO, del mutuo assunto per la costituzione di dote o per altra destinazione liberale fatta da chi si mostrerà insolvente, il rapporto di causalità esiste in modo netto, sia pure indirettamente attraverso la figura del mutuatario donante, in quanto si possa dimostrare che l'arricchimento del donatario non si sarebbe manifestato senza il sacrificio del mutuante; pur dovendosi riconoscere che l'impoverimento dipende più direttamente dalla situazione di insolvenza del mutuatario".

[47] "In questo senso è sicuramente significativo l'esempio dello sfruttamento di altrui diritti immateriali, dell'immagine, e così via" P. GALLO, *Dell'Arricchimento senza causa*, cit., p. 262.

[48] "L'art. 2041 […] richiede quale presupposto fondamentale dell'azione che l'arricchimento a danno altrui sia avvenuto «senza una giusta causa». Il problema fondamentale per l'applicazione della norma è proprio qui, per determinare il vero significato di questa mancata giusta causa di arricchimento" A. TRABUCCHI, *voce «Arricchimento (Azione di) (Diritto civile)»*, cit., p. 66; sul fatto che la mancanza di giusta causa costituisca il punto fondamentale dell'istituto si è espresso

presupposto vuol dire legittimare il timore che l'azione di arricchimento costituisca una clausola di sovvertimento dell'ordinamento a cui è possibile ricorrere in maniera indiscriminata, mentre, viceversa, una nozione ampia di giusta causa verrebbe a ridurre ancora di più l'ambito applicativo dell'istituto (che già è connotato dalla sussidiarietà).

Il concetto di "giusta causa" (e, conseguentemente, della correlativa assenza), però, non è stato definito in maniera esplicita dal legislatore, il quale nella Relazione al codice civile affermò che "non è stato e non poteva essere chiarito legislativamente, con una formula generale, il concetto di arricchimento ingiustificato"[49]. In sostanza tale concetto rappresenta una di quelle clausole generali che richiedono un'interpretazione da parte della dottrina e della giurisprudenza quanto alla determinazione del relativo contenuto e tentativi in questo senso non sono mancati nel corso del tempo[50].

---

anche il Consigliere di Cassazione DE STEFANO in occasione di una conferenza tenutasi in data 15/11/2024 presso la facoltà di Giurisprudenza di Trento.

[49] Relazione al Codice. Libro delle obbligazioni, Roma, 1941, n. 262, p. 74.

[50] "Per gli equivoci insiti nella nozione di «giusta causa» la dottrina meno recente, italiana e straniera, si è trovata a dover affrontare innumerevoli difficoltà, accresciute spesso dalle definizioni e dalle distinzioni da essa stessa proposte e rivelatesi alla prova dei fatti formulazioni assai poco felici ed il più delle volte contraddittorie. In tal modo, si è sottolineato, questi tentativi, «pur rappresentando un lodevole sforzo per giungere alla comprensione dell'istituto», non hanno portato sul piano pratico ad alcun risultato apprezzabile, poiché si dimostrano nella migliore delle ipotesi una mera parafrasi del principio che l'arricchimento deve essere senza causa. In particolare, presso di noi, nel tentativo di enucleare un criterio direttivo per stabilire quando un arricchimento dovesse ritenersi «giustificato», si è contrapposto un acquisto «legittimo» ad un acquisto «giusto», precisando che la legittimità è un concetto assoluto, mentre la «giustificazione» dell'acquisto ha valenza relativa, perché è in rapporto al diritto di altri soggetti. A conclusioni non dissimili era giunto chi, nel distinguere tra arricchimento e spostamento patrimoniale, considerava «ingiustificato» l'arricchimento «non voluto nemmeno da quelle norme che lo hanno determinato». Alla vigilia dell'attuale codificazione, infine, era stata proposta una ricostruzione del concetto di «giusta causa» che faceva leva sulla volontà dell'impoverito. Questa concezione, che rappresenta il perfezionamento di una tesi prospettata in Germania all'inizio del secolo e seguita, poi, da alcuni AA. francesi, merita di essere ricordata per gli echi suscitati nella dottrina posteriore al codice: di essa si è riconosciuta l'esattezza in prima approssimazione, ma si è anche detto che alla resa dei conti non vale a ricomporre l'unità del sistema, non riuscendo a spiegare perché la legge neghi l'azione in una serie di ipotesi in cui l'arricchimento non è neanche indirettamente emanazione della volontà dell'impoverito. Malgrado questo imponente sforzo degli interpreti, alla vigilia dell'attuale codificazione il concetto di «giusta causa» dell'arricchimento continuava ad essere anche presso di noi un vero e proprio rompicapo, tanto che il legislatore del 1942 non se l'è sentito di prendere una posizione al riguardo, disattendendo in tal modo i pressanti appelli di una parte della dottrina dell'epoca, affinché fosse la legge stessa a determinare quando un arricchimento si dovesse considerare «ingiustificato». L'affermazione della Relazione al codice che «non è stato e non poteva essere chiarito legislativamente, con una formula generale, il concetto di arricchimento ingiustificato», nonostante le apparenze sembra riecheggiare nello spirito più le conclusioni di chi riteneva che «a nulla approdarono come a nulla potranno mai approdare... le disquisizioni sul concetto di mancanza di causa o di ragione giustificativa dell'arricchimento nel nostro diritto

La sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 33954/2023 (di grande importanza nella riflessione sui rapporti tra azione ex art. 2041 c.c. e processo, come si vedrà) avrebbe, da questo punto di vista, potuto rappresentare un'opportunità privilegiata per definire cosa fosse la giusta causa. Tale opportunità, però, non è stata colta perché, in apertura, le Sezioni Unite hanno affermato che proprio di questo centrale profilo della giusta causa non si sarebbero occupate (il che consente il rilievo critico per cui risulta difficile comprendere quando l'azione è sussidiaria se non si definisce quando manca la giusta causa di attribuzione)[51]. Quando manca, quindi, la giustificazione in un'attribuzione patrimoniale? Non deve essere un'attribuzione ingiusta, ma ingiustificata.

Un problema differente è poi quello di capire se tutte le forme di arricchimento a spese altrui, e che quindi siano derivate dall'appropriazione o dall'utilizzo degli altrui diritti o situazioni protette, debbano essere considerate ingiustificate e, conseguentemente, siano soggette all'obbligo di natura restitutoria[52].

Il dibattito dottrinale ha proposto varie concezioni per determinare quando un arricchimento possa essere considerato ingiustificato e, conseguentemente, soggetto a restituzione.

Un prima possibile soluzione è quella fornita dalla teoria del trasferimento patrimoniale in base alla quale è possibile delineare un obbligo restitutorio propriamente detto nei soli casi in cui vi sia stata l'appropriazione di utilità altrui.

---

positivo», che l'intenzione del legislatore tedesco di demandare all'interprete il compito di definire il senso dell'espressione «*ohne rechtlichen Grund*» (§ 812, 1° co.), che nel sistema del BGB assolve alla medesima funzione di quella nostra «senza una giusta causa». Dopo il codice del 1942 non sono mancati tentativi per attribuire un contenuto concreto alla generica formula legislativa, ma si è trattato di tentativi rimasti praticamente senza eco nel quadro generale. Da alcuni AA., ad es., si è cercato di integrare il criterio della volontà dell'impoverito con il parametro obiettivo dell'«utilità sociale», e si è affermato che un arricchimento è da considerarsi «giustificato» non solo quando fu voluto dall'impoverito, ma anche quando l'attribuzione è ritenuta «socialmente utile». Altri AA., invece, proponendo una rilettura in chiave moderna della contrapposizione stammleriana tra diritto «tecnico» e diritto «giusto», hanno distinto il «*modus adquirendi*» dal «*titulus retinendi*» dell'arricchimento, qualificando «senza giusta causa» l'acquisto privo di un'intrinseca giustificazione della sua conservazione." Così E. MOSCATI, *Arricchimento (Azione di) nel diritto civile*, cit., pp. 9-10.

[51] Nello specifico statuiscono: "L'azione di ingiustificato arricchimento è un rimedio restitutorio mirante a neutralizzare lo squilibrio determinatosi, in conseguenza di diversi atti o fatti giuridici, tra le sfere patrimoniali di due soggetti, nei limiti - per l'appunto - dell'arricchimento che non sia sorretto da una "giusta causa", nozione questa il cui approfondimento esula dal tema specificamente oggetto della presente sentenza."

[52] Si tratta di un problema, questo, che si è dato in particolare in materia di fotografia, in cui non è facile porre una linea di spartiacque tra ingerenze lecite negli altrui diritti e quelle illecite: P. GALLO, *Dell'Arricchimento senza causa*, cit., p. 264.

Quindi sarebbe possibile agire con il rimedio restitutorio, per ottenere quanto di cui si sia stati ingiustificatamente privati, solo quando il comportamento lesivo si sia venuto a tradurre in un trasferimento di ricchezza senza causa di giustificazione. Tale criterio (in base al quale la restituzione può aversi solo nei casi di trasferimento patrimoniale, e quindi di appropriazione) non trova però sempre concreta applicazione e ciò perché vi sono numerosi casi in cui è possibile esperire l'azione generale di arricchimento nonostante uno spostamento patrimoniale non vi sia stato come, per esempio, nei casi di semplice uso del bene altrui e di lesione dei diritti su beni immateriali (per esempio i brevetti).

Una seconda possibile soluzione è invece fornita dalla teoria della lesione del diritto (*Rechtswidrigkeitstheorie*) in base alla quale, per la configurabilità dell'obbligazione restitutoria, sarebbe sufficiente la prova della lesione di un diritto facente capo ad altri soggetti e conseguentemente un arricchimento ingiustificato si configurerebbe anche in assenza di un trasferimento patrimoniale. Questa teoria allarga il campo d'azione dei rimedi restitutori, includendo i casi in cui un soggetto trae profitto dall'uso di un bene o di un diritto altrui senza legittimazione.

Diversa soluzione ancora è quella che è possibile ricavare da una terza concezione, intermedia, per cui per configurare un obbligo di natura restitutoria, vi può essere stata un'appropriazione o uno sfruttamento di utilità economiche altrui, anche senza un vero e proprio trasferimento di beni. Questo perché ogni situazione protetta conferisce al titolare un qualche tipo di esclusiva nel godimento e nello sfruttamento dell'utilità economica del bene[53]. Fondamentale è, quindi, l'analisi comparativa degli gli interessi coinvolti caso per caso per tracciare nel concreto una linea di demarcazione tra le ingerenze legittime e quelle vietate e quindi valutare se si è davanti alle une o alle altre.

In ogni caso "la dottrina più recente mostra di seguire una metodologia tutta diversa. Si è ormai fatta strada la convinzione dell'inutilità di una formula di carattere generale «buona per tutti gli usi», apparendo preferibile precisare il concetto di «giusta causa» in riferimento ai singoli casi di arricchimento"[54]. L'analisi sulla mancanza di una giusta causa deve infatti considerare anche le circostanze concrete

[53] Per queste ricostruzioni v. P. GALLO, *Dell'Arricchimento senza causa*, cit., pp. 265-266.
[54] E. MOSCATI, *Arricchimento (Azione di) nel diritto civile*, cit., p. 10.

che, di per sé, sono idonee ad escludere tale mancanza, evitando così che si verifichi l'ingiustificato arricchimento[55].

In particolare, secondo la dottrina, si dà arricchimento senza causa tutte le volte in cui un soggetto si arricchisce a spese di un altro senza un motivo legittimo, cioè senza corrispettivo o senza intenzione liberale[56].

In questo senso la prima causa giustificativa di un trasferimento di ricchezza e, correlativamente, esclusiva della mancanza di giusta causa è la presenza di un valido contratto che dia ragione del trasferimento di ricchezza. L'autonomia privata, purché esercitata legittimamente, giustifica il trasferimento di ricchezza. Tuttavia, la situazione cambia nell'ipotesi in cui il contratto (ad esecuzione differita, continuata o periodica) diventasse eccessivamente oneroso per una delle parti, nel qual caso si può fare ricorso alla normativa sull'onerosità sopravvenuta, purché dal negozio contrattuale emerga una volontà chiara in tal senso. In assenza di una tale volontà, è possibile ricorrere ai rimedi restitutori.

Oltre al contratto, anche l'intenzione liberale è idonea ad escludere l'obbligo restitutorio. In ambito familiare, la giurisprudenza presume che le prestazioni siano gratuite, in quanto svolte per affetto[57] e quindi, a causa dello spirito liberale di chi agisce, consegue l'inesperibilità del rimedio di natura restitutoria.

---

[55] "La nostra giurisprudenza evita in linea di massima di enunciare principi astratti che non apportano alcun contributo alla chiarificazione dei termini del problema. Infatti, dopo aver affermato la necessità di una giustificazione giuridica tanto dell'arricchimento quanto dell'impoverimento, si è sottolineato che «non è ingiustificato l'arricchimento avvenuto in base ad una specifica disposizione di legge o ad un titolo di natura negoziale». Questa formula […] costituisce un primo punto fermo che è apparso suscettibile di ulteriori sviluppi. Esemplificando, si è ravvisata la «giusta causa» dell'arricchimento e dell'impoverimento nel rapporto sinallagmatico preesistente tra le parti, nel consenso o nel soddisfacimento di un interesse dell'impoverito, nell'autorizzazione amministrativa allo svolgimento dell'attività causa dell'arricchimento e del «danno». Per converso, si è ritenuto «ingiustificato» l'arricchimento conseguente all'esecuzione di un contratto nullo ovvero in caso di attività lavorativa prestata contro la volontà del datore di lavoro. Altre ipotesi di «giusta causa» si ricavano da un giro d'orizzonte comparatistico: così, ad es., la giurisprudenza francese vi aggiunge la tolleranza abituale o la colpa dell'impoverito. Ma per questa strada si era già incamminata da tempo la nostra dottrina dopo aver preso atto che una formula unitaria è praticamente da escludersi, prospettando una serie di soluzioni articolate a seconda che si tratti di arricchimento conseguente a prestazione o ad attività altrui (a), all'uso della cosa altrui (b) ovvero alla consumazione, trasformazione o alienazione della cosa altrui (c). In tal modo, si è arrivati ad escludere l'azione nelle ipotesi di acquisto della proprietà della cosa altrui per occupazione, invenzione o usucapione, nonché in quelle di estinzione di un diritto reale altrui o di un credito per prescrizione." E. MOSCATI, *Arricchimento (Azione di) nel diritto civile*, cit., p. 10.

[56] P. GALLO, *Dell'Arricchimento senza causa*, cit., p. 269 ss.

[57] P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi-contratti. I rimedi restitutori*, in *Trattato di diritto* civile, diretto da Sacco, Torino,1996, § 30.

Anche la legge è un fattore che può giustificare il trasferimento di ricchezza. L'esistenza di una norma specifica che legittima il trasferimento esclude la possibilità di agire in arricchimento, poiché il principio di sussidiarietà impedisce di alterare quanto stabilito dal legislatore. Allo stesso modo, quando si estingua un diritto reale limitato, è escluso l'impoverito possa ricorrere all'azione di arricchimento. Egli, infatti, non può tentare di ottenere il corrispettivo economico del diritto perso a favore del nudo proprietario. Inoltre, nemmeno è consentito usare l'azione di arricchimento per aggirare le regole sul giudicato dal momento che i principi di ordine pubblico sull'interesse alla stabilità delle decisioni giudiziarie (*interest rei publicae ut sit finis litium*) escludono tale possibilità[58].

Un tema dibattuto è quello dell'usucapione, nel senso che la dottrina si è chiesta se l'azione di arricchimento senza causa possa essere proposta nei casi di cui in parola allo scopo di ottenere, quanto meno, la restituzione dell'equivalente monetario nei limiti dell'arricchimento ottenuto dal possessore. Pur potendo l'usucapione derivare dal possesso in mala fede, la soluzione condivisa a livello generale è quella di escludere il ricorso all'azione di arricchimento per ottenere questa sorta di compensazione. Tale soluzione è quella generalmente accettata perché così si eviterebbe di modificare la disciplina positiva dell'istituto. La stessa logica è sottesa nei casi di occupazione (art. 923 c.c.) e invenzione (art. 927 c.c.). La legge, in questi casi, fa prevalere l'interesse di chi occupa, usucapisce o ritrova beni penalizzando l'inerzia o la derelizione ad opera del proprietario[59].

---

[58] P. GALLO, *Dell'Arricchimento senza causa*, cit., 2015, p. 271; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile: le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale,* vol. I, Torino, 2023, p. 125 ss.

[59] "La legge è giusta causa dell'arricchimento in tutti quei casi in cui è essa stessa a produrre l'incremento del patrimonio di un soggetto a carico del patrimonio dell'altro senza prevedere alcun meccanismo di ridistribuzione della ricchezza al fine di riequilibrare le conseguenze economiche dello spostamento patrimoniale: sono i casi, ad esempio, dell'alluvione, dell'usucapione, dell'occupazione, dell'invenzione, ove la legge (diversamente dalle ipotesi, esaminate *supra*, dei miglioramenti ex art. 748 c.c.), non prevede alcun compenso a favore di chi ha perduto il diritto sul bene; si limita a sancire il trasferimento in capo altrui. Permettere in questi casi, all'impoverito, di ottenere l'indennizzo, significherebbe sovrapporre il principio dell'art. 2041 c.c. alla disciplina di quegli istituti, tesa a premiare la solerzia di chi acquista il diritto ed a sanzionare l'inerzia dell'ex titolare." A. ALBANESE, *La collazione per imputazione dei terreni tra sopravvenuta edificabilità e arricchimento senza causa*, *Corriere Giuridico*, 2017, p. 909. Il legislatore ammette in modo specifico si possa agire in arricchimento per ottenere il controvalore pecuniario in casi come l'accessione, qualora i beni non siano separabili (artt. 935-937 c.c.), oltre che nei casi di unione e commistione (art. 923 c.c.), di specificazione (art. 940 c.c.), e di avulsione (art. 944 c.c.). Diversamente, il regime dell'alluvione non riconosce alcun diritto al compenso per l'impoverito. La divergenza di disciplina tra alluvione e avulsione è legata, essenzialmente, alla

Il ricorso all'azione generale di arricchimento è, in ultima analisi, escluso nei casi in cui il profitto e il pregiudizio trovino la loro giustificazione in un atto amministrativo. In tali situazioni, infatti, chi dovesse subite uno svantaggio dal provvedimento non potrebbe agire in arricchimento nei confronti di chi, al contrario, dovesse risultarne avvantaggiato. Naturalmente diversa è la situazione che consegue all'ipotesi in cui un atto amministrativo illegittimo dovesse causare un trasferimento patrimoniale che, per questo, è ingiustificato. In casi di questo tenore, a rigor di logica, una volta rimossa la causa del trasferimento di ricchezza, quindi il provvedimento illegittimo, il trasferimento risulterebbe senza causa e di qui discenderebbe la possibilità di agire con i rimedi restitutori ed eventualmente anche quelli risarcitori[60].

9. (Segue). La sussidiarietà

L'ultimo requisito dell'azione generale di arricchimento, il quale trova un riconoscimento positivo all'interno del codice all'art. 2042, è la sussidiarietà. In base al principio di sussidiarietà tale azione può essere esperita solo quando non sia possibile ricorrere ad altri rimedi giuridici.

Il requisito della sussidiarietà è figlio dalla tradizione francese, dove l'azione di arricchimento senza causa si è da sempre configurata come rimedio sussidiario anche e soprattutto alla luce di una profonda *affectio* al principio *lex specialis derogat generalis* (in base a tale principio non poteva darsi il cumulo o il concorso tra rimedi). L'azione di arricchimento nell'ordinamento francese ha, inoltre, un'origine dottrinale-giurisprudenziale, come già si è avuto modo di approfondire all'inizio di questo testo (v. par. 1), e per più di un secolo è stata un'azione che non trovava riscontri nel diritto positivo fino alla riforma del diritto dei contratti e del regime generale delle obbligazioni, attuata tramite l'ordinanza del 10 febbraio 2016. Questa riforma ha codificato diversi aspetti relativi ai quasi-contratti, inclusa la

tempistica dell'impoverimento: nell'avulsione è immediato, mentre nell'alluvione si verifica gradualmente.

[60] P. GALLO, *Dell'Arricchimento senza causa*, cit., pp. 272-273.

disciplina sull'arricchimento senza causa. L'ordinanza è entrata in vigore in data 1 ottobre 2016 e ha inserito gli articoli da 1303 a 1303-4 nel Codice civile[61].

La stessa situazione si ebbe pure in Italia dove la prima ricezione dell'azione di arricchimento avvenne ad opera della giurisprudenza (vi sono due Cassazioni, la fiorentina e la torinese, che a cavallo tra '800 e '900 introdussero tale rimedio) durante la vigenza del Codice del 1865. Tale azione venne ad essere recepita con la medesima conformazione che aveva in Francia posto che la giurisprudenza negava la possibilità di ricorrere al rimedio qualora fosse stata disponibile, anche solo in astratto, un'altra azione.

A differenza della Francia, però, in Italia tale azione ebbe un riconoscimento positivo già nel corso del XIX secolo. È infatti con il codice del 1942 che l'azione di ingiustificato arricchimento trovò una collocazione formale all'interno dell'ordinamento. Di rilievo è anche la considerazione che, all'atto pratico, il legislatore italiano venne a recepire "in blocco" il modello dell'azione di arricchimento francese in un momento storico in cui erano estremamente fiorenti i rapporti con la dottrina tedesca (anche e soprattutto per le vicende geopolitiche del tempo di Italia e Germania), la quale aveva come parametro di riferimento un modello di azione diverso, il quale, a sua volta, non conosceva il requisito della sussidiarietà.

In particolare, il dibattito attorno all'articolo 2042 del codice civile italiano, avvenuto nei decenni che precedettero la sua introduzione, fu la conseguenza del fatto che plurime erano le sfaccettature di quella che poi era una medesima istanza di tutela e di integrazione coerente e armonica del rimedio nel sistema giuridico già esistente. Non è un caso, infatti, che diverse siano state le interpretazioni su quale

---

[61] Art. 1303: "*En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement.*".
Art 1303-1: "*L'enrichissement est injustifié lorsqu'il ne procède ni de l'accomplissement d'une obligation par l'appauvri ni de son intention libérale.*".
Art 1303-2: "*Il n'y a pas lieu à indemnisation si l'appauvrissement procède d'un acte accompli par l'appauvri en vue d'un profit personnel.*
L'indemnisation peut être modérée par le juge si l'appauvrissement procède d'une faute de l'appauvri.".
Art 1303-3: "*L'appauvri n'a pas d'action sur ce fondement lorsqu'une autre action lui est ouverte ou se heurte à un obstacle de droit, tel que la prescription.*".
Art. 1303-4: "*L'appauvrissement constaté au jour de la dépense, et l'enrichissement tel qu'il subsiste au jour de la demande, sont évalués au jour du jugement. En cas de mauvaise foi de l'enrichi, l'indemnité due est égale à la plus forte de ces deux valeurs.*".

fosse la *ratio* della sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento (e quindi la *ratio* dell'art. 2042 c.c.).

Difatti alcuni sostennero che tale articolo si sarebbe posto a presidio della necessità di garantire che, per mezzo dell'azione di arricchimento, non si verificassero elusioni delle norme sulla prescrizione e sulla decadenza previste in relazione ad altri rimedi processuali (e quindi che la sussidiarietà avesse come obiettivo quello di assicurare la certezza del diritto). Altri videro, invece, in questa clausola che sanciva la sussidiarietà dell'azione, lo strumento per evitare che l'azione ex art. 2041 c.c. potesse essere utilizzata per rimettere in discussione accordi economici già definiti[62]. Anche l'esperienza francese, e in particolare l'*arrêt Boudier* (v. par. 1, in particolare nota 4) influenzò il dibattito italiano, portando l'attenzione sugli arricchimenti trilateri in cui, appunto, l'arricchimento era mediato dall'iniziativa di terzi intermediari. In tali casi si sottolineava la necessità di garantire la responsabilità del beneficiario finale solo in via subordinata, previa verifica dell'insolvibilità del terzo intermediario. A ulteriore complicazione, il Ministro Guardasigilli propose un'altra interpretazione in base alla quale se fossero esistite disposizioni particolari regolanti casi specifici di arricchimento, l'azione generale non avrebbe dovuto essere invocata cumulativamente[63]. Questa posizione mirava soprattutto a evitare sovrapposizioni normative e a preservare la coerenza del sistema.

Se questi sono stati i profili su cui si è discusso in sede di elaborazione del codice in relazione alla sussidiarietà, è vero poi che la questione viene ad essere ulteriormente complicata dalla finalità dell'istituto che, come si legge nella Relazione al Codice civile del 1942, è quella di "ovviare all'indebita locupletazione nei casi in cui non sia possibile impedirla con l'esperimento di azioni particolari,

---

[62] "Per impedire, ad esempio, che il venditore possa cumulare al credito per il prezzo una pretesa per il maggior valore della cosa venduta, o il lavoratore chiedere in aggiunta al salario il plusvalore di cui la controparte si arricchisce." D. CARUSI, *Il principio di restituzione degli arricchimenti ingiustificati e la sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa*, *Rivista di diritto civile*, 2024, p. 413.

[63] Relazione del Guardasigilli al codice civile, n. 792: "Dalla dottrina e dalla giurisprudenza favorevole 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 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".

della stessa o di diversa natura". L'azione di arricchimento ingiustificato di cui all'art. 2041 c.c., in sostanza, vuole essere una norma di chiusura che risponde ad un principio di equità integrativa e che, appunto, ha il fine di neutralizzare gli incrementi economici non sostenuti da cause giustificatrici quando non riconducibili a norme particolari apprestanti una tutela vuoi restitutoria, vuoi risarcitoria.

All'esito di questa breve ricostruzione è facile intuire che le *rationes* poste a fondamento dell'azione di arricchimento senza causa e della sua sussidiarietà erano diverse ed eterogenee tra loro. Tale situazione certo non ha aiutato dottrina e giurisprudenza e si è risolta nella confusione, ancora attuale, che aleggia attorno a tale istituto[64] e si è resa manifesta in quel coacervo di concezioni sul presupposto della sussidiarietà che si sono susseguite nel corso del tempo.

9.1 … e le diverse tesi che si sono proposte su tale requisito

È quindi necessario esaminare le diverse interpretazioni che si sono date del presupposto della sussidiarietà e dalle quali derivano concezioni completamente diverse dell'azione di arricchimento. In particolare, si è parlato di sussidiarietà nelle ipotesi di: (1) concorso dell'azione ex art. 2041 con norme che disegnano ipotesi tipiche di arricchimento senza causa (ad esempio, l'art. 936 c.c. in tema di miglioramenti apportati da terzi alla proprietà altrui). Forse però più che di sussidiarietà in casi di questo tenore dovrebbe parlarsi di rapporto di specialità tra le norme. (2) Concorso con altre forme di tutela, siano esse contrattuali, extracontrattuali o legate ad altri rapporti obbligatori, come la gestione di affari altrui o la ripetizione dell'indebito, che sono in ipotesi coincidenti, negli effetti patrimoniali, con l'azione di arricchimento. Infine, (3) concorso con altri mezzi di tutela esperibili nei confronti del terzo intermediario, che è il soggetto con il quale l'impoverito ha avuto il rapporto giuridico.

[64] "Com'è noto, il significato del "carattere sussidiario" dell'azione di arricchimento è storicamente oggetto di plurime concezioni, a loro volta riflesso della pluralità di *rationes* assegnate alla regola: evitare aggiramenti di altre norme; impedire un'indebita locupletazione dell'impoverito, salvaguardare tanto il principio di economia processuale, quanto, e più di tutto, il principio di certezza del diritto". E. BELLISARIO, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento dopo le Sezioni Unite*, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2024, p. 430.

Secondo l'interpretazione tradizionale, il principio di sussidiarietà deve trovare applicazione in modo estremamente rigoroso: l'azione di arricchimento sarebbe esperibile solo quando non sia possibile rinvenire, appunto, in astratto altri rimedi all'interno del sistema per veder soddisfatto il diritto all'indennizzo del soggetto impoverito. In base a tale interpretazione la semplice configurabilità in astratto di un'altra azione, la quale sia stata senza successo esercitata o, ancora, non esercitata e conseguentemente divenuta improponibile per una qualsiasi ragione, precluderebbe la tutela di cui all'art. 2041 c.c. Non solo, l'azione è preclusa pure quando il rimedio alternativo lo si disponga non nei confronti del beneficiario finale dell'arricchimento, bensì del terzo intermediario con cui l'impoverito ha intrattenuto un rapporto giuridico (e, sempre nell'ambito di questa interpretazione estremamente restrittiva del requisito della sussidiarietà, ciò è vero indipendentemente dal fatto che l'eventuale esperimento della tutela causale non sia venuto a soddisfare le pretese dell'impoverito, perché, per esempio, vi è insolvenza della controparte contrattuale che è il terzo intermediario).

La giurisprudenza di legittimità prevalente ha aderito a tale impostazione fin dagli anni '50 del secolo scorso venendo a precisare che il presupposto della sussidiarietà è rispettato qualora il differente rimedio, di fatto azionato dal soggetto impoverito, sia stato disatteso perché insussistente *ab origine*. Diversa era invece la conclusione cui si doveva giungere per l'ipotesi in cui il rigetto della domanda principale fosse conseguito all'accertamento dell'infondatezza nel merito della tutela richiesta. In altre parole, la proponibilità dell'azione di arricchimento non era esclusa dall'esito negativo dell'altro rimedio disponibile quando il rigetto della domanda avesse trovato ragione nella non riconducibilità della fattispecie concreta a quella legale (in sostanza, quindi, in caso di improponibilità della domanda principale). Per esempio, si è ritenuta ammissibile l'azione di arricchimento in quei casi in cui altra azione fosse del tutto improponibile, come in presenza di un contratto nullo o inefficace[65]. Tuttavia, se la domanda principale fosse stata rigettata nel merito, e

[65] "La proponibilità dell'azione generale d'indebito arricchimento, in relazione al requisito di sussidiarietà di cui all'art. 2042 c.c, non è esclusa dall'esperimento con esito negativo di altra azione tipica, qualora la relativa domanda sia stata respinta sotto il profilo della carenza "*ab origine*" dell'azione stessa, per difetto del titolo posto a suo fondamento. Pertanto, il rigetto della domanda di adempimento contrattuale, non preclude allo stesso attore di esperire l'azione di arricchimento nei

non per mancanza di un valido titolo, ciò avrebbe escluso la possibilità di ricorrere alla tutela residuale.

Di fondamentale importanza nell'ambito della concezione in senso astratto della sussidiarietà è la preclusione alla possibilità di ricorrere all'azione di arricchimento senza causa in ipotesi di prescrizione o decadenza dell'azione principale[66].

È rilevante poi sottolineare che l'interpretazione posta a fondamento della tesi della sussidiarietà in astratto è solo una delle possibili interpretazioni che dell'art. 2042 c.c. e non quella necessitata. La dottrina, infatti, ha osservato che da un'interpretazione troppo restrittiva della norma derivava la sterilità del rimedio, il quale raramente, quando esperito, veniva concesso[67]. In pratica, infatti, l'azione veniva accolta solamente nei casi in cui costituiva l'unico rimedio a disposizione dell'impoverito fin dal fatto costitutivo della perdita economica perché lì dove il soggetto danneggiato avesse avuto a disposizione altre difese, quanto meno per un certo periodo di tempo, allora, di fatto, l'azione di arricchimento non avrebbe potuto essere esercitata posto che il relativo esercizio era da considerarsi escluso non solo durante il periodo di esperibilità dei rimedi alternativi, ma anche quando tali altre difese fossero andate perdute per una qualsiasi ragione.

Per questa sterilità propria dell'azione generale di arricchimento, conseguente all'adesione alla tesi della sussidiarietà in astratto, la dottrina è venuta a ricostruire il presupposto della sussidiarietà in termini nuovi e diversi: quelli della sussidiarietà in concreto.

---

confronti di chi abbia lucrato la prestazione eseguita nonostante l'inoperatività del vincolo contrattuale." Cass. civ., Sez. II, 13/04/1995, n. 4269.

[66] Si veda in questo senso già Cass. civ., Sez I, 21/04/1955, n. 1125; critico rispetto ad una tale concezione della sussidiarietà, come emersa dalla sentenza in parola, fu già Salciarini il quale riteneva che, se una tale impostazione fosse stata adottata, sarebbe conseguita un'inutilità sostanziale del rimedio di cui all'art. 2041 c.c., infatti l'autore appena citato commentava parlando di "esequie" dell'azione di arricchimento come risulta in P. GALLO in *Arricchimento senza causa - La sussidiarietà dell'azione di arricchimento: il punto delle Sezioni unite*, *Giurisprudenza Italiana*, 2024, p. 529 ss.

V., ad es., Cass. civ., Sez. III, Ordinanza, 27/11/2018, n. 30614: "L'azione generale di arricchimento non è proponibile quando il danneggiato avrebbe potuto esercitare un'azione tipica e questa si è prescritta".

[67] Non è un caso, secondo quanto osserva P. GALLO in *Dell'Arricchimento senza causa*, cit., pp. 242-243 e 249-251, che in quegli ordinamenti in cui l'azione di arricchimento non è caratterizzata dal presupposto della sussidiarietà (Germania e Paesi di *common law*) essa assurge ad una vera e propria fonte delle obbligazioni, si pone sullo stesso piano dei contratti e della responsabilità civile e gode di una vitalità pratica che in Italia è quasi sconosciuta.

In tale prospettiva, l'azione di arricchimento sarebbe ammissibile ogniqualvolta l'impoverito non disponga, nel caso specifico, di altro rimedio utile per ottenere l'indennizzo correlato alla perdita subita e ciò indipendentemente dal motivo per cui tale rimedio alternativo non sussiste.

Questa interpretazione più elastica della sussidiarietà consentirebbe di abbracciare nel campo della tutela residuale apprestata dall'art. 2041 c.c. anche le situazioni in cui, ad esempio, si sia data decadenza o prescrizione dell'azione principale per il titolare del diritto. Ma ancora, con l'adozione di una concezione così liberale l'ambito di applicazione del rimedio in esame pure verrebbe ad estendersi anche quando l'azione principale, pur esercitabile, offra una tutela diversa rispetto a quella fornita dall'azione di arricchimento (la quale può essere equivalente, ma allo stesso modo può pure essere diversa e ulteriore rispetto, appunto, a quella apprestata dall'azione causale). Così, da alcuni è stato chiarito che l'azione di arricchimento non ha lo scopo di "resuscitare" diritti prescritti (i quali restano tali), ma di colpire arricchimenti ingiustificati nei limiti del beneficio ottenuto dalla controparte[68]. Allo stesso modo, c'è chi ha osservato che negare l'azione di arricchimento quando quella alternativa è prescritta verrebbe a privare di significato il carattere sussidiario dell'istituto[69].

In particolare, gli autori che sostengono che *ratio* dell'art. 2042 c.c. sia evitare che l'impoverito ottenga più volte e in base a titoli diversi la riparazione dello stesso pregiudizio (situazione che si potrebbe verificare qualora fossero sussistenti tanto i presupposti dell'azione di arricchimento, quanto i presupposti di altri rimedi processuali), sono portati a ritenere che l'azione generale di arricchimento sia preclusa solamente qualora l'impoverito abbia ottenuto la riparazione per il pregiudizio subito tramite l'esercizio di altro rimedio.

La preclusione cadrebbe però solamente sul c.d. concorso cumulativo e non riguarderebbe invece il concorso alternativo o integrativo di tutele. Da ciò si viene a ricavare che l'azione di arricchimento dovrebbe considerarsi preclusa solamente qualora quella alternativa, che frequentemente è quella risarcitoria, fosse stata

---

[68] G. SALCIARINI, *Esequie dell'art. 2041 del codice civile?*, in *Giurisprudenza italiana.*, 1956, I, p. 689 ss.

[69] Se l'azione d'arricchimento è l'unica a difesa dell'impoverito, "allora non si capisce di che cosa sia sussidiaria" D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, II, Torino 1962, p. 809 s.

fondatamente proposta perché nelle ipotesi in cui tale azione alternativa non fosse stata proposta o fosse in tutto o in parte infondata non può sostenersi che l'impoverito possa ottenere l'indennizzo altrimenti. In questi casi l'azione sarebbe ammessa per coprire pregiudizi non integralmente risarciti o per perseguire un arricchimento ulteriore non incluso nella tutela principale.

Un ulteriore scenario si presenta quando il rimedio principale è esperibile nei confronti di soggetti diversi dall'arricchito. Qui, ad accogliere la tesi della sussidiarietà in concreto, potrebbe essere invocata un'applicazione analogica dell'art. 2038 c.c., riconoscendo la legittimità dell'azione di arricchimento nei confronti dell'arricchito pure nei casi in cui il depauperamento e l'arricchimento derivino da una serie di fatti tra loro distinti, quali il ricevimento della *res indebita* e la sua successiva alienazione a terzi a titolo gratuito. In casi di questo tenore il terzo acquista con giusta causa, tuttavia, per il fatto che non sopporta alcun sacrificio economico, l'ordinamento tutela la posizione del *solvens indebiti.*

Le due tesi sulla sussidiarietà che si sono appena illustrate (sussidiarietà in astratto e sussidiarietà in concreto) rappresentano i due punti estremi della riflessione sull'istituto. Nel mezzo, infatti, si possono dare delle concezioni intermedie sulla sussidiarietà per cui l'azione non può in assoluto dirsi preclusa quando siano astrattamente configurabili altri rimedi, né in ogni caso concessa quando concretamente non vi siano altri rimedi utili esperibili.

Una posizione intermedia sulla questione dell'azione di arricchimento senza causa sostiene che la presenza di un rimedio concorrente, in astratto idoneo a compensare l'impoverito per il pregiudizio subito, renderebbe inammissibile l'azione di arricchimento solo quando l'impoverito non possa avvalersi del rimedio stesso a causa di un ostacolo di diritto a sé imputabile, come la prescrizione o la decadenza del rimedio. In base a questa tesi sulla sussidiarietà, infatti, consentire l'azione di arricchimento in casi di questo tenore equivarrebbe a un aggiramento della legge. Diversamente, se il rimedio alternativo risultasse inefficace a causa di un ostacolo di mero fatto non imputabile all'impoverito, ad esempio l'insolvenza dell'intermediario contro il quale l'impoverito abbia esperito l'azione contrattuale, l'art. 2042 c.c. non escluderebbe la possibilità di ricorrere, in via sussidiaria, all'azione di arricchimento contro il terzo arricchito.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 24772 dell'8 ottobre 2008, hanno valorizzato la funzione equitativa dell'*actio de in rem verso*, oltre che il riferimento normativo all'articolo 2038 c.c. e hanno statuito che l'azione generale di arricchimento può proporsi solo in presenza di due presupposti: "(a) la mancanza di qualsiasi altro rimedio giudiziale in favore dell'impoverito; (b) la unicità del fatto causativo dell'impoverimento sussistente quando la prestazione resa dall'impoverito sia andata a vantaggio dell'arricchito, con conseguente esclusione dei casi di cosiddetto arricchimento indiretto, nei quali l'arricchimento è realizzato da persona diversa rispetto a quella cui era destinata la prestazione dell'impoverito". Tuttavia, avendo l'azione di ingiustificato arricchimento uno scopo di equità, il suo esercizio deve ammettersi anche nel caso di arricchimento indiretto nei soli casi in cui lo stesso sia stato realizzato dalla P.A., in conseguenza della prestazione resa dall'impoverito ad un ente pubblico, ovvero sia stato conseguito dal terzo a titolo gratuito.

Un'altra interpretazione suggerisce che il criterio di lettura fondamentale dell'art. 2042 c.c. sia evitare che l'azione di arricchimento ex art. 2041 c.c. venga utilizzata per aggirare o frodare la legge, legando così l'art. 2042 c.c. all'art. 1344 c.c. (il quale dispone che la causa del contratto è illecita quando quest'ultimo è il mezzo per eludere l'applicazione di norme imperative)[70]. In questa prospettiva, l'azione di

[70] A titolo di esempio P. GALLO in *Arricchimento senza causa - La sussidiarietà dell'azione di arricchimento: il punto delle Sezioni unite*, cit., p. 529 ss: "Se per esempio esiste una specifica disposizione di legge la quale stabilisce che il conduttore (art. 1592 c.c.) o l'usufruttuario non ha diritto ad indennizzo per le spese (art. 1004 c.c.) od i miglioramenti (art. 985 c.c.) effettuati in costanza di rapporto, non sarà possibile cercare di aggirarla per il tramite dell'azione di arricchimento; al condomino cui non sia riconosciuto il diritto al rimborso delle spese sostenute per la gestione delle parti comuni per carenza del requisito dell'urgenza di cui all'art. 1134 c.c., non spetta neppure l'azione di arricchimento; se il legislatore esclude la ripetizione delle prestazioni effettuate per una causa turpe (art. 2035 c.c.), non è possibile aggirare la norma agendo in arricchimento; se il legislatore ha specificamente escluso che il professionista non iscritto all'albo abbia azione per la retribuzione (art. 2231 c.c.), non è possibile aggirare la disposizione in oggetto per il tramite dell'azione di arricchimento (art. 2041 c.c.), se il legislatore esclude che il privato possa agire contro la p.a., salva l'azione contrattuale contro il funzionario che ha stipulato informalmente il contratto, è precluso agire in arricchimento contro la p.a. e così via. Parimenti se in base ad un contratto determinati oneri risultano addossati su di una parte, il contraente svantaggiato non può invocare i principi dell'arricchimento senza causa al fine di riequilibrare il rapporto. Si immagini per esempio un contrato di appalto a *forfait*, con conseguente deroga all'art. 1664 c.c. ed esclusione della revisione del contratto in caso di incremento dei costi di esecuzione in corso d'opera. Se in base al contratto determinati rischi sono specificamente allocati nella sfera giuridica di una parte, non è possibile riallocarli tra le parti in virtù dell'azione di arricchimento, quand'anche una parte risulti avvantaggiata in virtù di un risparmio di spesa; se viene concluso un contratto aleatorio che in concreto avvantaggia uno dei due contraenti non è possibile riequilibrare il rapporto tra le parti in virtù dell'azione di arricchimento e così via".

arricchimento non verrebbe a servire all'attore per sottrarsi alle proprie responsabilità derivanti dall'inerzia o dal mancato assolvimento di alcuni oneri processuali cui è subordinata *ex lege* la difesa dei suoi diritti. Tuttavia, nelle ipotesi in cui la preclusione non dovesse derivare dall'inerzia dell'attore ma derivasse proprio dall'impossibilità di integrare una fattispecie legale o dalla sussistenza di un fatto impeditivo dei suoi effetti, l'azione di arricchimento dovrebbe essere considerata ammissibile.

Un'ulteriore posizione intermedia, evocata in una recente ordinanza interlocutoria[71], ritiene che il presupposto dell'azione ex art. 2041 sia la mancanza (accertabile pure d'ufficio) di azioni tipiche. In base a tale concezione le azioni tipiche non sono tutte le iniziative processuali esperibili, ma solamente quelle che trovano il proprio fondamento in un contratto ovvero in una specifica disposizione di legge (e questo pure quando tale azione c.d. tipica sia disponibile nei confronti di un soggetto diverso da colui il quale benefici dell'arricchimento). L'azione di arricchimento sarebbe quindi ammissibile anche nei casi in cui la tutela teoricamente spettante all'impoverito derivi da clausole generali. A titolo d'esempio, quindi, l'azione di cui all'art. 2041 c.c. sarebbe da considerarsi proponibile qualora il rimedio alternativo nella disponibilità dell'impoverito fosse l'azione risarcitoria per responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c.

9.2 L'occasione (perduta) di fare chiarezza su tale presupposto dell'azione di arricchimento

È, a questo punto, facile intuire come la questione della sussidiarietà dell'azione di arricchimento è stata, nel corso del tempo, protagonista di interpretazioni differenti e di critiche a ciascuna delle interpretazioni tant'è che ne emerge un quadro assai complesso.

In questo senso, com'è anche già stato sottolineato nel corso di tale elaborato, le Sezioni Unite della Cassazione hanno avuto l'occasione per fare chiarezza, ma tale occasione è stata, in buona sostanza, sprecata in relazione ad un caso di cui si darà ora contezza in sintesi.

[71] Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 27/02/2024, n. 5222.

Una società era proprietaria di un terreno che, secondo le previsioni urbanistiche, aveva una vocazione edificatoria e per tale motivo aveva presentato all'amministrazione comunale un piano di lottizzazione funzionale ad ottenere una concessione edilizia.

L'amministrazione comunale, però, decise di operare una variante al piano regolatore, la quale escludeva la vocazione originariamente prevista e attribuiva all'area una "natura" agricola.

A fronte di tale variazione del piano regolatore iniziò una interlocuzione tra l'amministrazione comunale e la società volta a ottenere una ulteriore modifica dell'assetto urbanistico. Durante questa fase di interlocuzione l'amministrazione preannuncia una nuova e contraria variante del piano urbanistico ai fini dell'interramento di certi cavi d'alta tensione, appunto, nel terreno di proprietà della società.

La società, ritenendo che l'assunzione dei costi per lo svolgimento dell'attività in questione potesse propiziare l'ulteriore modifica al piano regolatore, si offre di provvedere, ed effettivamente provvede, al sostenimento della spesa. Posta tale vicenda, la modifica del piano regolatore però non avviene e ciò indusse la società a convenire in giudizio il Comune. Al giudice, in particolare, la società chiese che fosse accertata e dichiarata la responsabilità unica e assorbente del Comune per avere indotto la società a confidare nella sottoscrizione di una convenzione urbanistica perequativa accompagnata alla restituzione della vocazione edificatoria al terreno di proprietà, con ciò inducendola a sopportare una spesa che altrimenti non si sarebbe sostenuta e, quindi, con palese inosservanza dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede. In subordine, la società chiese che fosse accertato e dichiarato l'arricchimento ingiustificato ex art. 2041 c.c.

Il Tribunale ritenne che la domanda principale non fosse accoglibile posto che la società non era riuscita ad adempiere all'onere della prova con riguardo agli elementi fondativi della ipotizzata responsabilità precontrattuale, tuttavia ritenne, invece, la domanda sussidiaria fondata, nei limiti di cui all'art. 2041 c.c.

A fronte della sentenza, quindi, favorevole alla società il Comune fece appello e la Corte di Trieste riformò la sentenza di primo grado ritenendo improponibile

l'azione di cui all'art. 2041 c.c. posto che l'art. 2042 c.c. non ne avrebbe consentito la proposizione (in sostanza la Corte aderisce alla tesi della sussidiarietà in astratto). Proponendo ricorso in Cassazione, la società non contestò il discutibile orientamento interpretativo-giurisprudenziale cui si era conformata la sentenza impugnata, ma tentò di far ricadere la fattispecie concreta all'interno di altro filone giurisprudenziale, anch'esso criticabile, in base al quale solo la sussistenza di un'azione c.d. "tipica" (derivante da un contratto o prevista dalla legge con riferimento ad una fattispecie determinata) escluderebbe il ricorso al rimedio generale dell'arricchimento ingiustificato. In sostanza, la ricorrente chiedeva fossero convalidate due interpretazioni entrambe censurabili.

La conseguente ordinanza pronunciata dalla Terza Sezione della Corte di cassazione, la n. 5222/2023, non mette in discussione l'inammissibilità, l'improponibilità o l'improcedibilità dell'azione di arricchimento per l'ipotesi in cui sia azionata in subordine a un'altra c.d. principale che sia fallita e "tipica", ma pone l'interrogativo "se non debba riferirsi il giudizio di improponibilità anche al caso di domanda principale formulata sulla base di una clausola generale"[72].

La sentenza n. 33954 resa dalle Sezioni Unite il 5 dicembre 2023 può sicuramente esser vista come un'occasione persa per trattare della sussidiarietà in maniera completa posto che, come già accennato, non si è voluto approfondire cosa fosse la giusta causa che è il nodo centrale del tema stesso della sussidiarietà. Vero è anche però che non si tratta di una sentenza che è negativa in tutto e per tutto poiché sicuramente è possibile muovere anche degli apprezzamenti verso il *decisum* delle Sezioni Unite.

Una breve analisi della decisione non può che partire dal principio di diritto enunciato nella sentenza: "Ai fini della verifica e del rispetto della regola della sussidiarietà di cui all'art. 2042 c.c., la domanda di arricchimento è proponibile ove la diversa azione, fondata sul contratto, sulla 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

[72] D. CARUSI, *Il principio di restituzione degli arricchimenti ingiustificati e la sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa*, cit., 2024, p. 420.

l'esistenza del pregiudizio subito, ovvero in caso di nullità del titolo contrattuale, ove la nullità derivi dall'illiceità del contratto per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico"[73].

Con tale decisione le Sezioni Unite sono venute a censurare i due filoni interpretativi che il ricorrente aveva, in sostanza, chiesto fossero convalidati.

In primo luogo, la Cassazione ha corretto le storture generate da un'estrema applicazione della sussidiarietà intesa "in astratto" (in base alle quali l'azione spesso era negata lì proprio quando si veniva a rendere necessaria), per il tramite di una sistemazione delle ipotesi in cui il rimedio è, o meno, ammissibile e con una precisazione delle modalità d'esercizio.

In secondo luogo, le Sezioni Unite chiariscono il concetto di azione, perché hanno sottolineato che l'azione non è tipica e che non esistono azioni tipiche e azioni atipiche. L'azione, per definizione, è atipica e di questo abbiamo una conferma all'art. 100 c.p.c., il quale, nel chiarire che per agire in giudizio è necessario avervi interesse, dimostra come il nostro ordinamento si apra a qualsiasi richiesta di tutela se sorretta dalla condizione di decidibilità ivi disciplinata. Sono tipiche le fattispecie attorno alle quali si costruisce il diritto e queste fattispecie talvolta possono avere come elemento una clausola generale, ma l'azione di per sé è atipica. Erronea è, conseguentemente, la massima giurisprudenziale tralatizia secondo cui l'azione ex art. 2041 c.c. non sarebbe stata sussidiaria soltanto quando l'azione causale fosse nata da un contratto o dalla legge, mentre per i casi in cui l'azione causale avesse trovato il proprio fondamento in una clausola generale sarebbe stata ammissibile.

Rigettando la distinzione tra azioni tipiche e azioni fondate su clausole generali si sono, in buona sostanza, liquidate le tesi, prospettate dalla dottrina, sulle interferenze tra le tutele risarcitoria e restitutoria (in particolare, in relazione agli illeciti dai quali non consegua un pregiudizio e agli illeciti c.d. lucrativi) e sull'ammissibilità di potenziali concorsi (sia integrativi, sia alternativi) tra le due azioni. Anzi è forse allo scopo di scongiurare tali tesi che la distinzione tra azioni tipiche e basate su clausole generali viene respinta[74]. Occorre, quindi, distinguere

[73] Cass. civ., Sez. Unite, Sent., 05/12/2023, n. 33954.

[74] "Triplice è la motivazione addotta: la lettera dell'art. 2042 cod. civ., che non opera alcuna distinzione fra le azioni alternative esperibili; il richiamo alla "giustificazione" contenuta nella Relazione al cod. civ., che pone a presupposto base del rimedio il pregiudizio non «altrimenti evitabile»; la *ratio* della norma, «che è quella di preservare la certezza del diritto ed evitare elusioni

(e con ciò si dà l'ulteriore temperamento, se non, addirittura, annullamento, della sussidiarietà in astratto) fra le cause del rigetto. In particolare, si deve verificare se esso derivi da una "carenza *ab origine*" del titolo o dei presupposti fondanti la domanda causale (che legittima l'esercizio dell'azione di arricchimento, sia subordinatamente alla prima nel medesimo giudizio, sia in un giudizio successivo) oppure se derivi dall'inerzia dell'impoverito o dal mancato assolvimento di un qualche onere cui la legge subordinava la difesa di un suo interesse (con conseguente preclusione rimedio di cui all'art. 2041 c.c.). Tale verifica in concreto delle cause del rigetto deve sempre essere svolta dal giudice: sia nei casi in cui l'azione di arricchimento senza causa è proposta in subordine a quella causale nel medesimo giudizio, sia quando essa viene esperita successivamente al rigetto dell'azione principale, ma ciò è vero anche quando si dia esercizio immediato dell'azione di arricchimento. Anche in tale ultimo caso, infatti, il giudice è tenuto a verificare, sulla base delle allegazioni delle parti del giudizio, la sussistenza o meno di altra azione per farsi indennizzare, con la precisazione che per la realizzazione di questa verifica non basta la sola prospettazione in astratto di un altro rimedio ipoteticamente esercitabile, in quanto è necessario indagare sul suo probabile esito, e specificamente accertando se possa riscontrarsi una mancanza originaria del titolo su cui si fonda l'azione alternativa.

(...) ammettendo che si possa agire con l'azione di arricchimento anche nei casi in cui l'azione principale non sia stata coltivata o sia andata perduta per il comportamento colpevole del titolare». Dunque la ragione per la quale tali tesi sono ritenute, per così dire, sovversive risiede principalmente nella loro idoneità a mettere a repentaglio istituti fondamentali dell'ordinamento, *in primis* la prescrizione. E altresì si intravede, fra le righe, la *policy* giudiziaria sottesa: nell'adempimento del compito nomofilattico, le Sezioni Unite si attengono strettamente alla questione oggetto della rimessione e scelgono pragmaticamente la soluzione più lineare e tradizionale, onde evitare ulteriori complicazioni, nuove incertezze interpretative e soprattutto operative, con conseguente rischio di un aumento del contenzioso. Ciò posto, a ben vedere le Sezioni Unite non disconoscono espressamente la tesi della sussidiarietà in astratto, ma la precisano, e ne attenuano a tal punto il rigore da decretare implicitamente il suo abbandono. Ricordano, infatti, come la formale adesione a tale tesi sia stata nel tempo oggetto di un «costante temperamento» da parte della S.C., in particolare nell'ipotesi in cui l'azione principale sia fondata su fonte contrattuale e risulti la nullità del titolo azionato. E ribadiscono come, in questi casi, sia pacifico l'esercizio dell'azione di arricchimento in via subordinata, a meno che la nullità non derivi «dall'illiceità del contratto per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico». Precisano, quindi, che analogamente, nel caso di azione fondata sull'art. 2043 cod. civ., ovvero sull'art. 1337 cod. civ., che viene rigettata per carenza di elementi costitutivi della fattispecie (ad es. perché difettano il danno ingiusto o la colpevolezza ovvero la violazione della regola di buona fede), l'azione di arricchimento sarà ammissibile." E. BELLISARIO, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento dopo le Sezioni Unite*, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2024, p. 430 ss.

La seconda osservazione processuale di plauso al *decisum* delle Sezioni Unite è che hanno il merito di avere fatto chiarezza sul fatto che l'eccezione di carenza della sussidiarietà che, nel caso di specie, era stata rilevata d'ufficio dalla Corte d'Appello in secondo grado, è un'eccezione che il giudice può rilevare d'ufficio; quindi, non è un'eccezione in senso stretto. Il ricorrente, a base di uno dei motivi formulati, aveva ritenuto che il giudice d'appello avesse violato l'art. 345 c.p.c., non potendo sollevare l'eccezione in esame. Invece la Cassazione dice che quando manchi un presupposto all'interno della domanda, il giudice può rilevare quel vizio anche d'ufficio e lo può fare per la prima volta anche in sede di gravame.

Veniamo però ora alla tassonomia delle situazioni impeditive che emerge nel principio di diritto reso dalla sentenza n. 33954/2023. In particolare, si afferma che l'azione di arricchimento ingiustificato resta preclusa qualora il rigetto della domanda alternativa dovesse derivare da prescrizione o decadenza del diritto azionato, dalla carenza di prova circa la sussistenza del pregiudizio subito o, infine, in caso di nullità del contratto, qualora essa derivi dall'illiceità del titolo contrattuale per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico. Un tale principio può sollevare, e ha sollevato, talune critiche di cui si dirà nel cap. II al par. 5.

In sintesi, dal quadro emerge che l'azione di arricchimento può essere validamente esperita nei casi di insussistenza *ab origine* di un'azione alternativa e in caso di perdita incolpevole dell'azione alternativa. Diversamente, l'azione ex art. 2041 c.c. sarebbe infondata nel merito[75] qualora l'azione causale fosse andata perduta per un comportamento imputabile al soggetto impoverito (prescrizione e decadenza sono i casi di più frequente applicazione); ovvero nei casi in cui la domanda principale fosse stata rigettata per carenza di prova in ordine al pregiudizio subito; o, infine, in caso di nullità del titolo contrattuale, quand'essa sia derivata dall'illiceità del contratto per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico.

Affinché, quindi, si parli di infondatezza dell'azione di arricchimento non è più sufficiente la mera prospettazione di un diverso rimedio in astratto applicabile alla fattispecie in quanto il giudice è tenuto ad effettuare sempre un controllo sul

[75] Le S.U. nel testo del principio di diritto parlano di preclusione dell'azione nei casi elencati, tuttavia, a ben vedere, più che di una preclusione – che allude al piano delle condizioni di decidibilità della causa nel merito – sarebbe più corretto, appunto, parlare di infondatezza nel merito della domanda di arricchimento per carenza di un elemento costitutivo qual è la sussidiarietà, ma sul punto si rinvia al cap. II par. 5.

carattere sussidiario della domanda indagando[76], se del caso, i motivi del rigetto della domanda causale per prima proposta ed effettuando le opportune distinzioni per la decisione sulla fondatezza del rimedio restitutorio.

Potrebbe essere fonte di equivoci il fatto che, in relazione alla verifica della sussidiarietà dell'azione che il giudice deve compiere, si faccia ricorso ad un parametro soggettivo quale l'imputabilità o meno al soggetto impoverito della "perdita" dell'azione principale. In particolare, potrebbe essere difficile tracciare la linea di confine tra contegno colposo dell'attore e esito naturale dell'attività istruttoria in relazione al caso in cui l'azione principale non sia coltivata per il comportamento colpevole del titolare. Si tratta di un'ipotesi, questa, che può comprendere il caso in cui l'azione principale sia stata proposta e rigettata e, a fronte di tale rigetto, non appellata da parte del soggetto interessato; tuttavia, all'interno di quest'ipotesi potrebbero pure rientrare i casi in cui l'interessato abbia agito direttamente in arricchimento. Infine, l'ultimo gruppo di ipotesi rientranti nella colpevole inerzia da parte del soggetto interessato, è data dalla sussistenza di un'altra azione ormai non più esercitabile per decorrenza dei relativi termini (di prescrizione o di decadenza). In tali casi, sulla base dei principi esaminati, per determinare se l'azione di arricchimento sia o meno fondata, è necessario compiere una verifica della sussidiarietà relativamente alle specificità del caso concreto e, in pratica si tratta di una verifica delle ragioni che hanno determinato il rigetto dell'altra domanda[77].

Ciò che rimane è la sensazione che il carattere sussidiario dell'azione abbia come scopo semplicemente quello di ribadire quanto è già possibile dedurre dal sistema e che una norma *ad hoc* quale l'art. 2042 c.c. «non sarebbe neppur stata, a rigore, necessaria»[78].

---

[76] Sul punto è utile ricordare che con la sent. n. 24722 del 2008 delle Sez. Un. l'azione generale di arricchimento si ammise anche nelle ipotesi di arricchimento mediato quando il soggetto arricchito fosse stata la Pubblica Amministrazione o quando il terzo si fosse arricchito a titolo gratuito e ciò anche nell'ipotesi in cui fosse fallita l'azione principale nei confronti dell'intermediario con il quale si era intrattenuto il rapporto giuridico.

[77] V. cap. II par. 5.

[78] "Il carattere della sussidiarietà fa parte della logica dell'istituto, tanto che una norma in proposito non sarebbe neppur stata, a rigore, necessaria; invero l'azione di arricchimento ha il significato di un rimedio estremo, da invocare soltanto quando la situazione di squilibrio non possa venire regolata con altro mezzo riconosciuto dalla legge." A. TRABUCCHI, *voce «Arricchimento (Azione di) (Diritto civile)»*, cit., p. 74.

10. Il *quantum* dell'obbligazione restitutoria

Una volta che sia stata accertata l'esistenza di un caso di arricchimento ingiustificato, nasce il problema di quantificare l'obbligazione restitutoria. L'art. 2041 c.c. stabilisce che la diminuzione patrimoniale subita dall'impoverito può essere indennizzata nei limiti dell'arricchimento e che qualora l'arricchimento abbia ad oggetto una cosa determinata e questa sussista al tempo della proposizione della domanda, l'arricchito è tenuto a restituirla (difatti questi diviene pure titolare di un obbligo di recuperare la cosa per l'ipotesi in cui l'avesse alienata a terzi)[79]. Per ragioni di chiarezza espositiva è opportuno tracciare una distinzione tra le ipotesi di arricchimento derivante da fatto ingiusto e le ipotesi di arricchimento imposto, posto che vi sono delle differenze significative tra le due situazioni.

Con riferimento ai casi di arricchimento derivante dall'iniziativa del soggetto arricchito (e quindi quei casi di arricchimento derivante da fatto illecito), tradizionalmente – in base all'impostazione secondo la quale, da un lato, l'azione di arricchimento poteva essere esperita solo nell'ipotesi di un trasferimento patrimoniale e, dall'altro lato, vi doveva essere un unico fatto produttivo sia della perdita economica che dell'arricchimento – ai fini della quantificazione di tale obbligazione si usava far riferimento al minor valore tra lucro conseguito dall'arricchito e perdita subita dall'impoverito ex art. 2041 c.c., posto che l'arricchimento non rappresentava il *quantum* della pretesa dell'impoverito, ma solamente il suo limite massimo[80].

Questa concezione, però, possiamo dire essere stata messa in discussione con l'affermarsi di un modello alternativo di azione di arricchimento, quello fondato sull'idea del profitto creato. Se, infatti, l'arricchimento ingiustificato non implica necessariamente il trasferimento di una ricchezza né, tanto meno, una correlazione diretta tra arricchimento e danno, allora è necessario individuare i criteri in base ai quali la quantificazione dell'obbligo restitutorio deve avvenire. In genere, in casi di questo tenore in cui l'arricchimento solo corrisponde ad un "profitto creato" senza

[79] Relazione al codice. Libro delle obbligazioni, Roma, 1941, n. 262, p. 74

[80] A. TRABUCCHI, voce *«Arricchimento (Azione di) (Diritto civile)»*, cit., parla di "indennizzo riconosciuto a vantaggio dell'impoverito nel limite massimo dell'arricchimento conseguito".

che correlativamente si dia una perdita patrimoniale per l'impoverito, il risparmio di spesa realizzato dall'arricchito con il proprio contegno è il primo criterio da considerare allo scopo di quantificare l'obbligo in parola.

Non solo, ai fini della quantificazione dell'obbligazione restitutoria è utile distinguere due situazioni fondamentali.

La prima di queste è quella che comprende le ipotesi nelle quali l'arricchimento è di entità inferiore rispetto al danno; in tali situazioni è poi ulteriormente necessario distinguere a seconda che la lesione dell'altrui situazione protetta sia avvenuta in buona o mala fede: se la lesione è stata perpetrata in buona fede, la reazione non può che limitarsi all'azione di arricchimento e conseguente restituzione nei limiti dell'arricchimento conseguito; se la lesione è stata perpetrata in mala fede, invece, vi sarebbero gli estremi per l'inquadramento del caso all'interno della responsabilità civile, con obbligo di risarcimento integrale.

La seconda situazione, invece, comprende i casi in cui l'arricchimento è maggiore del danno. In queste ipotesi, la responsabilità civile potrebbe risultare inadeguata come deterrente alla ripetizione del c.d. fatto ingiusto, poiché il profitto conseguito è superiore rispetto al danno causato e con la responsabilità civile si configura un semplice obbligo di risarcimento integrale del danno stesso. Per evitare, quindi, che il risarcimento sia percepito alla stregua di un costo proprio del processo produttivo da parte di chi commette l'illecito, la dottrina suggerisce di imporre la restituzione integrale del profitto effettuato per il tramite di fatto ingiusto[81]. La logica sottesa a tale ultima soluzione trova delle analogie nel diritto anglo-americano, dove i *punitive damages* vengono concessi nelle ipotesi in cui il profitto derivante dall'illecito superasse i danni cagionati dallo stesso (è inoltre importante sottolineare che i "danni punitivi", nei paesi c.d. di diritto comune, presuppongono la mala fede) e la funzione è quella di disincentivare la ripetizione del comportamento lesivo imponendo all'autore del fatto illecito la restituzione integrale del profitto ottenuto[82]. È di rilievo sottolineare che, quanto meno in parte, un riconoscimento di tale logica lo si è avuto, in Italia, in materia di diritto

[81] P. PARDOLESI in *Profitto illecito e risarcimento del danno*, in *Quaderni del dipartimento*, Trento, 2005, p. 62 ss. suggeriva la condanna alla restituzione del maggior valore tra danno ed arricchimento.

[82] P. GALLO, *Dell'Arricchimento senza causa*, cit., pp. 293-294.

industriale, nello specifico, con l'art. 125 c.p.i.[83], il quale prevede esplicitamente la possibilità di ottenere la devoluzione dei profitti eccedenti il semplice risparmio di spesa allo scopo di impedire che l'imprenditore consideri l'obbligo restitutorio, limitato al risparmio di spesa, quale un costo di produzione, traendone comunque un vantaggio economico ingiusto grazie al surplus di ricchezza generato dall'illecito.

È frequente, inoltre, che tra il momento in cui si verifica l'arricchimento e quello in cui viene intentata l'azione restitutoria trascorra un certo periodo di tempo, durante il quale possono darsi tre diverse situazioni.

La prima situazione che può verificarsi è quella per cui nel corso di tale lasso temporale l'arricchimento rimanga invariato nel relativo valore. La seconda, quella per cui l'entità dell'arricchimento viene ad aumentare nel suo valore (per esempio, quando si dà un aumento di valore del cespite patrimoniale da cui è costituito l'arricchimento). La terza, quella per cui l'arricchimento viene a ridursi nel relativo valore.

Quest'ultima situazione è quella più problematica perché da tale situazione nascono taluni quesiti di non facile soluzione.

Un primo quesito riguarda il momento in cui deve accertarsi la presenza dell'arricchimento. Nello specifico ci si chiede se, per la proponibilità della domanda, sia sufficiente che esso sia avvenuto, o se, invece, sia necessario che tale arricchimento debba persistere nel momento in cui si esperisce l'azione. La questione è, quindi, se l'entità dell'arricchimento debba essere valutata prendendo a riferimento il momento in cui l'arricchimento si è realizzato ovvero il momento in cui la domanda viene ad essere proposta.

---

[83] Tale articolo recita "Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile, tenuto conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno, del titolare del diritto leso, i benefici realizzati dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione.
La sentenza che provvede sul risarcimento dei danni può farne la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano. In questo caso il lucro cessante è comunque determinato in un importo non inferiore a quello dei canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare, qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso.
In ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento".

Rispetto a tale questione è rilevante il contenuto dell'art. 2041 c.c., il quale non dà alcun riscontro della tesi tradizionale secondo la quale l'arricchimento doveva sussistere al tempo della domanda; è possibile, in primo luogo ipotizzare che con tale scelta legislativa si volesse tagliare rispetto alla tradizione del diritto comune e all'orientamento di gran lunga dominante nella dottrina dell'Ottocento, i quali richiedevano, appunto, la persistenza dell'arricchimento nei confronti dell'arricchito di buona fede perché la domanda potesse dirsi proponibile. "In secondo luogo, neanche va trascurata la possibilità che il riferimento alla «sussistenza dell'arricchimento al tempo della domanda» sia caduto molto più semplicemente perché considerato superfluo di fronte all'impostazione generale dell'istituto. Se è vero che nell'art. 2041, comma 1, c.c. la concezione dell'arricchimento è quella «patrimoniale», sicché si deve tener conto delle ripercussioni prodotte dall'attribuzione «senza giusta causa» nel patrimonio dell'*accipiens*, quando al tempo della domanda quest'ultimo non risulti più arricchito manca uno dei presupposti stessi per potersi parlare di «arricchimento» di un soggetto «a danno» dell'altro. Diverso invece si presenta il caso dell'arricchimento che abbia per oggetto una cosa determinata, poiché l'obbligo della restituzione in natura risponde alla concezione «reale» dell'arricchimento" [84].
La soluzione alla problematica dipende dallo stato soggettivo di buona o mala fede dell'arricchito. In base a questa soluzione la persistenza dell'arricchimento al momento della domanda sarebbe necessaria solamente in relazione all'arricchito di buona fede. Difatti, nel caso in cui, invece, l'arricchito fosse stato in mala fede ai fini della proponibilità della domanda sarebbe di per sé sufficiente il fatto che l'arricchimento fosse avvenuto in un determinato momento storico del passato. In sintesi, può parlarsi di una rilevanza dei fatti estintivi o riduttivi dell'arricchimento a seconda dello stato di buona o mala fede del soggetto arricchito[85].
In sede di valutazione dell'arricchimento e, conseguentemente dell'entità dell'obbligazione restitutoria, si viene a porre poi anche un altro ordine di problemi. In particolare, tali problemi riguardano la possibilità che, ai fini della valutazione dell'arricchimento, debba considerarsi solamente il bene specifico che costituisce

[84] E. MOSCATI, *Arricchimento (Azione di) nel diritto civile*, cit., p. 13.
[85] Si tratta delle conclusioni cui addiviene P. SCHLESINGER, voce *«Arricchimento, azione di (diritto civile)»*, in *Novissimo Dig. It.*, I, Torino, 1958, p. 1008.

l'arricchimento oppure debba farsi riferimento alle conseguenze complessive, positive e negative, che si hanno nel patrimonio dell'arricchito.

Si tratta di una problematica che si dà in termini analoghi anche in materia di responsabilità civile, dove il danno può essere valutato come entità singola oppure come l'insieme delle conseguenze dannose sul patrimonio del danneggiato (in questo senso, si deve confrontare la consistenza del patrimonio complessivo del soggetto danneggiato prima e dopo l'evento lesivo). Con riferimento all'arricchimento senza causa, tale impostazione comporta si debbano considerare anche eventuali perdite connesse al fatto da cui deriva l'arricchimento. Conseguentemente, l'importo dell'obbligo restitutorio altro non sarà che il saldo tra voci attive e passive[86].

Concretamente, se l'arricchimento dovesse consistere in una somma di denaro ovvero in una certa quantità di beni fungibili (prima di un'eventuale alienazione o consumazione), l'obbligazione restitutoria dovrebbe avere ad oggetto la restituzione in natura del *tantundem*. Diversamente, nell'ipotesi in cui i beni fungibili fossero stati consumati o venduti, si verrebbe a porre il problema se sia sempre necessario restituire la stessa quantità di beni. In base al principio del "*genus numquam perit*", questa soluzione sarebbe valida anche in caso di aumento o diminuzione del prezzo dei beni al momento della richiesta. Vero è, tuttavia, che in tali situazioni si verificherebbero dei vantaggi rispettivamente per l'impoverito e l'arricchito. Una soluzione ottimale potrebbe essere, quindi, quella di lasciare all'arricchito la scelta tra la restituzione del *tantundem* o del valore dei beni, in base a quanto stabilito in materia di mutuo (art. 1818 c.c.), di usufrutto (art. 995 c.c.), e di deposito irregolare (art. 1782 c.c.).

Qualora, invece, l'arricchimento dovesse consistere in un bene specifico, l'art. 2041, comma 2, c.c. stabilisce che esso debba essere restituito in natura, se ancora disponibile al momento della richiesta. La giurisprudenza specifica poi che l'obbligo dell'arricchito ex art. 2041, comma 2, c.c., non libera l'arricchito dall'obbligo restitutorio di cui al comma 1, se nonostante la restituzione in natura dovesse permanere un arricchimento residuo[87]. In ogni caso le spese che si sono

[86] P. GALLO, *Dell'Arricchimento senza causa*, cit., pp. 302-303.

[87] "L'obbligo dell'arricchito senza causa di restituire in natura l'oggetto dell'arricchimento, se questo è costituito da una cosa determinata, previsto dal comma 2 dell'art. 2041 c.c., non lo esime

sostenute e i miglioramenti che si sono apportati al bene determinano il sorgere di un diritto al rimborso ai sensi degli artt. 1149 e 1150 c.c.

Può inoltre darsi l'ipotesi in cui il bene, nel lasso di tempo che corre dal momento in cui si verifica l'arricchimento a quello in cui la domanda è proposta, fosse stato alienato: in casi di questo tipo entrerebbero in gioco i principi della surrogazione reale, per cui sussisterebbe un obbligo di restituire quanto ottenuto a titolo di corrispettivo (artt. 535 e 2038 c.c.). Posto, però, che si rimane entro i confini della concezione patrimoniale dell'arricchimento, allora si rende necessario dedurre dal ricavato eventuali spese per migliorie o costi legati all'alienazione (come le spese contrattuali o di trasporto)[88]. Non possono invece essere detratte le somme che si fossero originariamente spese per acquisire il bene, il quale sia poi stato alienato o consumato. Ancora, possono avere rilevanza quali passività gli eventuali danni causati dal bene stesso (o ad altri beni di proprietà dell'*accipiens* o a beni di terzi), purché l'evento dannoso non trovi la propria causa in un comportamento negligente del soggetto arricchito[89]. Per quanto riguarda le spese occorre, infine, operare una distinzione poiché quelle di gestione sono di competenza di chi percepisce i frutti (art. 1149 c.c.), mentre quelle straordinarie sono a carico del soggetto cui compete il valore capitale del bene.

Nell'ipotesi in cui non fosse possibile la restituzione della *res* specifica in natura diviene necessaria la devoluzione del controvalore pecuniario. Da questo punto di vista, l'indennizzo dovuto per l'arricchimento ingiustificato ex art. 2041 c.c., essendo finalizzato alla reintegrazione di una perdita patrimoniale, è considerato un

---

dall'obbligo dell'indennizzo, previsto dal comma 1 della stessa norma, se malgrado tale restituzione residua un arricchimento, con correlativa diminuzione patrimoniale." Cass., 30.5.2000, n. 7194.

[88] P. GALLO, *Dell'Arricchimento senza causa*, cit., pp. 303-304.

[89] P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., pp. 152-153.

debito di valore e non di valuta[90] e lo stesso vale anche per l'indennità relativa ai miglioramenti[91].

Un ulteriore questione riguarda l'applicabilità o meno, in tema di arricchimento ingiustificato, della disciplina del danno evitabile prevista dall'art. 1227, comma 2, c.c. La Corte di Cassazione ha escluso questa possibilità, ritenendo che la norma, pensata per i fatti illeciti, non sia stata esplicitamente richiamata in materia di arricchimento senza causa[92]. Tuttavia, appare più convincente ritenere che tale disposizione, pur non essendo espressamente richiamata, rappresenti un principio di carattere generale e che quindi sia applicabile anche alle obbligazioni restitutorie. Quanto, invece ai casi di arricchimento imposto la questione si pone secondo differenti coordinate. È risaputo infatti che "un problema di spese e di rimborso delle medesime si pone ogniqualvolta siano state effettuate spese per la realizzazione di un processo produttivo il cui risultato utile compete ad altri, o per

---

[90] "L'indennizzo previsto dall'art. 2041 c.c. (pari al vantaggio conseguito attraverso l'utilizzazione concretamente fatta dalla P.A.) è un debito di valore (pur se l'arricchimento consista in un risparmio di spesa ed il depauperamento in attività od erogazioni), da liquidare, in via sostitutiva, con danaro, rapportato alla data dell'arricchimento medesimo tenendo conto, anche d'ufficio, della svalutazione monetaria a partire dalla data di consegna dell'elaborato e non da quella della domanda; resta invece esclusa la possibilità di un'applicazione diretta della tariffa professionale, la quale spiega rilievo solo come parametro di valutazione, oltre che come limite massimo di quella liquidazione" Cass. civ., Sez. II, 11/02/2002, n. 1884; "Quale credito di valore, l'indennizzo ex art.2041 cod. civ. va liquidato alla stregua dei valori monetari in atto al momento della relativa pronuncia e il giudice deve tenere conto della svalutazione monetaria sopravvenuta fino alla decisione, anche di ufficio, a prescindere dalla prova della sussistenza di uno specifico pregiudizio dell'interessato dipendente dal mancato tempestivo conseguimento dell'indennizzo medesimo. La somma così liquidata produce interessi compensativi, i quali sono diretti a coprire l'ulteriore pregiudizio subito dal creditore per il mancato e diverso godimento dei beni e dei servizi impiegati nell'opera, o per le erogazioni o gli esborsi dovuti effettuare, e decorrono dalla data della perdita del godimento del bene o degli effettuati esborsi, coincidente con quella dell'arricchimento" Cass. civ., Sez. I, Sentenza, 11/05/2007, n. 10884.

[91] "L'indennità per i miglioramenti arrecati alla cosa spettante al possessore a norma dell'art. 1150 c.c., anche nella forma del rimborso delle spese sostenute per eseguirli, costituisce un debito di valore e, pertanto, essa deve essere determinata dal giudice con riferimento ai valori monetari correnti al momento della liquidazione, tenendo conseguentemente conto, anche d'ufficio, della svalutazione monetaria verificatasi sino a quel momento" Cass. civ., Sez. II, 08/11/1993, n. 11051.

[92] "In tema di ingiustificato arricchimento, una volta accertata l'unicità del fatto da cui derivano la locupletazione di un soggetto, la correlativa diminuzione patrimoniale di un altro e l'assenza di una causa idonea a giustificarle, la semplice inerzia dell'impoverito, ancorché riconducibile ad un difetto di diligenza, nel ridurre la portata della subita diminuzione patrimoniale, ove ciò gli sia possibile - sempreché non costituisca espressione di un consenso, non necessariamente negoziale, allo spostamento patrimoniale privo di un titolo specifico, così sottraendo quest'ultimo ad una valutazione di ingiustificatezza - non esonera l'arricchito dall'obbligo di indennizzare la controparte ne diminuisce l'entità dell'indennizzo dovuto, non trovando applicazione in materia di arricchimento, per la diversità dei rispettivi presupposti, la norma dettata in tema di risarcimento del danno dall'art. 1227 secondo comma cod. civ., che impone al danneggiato di attivarsi per evitare le conseguenze ulteriori del fatto dannoso" Cass. civ., Sez. III, Sentenza, 10/03/2011, n. 5690.

la conservazione o l'incremento del valore capitale di un bene che parimenti compete ad altri"[93].

In tutte le ipotesi cui si è appena fatto riferimento è necessario comprendere se chi ha effettuato le spese sia titolare o meno di un diritto all'indennizzo per il sostenimento delle stesse. Ma non solo, qualora un diritto di questo tenore gli fosse riconosciuto è necessario determinare la misura, e quindi il *quantum*, di tale diritto. In questo senso vi sono, alla base del riconoscimento o meno del diritto in parola, due esigenze contrapposte che devono tra loro essere bilanciate. Per una parte, è vero che le spese sostenute hanno consentito vuoi il conseguimento di utilità ad altri, vuoi la conservazione del valore capitale di un bene altrui e tutto ciò per il tramite della realizzazione di un processo produttivo. Per altra parte, è vero che è necessario fornire una tutela alle persone contro l'attribuzione di oneri non voluti.

Nel sistema giuridico italiano le spese sono classificate in tre categorie principali. In primo luogo, vi sono le spese necessarie, queste sono le spese dirette alla conservazione del bene e possono ulteriormente essere distinte in spese ordinarie (per esempio quelle destinate alla manutenzione periodica) e straordinarie (per esempio quelle sostenute per effettuare riparazioni strutturali) a seconda della periodicità con cui si sostengono; queste ultime devono essere rimborsate al possessore, indipendentemente dalla buona o mala fede, ed anche in materia di locazione e usufrutto sono spese di cui deve farsi carico il proprietario del bene poiché si tratta di spese che, verosimilmente, il proprietario avrebbe dovuto comunque sostenere. Viceversa, la spese di manutenzione ordinaria sono quelle che si potrebbe dire conseguano dal godimento della *res* e che, per tale motivo, saranno indennizzabili se e solo se l'utilità prodotta dovesse spettare ad altri soggetti. In secondo luogo, vi sono le spese utili, le quali si sostengono per incrementare il valore del bene e sono indennizzabili solo al possessore di buona fede per il minor valore tra la somma spesa ed il valore del miglioramento apportato. Infine, le spese

[93] P. GALLO, *Dell'Arricchimento senza causa*, cit., p. 312; si tratta di una problematica che emerge, ad esempio, quando un possessore sostenga costi per la manutenzione di un bene che deve essere restituito al proprietario o per la produzione di frutti a beneficio di terzi; ma ancora, quando si diano casi di diritti reali limitati (come l'usufrutto), oltre che di diritti personali di godimento (come la locazione); o, infine, in situazioni quali quella delle spese che si dovessero sostenere per la cura di un altrui animale da compagnia che si fosse smarrito.

voluttuarie, le quali sono destinate all'ornamento. Esse generalmente non sono rimborsabili salvo casi eccezionali (art. 1479, 3° co., c.c.)[94].

È necessario inoltre evidenziare che rimane fondamentale anche la distinzione tra le spese sostenutesi per la realizzazione di un processo produttivo, e conseguentemente orientate alla produzione di frutti, e le spese per la conservazione o l'incremento di valore capitale di un bene altrui. Le spese del primo tipo sono naturalmente a carico di colui il quale benefici dei frutti in base al principio del *fructus non intelleguntur nisi deductis impensis*. Le spese del secondo tipo, invece, se determinano un aumento di valore dell'altrui bene, fanno sì che la questione venga a sbiadire entro i confini dei miglioramenti. Quanto invece alle spese sostenutesi per conservare il valore di una *res* altrui, se utili o necessarie, possono comportare la costituzione di un obbligo di carattere restitutorio in favore di colui il quale le ha effettivamente sostenute. In sintesi, il sistema del codice civile riflette una disciplina ben strutturata che individua la necessità di un equilibrio tra tutela del possessore e protezione del beneficiario da oneri non volontari.

La disciplina delle spese è contemperata dalla disciplina delle addizioni e dei miglioramenti in tutte le occasioni in cui le spese determinino un accrescimento o un miglioramento della *res*[95]. La disciplina delle addizioni e dei miglioramenti, analogamente a quella delle spese, è localizzata nell'ambito di diverse disposizioni del codice civile: accessione (artt. 935, 936, 937 c.c.)[96]; possesso (art. 1150 c.c.)[97];

---

[94] P. GALLO, *Dell'Arricchimento senza causa*, cit., pp. 313-314.

[95] A. ALBANESE, *I miglioramenti nel codice civile*, in *Contratto e Impresa*, 2003, p. 910.

[96] In materia di addizioni, di norma, il soggetto che ne dovesse aver effettuate ha diritto di rimuoverle, purché ciò sia possibile e non comprometta il bene. Tuttavia, se le addizioni costituiscono anche miglioramenti, si applica la disciplina specifica prevista per quest'ultimi. La disciplina sulle accessioni, in particolare, prevede (all'art. 935 c.c.) che il proprietario che sul proprio terreno abbia realizzato opere utilizzando materiali altrui è tenuto a rimborsarne il valore, qualora la separazione delle opere non sia più possibile, e salvo dolo o colpa grave, nei quali casi è fatto salvo il risarcimento del danno. Diversamente (ex art. 936 c.c.), in caso di opere realizzate da un terzo con materiali di sua proprietà il proprietario può scegliere o di ritenere tali opere, pagando il valore dei materiali e della manodopera o l'incremento di valore del fondo, o di obbligare il terzo a rimuoverle. Infine, per le opere realizzate da terzi con materiali altrui (ai sensi dell'art. 937 c.c.), il terzo può rivendicare i propri beni; tuttavia, il proprietario dei materiali ha diritto al pagamento del relativo valore da parte del terzo qualora la separazione fosse divenuta impossibile e, qualora il proprietario del fondo fosse in mala fede, anche da parte di quest'ultimo.
Quella delle accessioni è una disciplina che presenta difficoltà di coordinamento con l'azione di arricchimento senza causa posto che mai, nelle norme, si parla di arricchimento, bensì di valore o prezzo dei materiali e della manodopera, i quali debbono essere restituiti.

[97] Ai sensi dell'art. 1150 c.c. il possessore ha diritto a un'indennità per i miglioramenti apportati alla cosa pari all'aumento di valore del bene che ne consegue (se il possessore è un possessore di buona fede), naturalmente questo purché i miglioramenti continuino a sussistere al tempo della restituzione.

usufrutto (artt. 985, 986 c.c.)[98]; enfiteusi (art. 975 c.c.)[99]; locazione (artt. 1592, 1593 c.c.)[100].

Tali fattispecie, nell'ambito delle quali è presente e viva la disciplina di miglioramenti e addizioni, sono frammentarie e disomogenee e conseguentemente non è semplice ricondurle ad una *ratio* unitaria. La frammentazione normativa rende difficile una sintesi unitaria della disciplina delle spese, delle addizioni e dei miglioramenti. Tuttavia, emerge un filo conduttore comune: la volontà del legislatore di bilanciare le posizioni di chi ha apportato miglioramenti o addizioni con quella del proprietario, evitando imposizioni di responsabilità non giustificate.

11. L'arricchimento indiretto

Il tema dell'arricchimento indiretto solleva questioni complesse. In particolare, si tratta di una fattispecie che si configura in tutte le occasioni in cui un terzo benefici di un vantaggio derivante dall'inadempimento di un contratto concluso tra altri soggetti. Questa situazione, nota in passato come *arricchimento ex alieno contractu*, si verifica, ad esempio, quando un possessore di buona fede o un conduttore commissioni lavori di miglioramento su un bene senza esserne il proprietario. In tali casi, il contraente che esegue i lavori può agire per il pagamento nei confronti del suo committente, tuttavia se quest'ultimo si rivelasse insolvente, potrebbe cercare tutela giuridica agendo in arricchimento contro il proprietario del bene che ha tratto vantaggio dai miglioramenti, pur in maniera indiretta.

Nell'ipotesi in cui il possessore fosse di mala fede, il *quantum* dell'indennizzo è parametrato, invece, alla minor somma tra l'importo della spesa e l'incremento di valore.

[98] Nell'ambito della disciplina dell'usufrutto, l'usufruttuario, ex art. 985 c.c., per i miglioramenti che abbia apportato al bene, ha diritto a un'indennità nella misura della minore somma tra l'incremento di valore e la spesa sostenuta al momento della riconsegna. L'usufruttuario è poi titolare di un diritto analogo, ai sensi dell'art. 986 c.c., anche per le addizioni realizzate quando queste non siano rimovibili (se lo fossero, l'usufruttuario avrebbe la possibilità di rimuoverle).

[99] Anche in base alla disciplina dell'enfiteusi all'enfiteuta compete il diritto al rimborso per i miglioramenti nella misura dell'aumento di valore del fondo al momento della consegna e ha la facoltà di rimuovere eventuali addizioni, ove ciò non fosse impossibile. In caso contrario la regola che trova applicazione è l'art. 975 c.c., in materia di miglioramenti.

[100] Quanto alla disciplina della locazione è di immediato rilievo la constatazione che è una disciplina restrittiva posto che, in base all'art. 1592 c.c., è escluso che il conduttore possa far valere richieste di carattere restitutorio per i miglioramenti non autorizzati dal locatore. Lo stesso può dirsi anche in relazione alle addizioni, dove ex art. 1593 c.c., queste possono esser rimosse dal conduttore, ma ove ciò non fosse possibile nessun indennizzo è dovuto. La *ratio* di una regola di tale portata è da rinvenirsi nell'intento del legislatore di evitare l'imposizione di una responsabilità di arricchimento per il locatore.

La dottrina dibatte se il contraente adempiente possa o meno direttamente agire in arricchimento senza causa nei confronti del proprietario del bene. Una posizione autorevole[101] esclude questa possibilità, sostenendo la possibilità di far valere in surrogatoria (art. 2900 c.c.) i diritti dell'intermediario insolvente nei confronti del proprietario. A dar credito a tale soluzione è il necessario coordinamento che la questione degli arricchimenti indiretti deve avere con quella degli arricchimenti imposti. Conseguentemente, da tale angolo visuale, se l'intermediario può vantare pretese in relazione ai miglioramenti apportati alla *res*, allora anche l'impoverito potrà far valere tali pretese in via surrogatoria. Viceversa, quando all'intermediario fosse preclusa qualsiasi pretesa in relazione ai miglioramenti effettuati, allora nemmeno l'impoverito avrà la possibilità di agire in giudizio.

In giurisprudenza, invece, la soluzione alla questione degli arricchimenti indiretti è stata fatta oggetto di soluzioni differenti nel corso del tempo.

Infatti, se in passato (anni '40 e '50), la giurisprudenza stessa era favorevole a concedere azione diretta nei casi di arricchimento indiretto. Invece, a partire dagli anni '60, si è affermata un'interpretazione restrittiva del principio di sussidiarietà. Una restrittività dell'azione così stringente al punto da escludere ogni ulteriore e diversa possibilità d'azione rispetto a quella contrattuale[102], e quindi di agire direttamente nei confronti del beneficiario, in ragione del fatto che il contraente adempiente ha già di per sé la facoltà di esperire l'azione contrattuale nei confronti dell'altra parte del contratto. Tale posizione, all'epoca, non fu esente da critiche da parte della dottrina sulla base della considerazione che l'insolvenza dell'altro contraente non costituisce un ostacolo di diritto, bensì un ostacolo di mero fatto e conseguentemente non è di per sé idonea a precludere il ricorso all'azione di arricchimento per un discorso di sussidiarietà.

Nel 2008 con la sentenza n. 24772[103], però, le Sezioni Unite della Cassazione hanno ammesso l'esercizio diretto dell'azione di arricchimento, in caso di arricchimento

---

[101] V. M. ROTONDI, *L'azione di arricchimento*, cit., 374; P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 116.

[102] "Il carattere sussidiario dell'azione generale di arricchimento ne comporta l'inesperibilità nel caso in cui l'arricchito sia un soggetto diverso da quello con il quale il depauperato ha un rapporto diretto in forza di legge o in base a contratto, verificandosi contro quest'ultimo, e non già contro colui che indirettamente si è arricchito, la possibilità di esperire l'azione principale" Cass. civ., Sez. II, 10/02/1993, n. 1686.

[103] Cass. civ., Sez. Unite, Sentenza, 08/10/2008, n. 24772. V. nota successiva.

indiretto, almeno in due specifiche situazioni. La prima situazione: quando vi è arricchimento della pubblica amministrazione, tenuto conto del principio di fungibilità degli enti pubblici. La seconda situazione: quando vi è arricchimento gratuito, in analogia con quanto dispone l'art. 2038 c.c. (sull'alienazione della cosa ricevuta indebitamente).

In questi casi, e soprattutto quando l'arricchimento è *sine titulo* (cioè è carente di alcun titolo giustificativo), l'azione diretta sembra essere ammessa, specialmente in presenza di insolvenza dell'intermediario.

Per risolvere la questione (dell'esperibilità o meno dell'azione generale di arricchimento nei confronti del terzo beneficiario della prestazione) è necessario analizzare individualmente le diverse ipotesi che possono assumere rilevanza.

La prima ipotesi che si può configurare è quella del beneficiario che abbia ottenuto il vantaggio attraverso un atto a titolo oneroso (come, ad esempio, il pagamento per i miglioramenti). In casi di questo tipo l'azione di arricchimento è esclusa in quanto il beneficiario ha già pagato per la prestazione.

Alla stessa conclusione si può giungere anche per le ipotesi in cui l'arricchimento è giustificato in base alla legge o a un titolo (si pensi all'art. 1592 c.c., in materia di locazione, che esclude il diritto all'indennizzo per i miglioramenti in capo al conduttore; a maggior ragione un diritto dello stesso tipo sarà escluso anche in capo a chi concretamente i miglioramenti li ha effettuati).

Nell'ipotesi poi in cui il terzo abbia ottenuto il beneficio in base ad un atto a titolo gratuito, il beneficiario può essere chiamato a rispondere entro i limiti dell'arricchimento, come confermato dalle Sezioni Unite della Cassazione[104].

Vi possono poi essere ipotesi in cui l'arricchimento sia stato conseguito di fatto, indipendentemente da atti a titolo gratuito o oneroso. Anche in casi di questo tipo, in linea di principio, non vi sono ostacoli alla possibilità di agire nei confronti del

[104] "L'azione di ingiustificato arricchimento di cui all'art. 2041 cod. civ. può essere proposta solo quando ricorrano due presupposti: (a) la mancanza di qualsiasi altro rimedio giudiziale in favore dell'impoverito; (b) la unicità del fatto causativo dell'impoverimento sussistente quando la prestazione resa dall'impoverito sia andata a vantaggio dell'arricchito, con conseguente esclusione dei casi di cosiddetto arricchimento indiretto, nei quali l'arricchimento è realizzato da persona diversa rispetto a quella cui era destinata la prestazione dell'impoverito. Tuttavia, avendo l'azione di ingiustificato arricchimento uno scopo di equità, il suo esercizio deve ammettersi anche nel caso di arricchimento indiretto nei soli casi in cui lo stesso sia stato realizzato dalla P.A., in conseguenza della prestazione resa dall'impoverito ad un ente pubblico, ovvero sia stato conseguito dal terzo a titolo gratuito" Cass. civ., Sez. Unite, Sentenza, 08/10/2008, n. 24772.

beneficiario ultimo della prestazione qualora l'intermediario fosse insolvente. Si deve ulteriormente considerare che, se la responsabilità nei limiti dell'arricchimento è prevista in maniera specifica dal legislatore nei casi in cui il beneficio fosse stato ricevuto dal terzo sulla base di un atto a titolo gratuito, allora, a rigor di logica, una responsabilità dello stesso tipo dovrà prevedersi in tutti quei casi in cui manchi il titolo giustificativo dell'acquisto. A questi fini però è fondamentale siano soddisfatte due condizioni: l'insolvenza dell'intermediario (se questi non lo fosse il principio di sussidiarietà imporrebbe che si agisca preliminarmente nei confronti dell'altro contraente) e l'assenza di preclusioni giuridiche dal punto di vista degli arricchimenti imposti, cioè situazioni in cui l'intermediario stesso non abbia alcun diritto a richiedere un compenso per la prestazione che ha determinato l'arricchimento. Ciò precluderebbe al contraente adempiente ogni possibilità di azione diretta. Alla luce di quanto appena considerato taluni potrebbero sostenere che sarebbe sufficiente consentire al contraente di esercitare in surrogatoria i diritti spettanti all'intermediario nei confronti del terzo che è beneficiario ultimo della prestazione. Tuttavia, l'ammissione di un'azione diretta presenta un vantaggio di notevole rilievo poiché permette di evitare il coinvolgimento nel fallimento dell'intermediario, sottraendo il credito al concorso con gli altri creditori.

Negli ultimi tempi, la giurisprudenza si è progressivamente aperta all'idea di concedere un'azione diretta per l'arricchimento indiretto, anche se limitata ai casi in cui l'intermediario sia insolvente[105]. Questo approccio rappresenta un'evoluzione rispetto alla visione più restrittiva adottata in passato.

[105] "In ipotesi di arricchimento cd. "indiretto", l'azione ex art. 2041 c.c. è esperibile soltanto contro il terzo che abbia conseguito l'indebita locupletazione nei confronti dell'istante in forza di rapporto gratuito (ovvero di fatto) con il soggetto obbligato verso il depauperato, resosi insolvente nei riguardi di quest'ultimo" Cass. civ., Sez. III, Sentenza, 22/10/2021, n. 29672.

Capitolo II

Arricchimento senza causa e processo: l'instaurazione del giudizio con domanda ex art. 2041 c.c.

Indice: 1. L'instaurazione del giudizio con domanda ex art. 2041 c.c.: gli elementi individuatori della domanda giudiziale, e la loro rilevanza nel processo – 2. La domanda di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c.: gli elementi individuatori, quelli necessari in vista della sua fondatezza, e la sua formulazione. – 3. La prova della fondatezza della domanda ex art. 2041 c.c. Premessa: onere della prova, sua distribuzione e sua attualizzazione. – 4. Onere della prova e suo assolvimento nell'azione ex art. 2041 c.c. – 5. L'instaurazione del giudizio con domanda ex art. 2041 c.c. quando vi è un precedente giudicato di rigetto dell'azione causale

1. L'instaurazione del giudizio con domanda ex art. 2041 c.c.: gli elementi individuatori della domanda giudiziale, e la loro rilevanza nel processo

Nello studio del modo in cui la azione di arricchimento indebito può essere calata nel processo, l'ipotesi più semplice è certo quella che vede l'attore agire sin da subito proponendo, nei confronti del convenuto, solo la domanda di indennizzo ex art. 2041 c.c. Essa pure merita però alcune riflessioni, specie in relazione ai requisiti di identificazione, prima ancora che di fondatezza, della domanda e così agli elementi che dovranno essere allegati già nell'atto introduttivo del giudizio. Di qui la necessità di una breve indagine su alcuni istituti processualcivistici che intersecano la questione della diretta proposizione dell'azione generale di arricchimento.

In primo luogo, può essere utile procedere specificando cosa si intenda quando si parla di elementi identificatori della domanda giudiziale[106]. Infatti, la domanda deve

[106] "La domanda quale atto, appartiene al più vasto genere delle istanze. Con tale termine s'intende qualificare quella tipologia di atti caratterizzati dalla peculiarità che, nel porli in essere, l'agente si propone il soddisfacimento di un proprio interesse con il sollecitare un diverso e ulteriore atto che solo altri può compiere e che esso solo varrà a soddisfare quell'interesse. […] Nel caso della istanza contenuta nella domanda giudiziale di cognizione, l'obbligo provvedimentale dell'organo adito sarà normalmente quello di pronunciarsi e decidere con forza di giudicato sul merito, ovvero di risolvere la questione che la domanda pone ad oggetto del giudizio di merito, perlopiù (ma non sempre, sulla base dell'applicazione della legge sostanziale ai fatti rilevanti e verificati in giudizio). Ciò peraltro sempre che sussistano inoltre quegli elementi individuati e regolati dalla legge processuale, e

essere intesa come deduzione di una determinata situazione giuridica soggettiva sostanziale fondata su di un titolo, c.d. *causa petendi*, avente un certo oggetto, c.d. *petitum* (nella prospettiva sia del bene della vita per il quale si chiede tutela, c.d. *petitum* mediato, che del provvedimento che si richiede al tal fine al giudice di pronunciare: c.d. *petitum* immediato), e intercorrente tra determinati soggetti, che assumono la veste di attore e di convenuto[107].

Sono questi gli elementi che identificano la domanda giudiziale fin dal momento in cui è proposta nel giudizio per il tramite dell'atto introduttivo (che a seconda dei casi può essere un atto di citazione o un ricorso). Non solo però tali elementi caratterizzano la domanda, perché essi, infatti, consentono pure l'esatta individuazione della medesima[108]. Nello specifico, è compito di colui il quale assume la veste di attore nel processo quello di individuare in maniera esatta la domanda giudiziale proposta, quale logica conseguenza del principio dispositivo sostanziale[109] (ecco perché non è il giudice a poter integrare la domanda che manchi di alcuni dei suoi elementi costitutivi, ma dovrà demandare tale attività all'attore)[110].

Quanto al profilo soggettivo della domanda, questo è dato dalle parti, ossia attore e convenuto, e rappresenta l'elemento più semplice da individuare in quanto di immediata percezione[111].

---

variamente denominati (tradizionalmente si parla di presupposti processuali), affinché in concreto si attualizzi quel dovere decisorio qualificato (ovvero sul merito) in capo ad un determinato giudice, e nei confronti di un dato convenuto, il quale altrimenti può dirsi, con la tradizione, dover essere *absolutus ab istantia*." C. CONSOLO, voce "*Domanda giudiziale*", *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, 1991, par. 2.

[107] V. G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile: I principi*, I, Bari, 2023, p. 80 ss.

[108] E, quindi, consentono di distinguere la domanda dedotta in giudizio da qualsiasi altra domanda, pure da quelle che magari hanno in comune con la stessa alcuni degli elementi individuatori. Può ben capitare, infatti, che tra gli stessi soggetti corrano diversi rapporti giuridici aventi il medesimo oggetto, si pensi per esempio ad una stessa somma di denaro, ma che trovino il proprio fondamento in differenti titoli, quali, per esempio, un contratto di mutuo ed un contratto di compravendita.

[109] "In forza del quale il giudice deve attenersi alla domanda di parte ed il suo dovere decisorio è da essa rigorosamente circoscritto, senza potersi spingere né fuori né oltre lo spazio così individuato ed imperativamente assegnatogli dalla parte" C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2023, p. 140.

[110] L'individuazione della domanda giudiziale sulla quale il giudice è tenuto a pronunciarsi assume poi rilievo in vista di diverse questioni che si pongono nel processo, quale ad esempio (e si tratta di un esempio che trova la propria ragion d'essere negli sviluppi che seguiranno nel corso della trattazione del prossimo scenario processuale di cui si dirà, v. cap. III) quella della distinzione fra *emendatio* e *mutatio libelli*.

[111] Con la doverosa precisazione che nei casi di rappresentanza sostanziale (ad es. genitori che agiscono per il figlio minore; tutore che agisce per l'interdetto), parte del processo sarà il rappresentato, e non il rappresentante.

Quanto, invece, al profilo oggettivo della domanda, questo è certamente più complesso e tale complessità si manifesta in primo luogo in una duplice ramificazione dello stesso, posto che attengono al profilo oggettivo della domanda tanto il *petitum* quanto la *causa petendi*. Si tratta di due elementi i quali devono essere compiutamente enucleati nell'atto con il quale la domanda è formulata, ancorché possano subire delle variazioni all'inizio del giudizio, in particolare nella prima delle tre memorie *ante* udienza ex art. 183 c.p.c. oggi disciplinate dall'art. 171-ter c.p.c.

Si procederà ora ad esaminare in maniera più specifica i due elementi identificatori c.d. oggettivi della domanda in quanto pongono questioni che sono centrali e che costituiscono oggetto di approfondimento nella discussione che seguirà sulla diretta proposizione dell'azione di arricchimento ingiustificato.

Il *petitum*, o oggetto della domanda, è concetto che si scinde in due differenti profili: esistono, infatti, il c.d. *petitum* mediato e il c.d. *petitum* immediato. Il primo dei due fa riferimento al bene della vita cui l'attore aspira con la proposizione della domanda e che concretamente può essere, a titolo esemplificativo, la prestazione dovuta dal convenuto, quando vengano dedotti diritti di obbligazione, ovvero la *res*, nell'ipotesi in cui ad essere dedotti siano diritti reali di godimento. Il secondo, invece, rappresenta la richiesta di un certo tipo di tutela giurisdizionale e dunque il tipo di sentenza che l'attore chiede al giudice di pronunciare (e, quindi, se una sentenza di mero accertamento, di condanna o costitutiva)[112].

Quanto alla *causa petendi*, ossia il secondo elemento oggettivo individuatore della domanda, essa riguarda il "momento causale e giustificativo"[113]. Quello della *causa petendi* è, forse, l'elemento attorno al quale si pongono più questioni giuridiche, tra le quali spicca quella relativa al carattere fattuale, giuridico oppure misto del concetto stesso di *causa petendi*. Si tratta di una questione, quest'ultima, che il diritto positivo ancora non ha risolto perché se si guarda all'art. 163 c.p.c. e, nello specifico, al suo n. 4 questo parla genericamente di "fatti" e di "elementi di diritto" costituenti le ragioni della domanda.

---

[112] V. G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 81.

[113] Espressione utilizzata da C. CONSOLO in *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 144.

A questo proposito può essere utile distinguere le due tesi più rilevanti relative, appunto, alla *causa petendi*: la tesi della sostanziazione e la tesi della individuazione. In base alla prima tesi la *causa petendi* consiste in quelli che sono i fatti costitutivi del diritto fatto valere, mentre alla luce della seconda (e oggi prevalente) tesi la *causa petendi* è data oltre che dai fatti costitutivi, anche dalla qualificazione giuridica che a tali fatti viene data[114]. La principale conseguenza derivante dall'adesione all'una o all'altra tesi si percepisce in sede di prima memoria ex art. 171-ter c.p.c. in quanto, aderendo alla prima tesi, qualora si venisse, in tale prima memoria, a variare la qualificazione giuridica dei fatti costitutivi allegati nell'atto di citazione non si verificherebbe l'ipotesi di una modificazione della domanda posto che il titolo (inteso solo quali fatti storici dai quali il diritto azionato si assume sorto) resta il medesimo; viceversa, aderendo alla seconda tesi, una variazione della qualificazione giuridica dei fatti integra una modificazione

[114] "L'adesione alla prima lettura comporta la necessità di allegare i fatti costitutivi del diritto nell'atto di citazione, a pena di nullità dello stesso per indeterminatezza dell'oggetto. L'adesione alla seconda ricostruzione, invece, pone l'ulteriore problema della individuazione proprio del diritto fatto valere. Nel caso, infatti, in cui si tratti di un diritto relativo (diritti etero-determinati), sarà necessario indicarne nell'atto di citazione anche i fatti costitutivi, a pena di nullità dell'*editio actionis.* Laddove, invece, si tratti di un diritto assoluto (diritti auto-determinati), non sarà necessario indicarne i fatti costitutivi ai fini di una sua corretta individuazione. Tuttavia sarà bene allegare comunque quei fatti costitutivi (tenendo in debito conto il regime delle preclusioni) per far accogliere nel merito la domanda stessa, nel rispetto del principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato" C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile: il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze,* vol. II, Torino, 2023, p. 191; "Secondo l'opinione che appare preferibile esso [N.d.A: il titolo] s'identifica col diritto (o *status*) in forza del quale viene rivendicato il bene giuridico di cui al *petitum*. Muovendo da tale presupposto, la *causa petendi* consiste nella compiuta esposizione «dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda» […], ossia, quanto meno in linea di principio (e tranne quando si tratti di una domanda di mero accertamento negativo), di tutti i fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio, occorrenti per individuare in maniera univoca quest'ultimo; con la conseguenza che ad ogni variazione di tali fatti dovrebbe inevitabilmente corrispondere una domanda diversa": G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 81; Sul punto si è espresso anche A. CERINO CANOVA ne *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, Torino, 1980, spec. 172 ss. il quale, a contrario, era sostenitore della tesi della sostanziazione, come emerge dalla lettura del passaggio in cui a p. 188 afferma: "L'affermazione della parte deve essere ulteriormente esaminata, onde stabilire in che modo e misura essa funzioni da parametro per gli accadimenti storici. Si impone, così, di valutare se l'affermazione debba ricomprendere, oltre l'effetto, anche la fattispecie legale in cui i fatti devono essere sussunti. Questo elemento è richiesto dai più ferventi fautori dell'*Individualisierungstheorie* ed anzi assumerebbe, secondo tale dottrina, il ruolo fondamentale nell'identificazione della domanda. Non sembra, tuttavia, difficile replicare che il compito dell'attore è di indicare il diritto fatto valere ed i fatti storici che servono all'individualizzazione; non consiste invece nel determinare il paradigma normativo che deve essere applicato e non può vincolare in ciò il giudice, perché vale il principio *jura novit curia*".

vera e propria della *causa petendi* e, conseguentemente, anche della domanda giudiziale proposta. Non solo, nell'individuare il ruolo da attribuire alla *causa petendi* bisogna altresì considerare che per antica tradizione ai fini della determinazione del diritto che si intende far valere non è sempre necessario individuarne il fatto acquisitivo perché in certi casi è sufficiente identificarne, accanto ai soggetti tra i quali corre la relazione affermata, l'oggetto (e questo è vero in particolare per i diritti reali di godimento)[115]. Certo è che i diritti soggettivi, e conseguentemente le domande giudiziali che ad essi si connettono, che abbracciano tale logica, per cui vi è una necessaria unicità in forza dell'indicazione dei soggetti e dell'oggetto, si dicono auto-determinati e, quindi, possono dirsi individuati a prescindere da quale sia la *causa petendi*[116]. Diversamente, quei diritti e quelle domande che necessitano dell'indicazione di un determinato titolo affinché possano dirsi individuate sono definiti etero-determinati. In relazione a tale categoria di diritti e domande è fondamentale venga enunciata la fonte posto che tra due soggetti possono intercorrere più rapporti giuridici aventi lo stesso contenuto ma fondantisi in diversi titoli e, quindi, se non lo si facesse sarebbe incerto il diritto (nella maggior parte dei casi si tratta di diritti di obbligazione, quando il debito riguardi il versamento di denaro o la consegna di cose fungibili) in relazione al quale è sorta la controversia.

I risvolti pratici della tematica dell'individuazione della domanda sono molti, e di centrale importanza. Quanto all'introduzione della domanda, che ai sensi dell'art. 163 c.p.c. avviene con atto di citazione a comparire ad udienza fissa, è fondamentale

---

[115] I romani asserivano "*amplius quam semel res mea esse non potest*" che significa letteralmente "una cosa non può essere mia più di una volta". Questa massima esprime un principio del diritto romano e civilistico secondo cui un soggetto non può acquistare più volte la proprietà di un bene che già gli appartiene e di qui, nell'ambito che ci interessa, il singolo fatto generatore della proprietà (ma anche dell'usufrutto o di una servitù) non è rilevante ai fini dell'individuazione del rapporto giuridico che si vuole dedurre in giudizio in quanto a tali fini è sufficiente l'individuazione dell'oggetto della domanda, del bene della vita cui si aspira. È comunque ovvio che per risultare vincitori del giudizio, nel corso del processo sarà necessario individuare e dimostrare pure il fatto acquisitivo del diritto sul bene della vita che la domanda però già di per sé identificava.

[116] Rientrano nella categoria delle domande auto-determinate pure le domande di accertamento della nullità in base ad un noto intervento giurisprudenziale delle sez. un. che si sono pronunciate con le sent. gemelle nn. 26242 e 26243/2014. Da tale configurazione le conseguenze sono molte: (1) la possibilità per l'attore di allegare nel corso del processo nuovi e diversi titoli di nullità; (2) l'efficacia del giudicato di rigetto della domanda anche rispetto agli altri ipotetici titoli giustificativi della nullità pur se non fatti valere nel primo processo; (3) la possibilità per il giudice di rilevare d'ufficio altre ragioni di nullità da sottoporsi al contraddittorio delle parti ai sensi dell'art. 101 c.p.c.

individuare proprio il contenuto di tale atto alla luce del fatto che la domanda giudiziale deve essere individuata da parte dell'attore già in questo momento iniziale della lite e, quindi, devono figurare già nell'atto di citazione gli elementi individuatori prima descritti.

In particolare, l'atto di citazione si compone di un duplice contenuto, ciascuno dei quali con una propria funzione. In primo luogo è l'atto che individua l'oggetto della domanda (la pretesa dell'attore nei confronti del convenuto), e di tale contenuto se ne parla in termini di *editio actionis*. In secondo luogo si tratta dell'atto che determina e permette la partecipazione del convenuto al processo in quanto contiene l'invito a comparire dinanzi all'organo giudiziario che si ritiene competente, e di tale contenuto se ne parla, invece, in termini di *vocatio in ius*[117].

È a questo punto utile ripercorrere, in breve, i requisiti che l'art. 163 c.p.c. richiede siano presenti all'interno dell'atto di citazione partendo da quei contenuti che costituiscono la appena menzionata *vocatio in ius* e, nello specifico, si tratta (1) dell'indicazione del tribunale davanti al quale è proposta la domanda; (2) dell'indicazione de "il nome, il cognome, la residenza e il codice fiscale dell'attore, il nome, il cognome, il codice fiscale, la residenza o il domicilio o la dimora del convenuto e delle persone che rispettivamente li rappresentano o li assistono" o se l'attore o il convenuto sono "una persona giuridica, un'associazione non riconosciuta o un comitato la citazione deve contenere la denominazione o la ditta con l'indicazione dell'organo o ufficio che ne ha la rappresentanza in giudizio"[118]; (3) dell'indicazione del nome e del cognome del procuratore, oltre che della procura ad esso conferita qualora già rilasciata; (4) dell'indicazione della data della prima udienza[119] oltre che dell'invito fatto al convenuto di costituirsi nel termine di

[117] V. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile,* vol. II, cit., p. 185; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile: Il processo ordinario*, II, Bari, 2023, p. 46.

[118] Questa altro non è che l'individuazione delle parti del processo e, quindi, dell'elemento soggettivo della domanda giudiziale.

[119] "L'ordinamento rimette all'attore la facoltà di scegliere la data della prima udienza, seppur con due limiti. In primo luogo, ai sensi dell'art. 69-bis disp. att., entro il 30 novembre di ogni anno il presidente del tribunale stabilisce con decreto i giorni della settimana e le ore destinate esclusivamente alle udienze di prima comparizione (il linguaggio è ancora quello anteriore alla riforma del 2005: si tratta delle udienze fissate ai sensi dell'art. 183). Pertanto può ben accadere che nel giorno individuato dall'attore il giudice istruttore designato non tenga udienza. Per tale inconveniente l'art. 168-bis, co. 4, dispone che "se nel giorno fissato per la comparizione il giudice istruttore designato non tiene udienza, la comparizione delle parti è d'ufficio rimandata all'udienza successiva tenuta dal giudice designato". In tal caso, però, il termine per la costituzione tempestiva del convenuto rimane quello originario (così i settanta giorni dovranno essere calcolati utilizzando

settanta giorni prima della stessa con l'avvertimento che, qualora non lo facesse, sarebbe colpito dalle decadenze di cui agli artt. 167[120] e 38[121] c.p.c., ma non solo, difatti, altro avvertimento che deve promanare dall'attore è quello dell'obbligatorietà della difesa tecnica.

Quanto ai contenuti che costituiscono l'*editio actionis*, essi sono certamente più significativi perché permettono di osservare come, nella pratica, si manifestano il *petitum* e la *causa petendi* della domanda giudiziale all'interno dell'atto di citazione (in cui, come si è già specificato, devono essere presenti tutti gli elementi individuatori della domanda proposta).

In questo senso, l'art. 163 c.p.c. impone (al n. 3) all'attore di determinare quella che è "la cosa oggetto della domanda", ossia il *petitum* sia nel suo profilo c.d. mediato, che in quello c.d. immediato. Ciò è vero in virtù di una lettura armonica del n. 3 della norma in esame con l'art. 164 c.p.c., nonostante su di un piano prettamente verbale la richiesta di un determinato tipo di pronuncia sia più facilmente associabile alle conclusioni, sempre di cui all'art. 163, n. 4, c.p.c[122]. Ma non solo, fondamentale è pure "l'esposizione in modo chiaro e specifico dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni" di cui al n. 4, appunto, in cui è palese il riferimento alla *causa petendi* e la cui presenza è determinante affinché tanto il giudice quanto il convenuto siano in grado

---

come riferimento temporale l'udienza fissata dall'attore nell'atto di citazione). […] Il secondo limite è stato previsto dall'ordinamento al fine di garantire il diritto di difesa del convenuto, il quale deve essere posto nella condizione di conoscere il contenuto della domanda giudiziale con un congruo anticipo rispetto alla data della sua costituzione in giudizio, per poter predisporre un'efficace difesa. Ecco che allora l'art. 163-bis prevede che tra la data della notificazione dell'atto di citazione - che è il momento in cui il convenuto ha conoscenza legale del processo - e la data della prima udienza, devono intercorrere termini liberi non minori di centoventi giorni, se il luogo della notificazione si trova in Italia, e di centocinquanta giorni, se si trova all'estero" C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile,* II, cit., p. 187 s.; sul punto v. anche G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, cit., p. 53.

[120] La costituzione tardiva rispetto al termine di settanta giorni prima dell'udienza fissata dall'attore preclude al convenuto la possibilità di: (1) sollevare eccezioni in senso stretto; (2) proporre domande riconvenzionali; (3) chiamare in causa un terzo.

[121] La costituzione tardiva rispetto al termine di settanta giorni prima dell'udienza fissata dall'attore preclude al convenuto la possibilità di sollevare l'eccezione di incompetenza per materia, valore e territorio, sia inderogabile che semplice.

[122] V. F. SASSANI, *Art. 163 – Contenuto della citazione*, in *Commentario del codice di procedura civile*, L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), vol. III, tomo I, UTET Giuridica, Torino, 2012, p. 22.

di individuare l'oggetto della domanda, posto che il *petitum* non sempre è sufficiente in questo senso[123].

Quanto a quest'ultimo requisito dell'atto di citazione è opportuno fare delle precisazioni. In primo luogo, gli elementi di diritto, in virtù del principio *iura novit curia*, hanno una rilevanza marginale. In secondo luogo, invece, nell'illustrazione del momento causale e giustificativo della pretesa, l'allegazione dei fatti rappresentanti le ragioni della domanda assume un ruolo di prim'ordine essendo indispensabile per l'individuazione del diritto azionato dall'attore nelle ipotesi in cui oggetto del processo fossero diritti etero-determinati[124]. Infine, le conclusioni cui fa riferimento la norma, altro non sarebbero che una sorta di sintesi della domanda che indica in modo breve e diretto il provvedimento richiesto al giudice.

A completamento poi del quadro di requisiti che costituiscono l'*editio actionis* e che devono essere inseriti nell'atto di citazione da parte dell'attore sono da menzionarsi anche l'indicazione, ex art. 163, co. 2, n. 3-*bis*, c.p.c., dell'assolvimento di eventuali oneri previsti ai fini della procedibilità della domanda e l'indicazione, ex art. 163, co. 2, n. 5, c.p.c. dei "mezzi di prova dei quali intende valersi e in particolare dei documenti che offre in comunicazione"[125].

È inoltre di fondamentale importanza sottolineare che nessun discorso sui requisiti dell'atto di citazione può avere alcuna pretesa di compiutezza se non è svolto in parallelo ad una lettura dell'art. 164 c.p.c., il quale contiene la disciplina degli eventuali vizi presenti nell'atto introduttivo che ne determinano la nullità. Come il contenuto dell'atto di citazione è duplice, duplici sono anche i relativi vizi: difatti è possibile distinguere tra vizi attinenti alla *vocatio in ius* e vizi riguardanti l'*editio actionis*, cui corrispondono regimi diversi di trattamento.

In ragione del fatto che la funzione precipua della *vocatio in ius* è di instaurare il contraddittorio e permettere al convenuto di costituirsi e difendersi, i vizi attinenti

---

[123] Lo sarebbe in ipotesi di domande giudiziali che deducono diritti auto-determinati, i quali sono precisamente individuati dall'oggetto del diritto stesso, non rilevando, invece, la fattispecie acquisitiva.

[124] Ed è proprio in quest'ambito che si colloca in maniera viva il contrasto tra le due tesi, di matrice tedesca, della sostanziazione e della individuazione della domanda di cui si è fatto sopra riferimento.

[125] È questa un'attività che però può pure svolgersi nel corso della successiva attività di trattazione della causa che si sviluppa con le tre memorie che precedono la prima udienza di cui all'art. 171-*ter* c.p.c. In particolare, i mezzi di prova e le istanze istruttorie dirette, ossia quelle che sono funzionali a dimostrare la fondatezza della domanda, si possono formulare sino alla seconda memoria ex art. 171-ter c.p.c.

a tale contenuto dell'atto di citazione sono quelli che non consentono di sapere in maniera precisa chi sia il soggetto convenuto e dinanzi a quale giudice, oltre che quando, si svolge il procedimento[126]. Il legislatore ha però previsto due differenti sanatorie per i vizi di cui in parola a seconda del fatto che il convenuto si sia o meno costituito in giudizio. Nel primo caso, infatti, la costituzione sana il vizio perché la citazione, per quanto viziata, ha raggiunto il suo scopo e di conseguenza sono fatti salvi fin dal momento della sua proposizione gli effetti sostanziali e processuali che si connettono alla domanda giudiziale[127]. Nell'ipotesi in cui, invece, il convenuto non si costituisse allora il giudice, rilevata d'ufficio la nullità dell'atto di citazione, è tenuto a disporne la rinnovazione entro un certo termine perentorio[128] con ordine all'attore di notificare al convenuto un nuovo atto di citazione completo di tutti gli elementi della *vocatio in ius.* La rinnovazione tempestiva farà sì che gli effetti della domanda giudiziale (sia quelli sostanziali: es. prescrizione e decadenza; sia quelli processuali: es. litispendenza) si producano *ex tunc*, ossia dal momento della prima notificazione. Qualora invece la rinnovazione non fosse tempestiva la conseguenza sarebbe un ordine del giudice di cancellazione della causa dal ruolo comportante l'estinzione del processo.

I vizi riguardanti l'*editio actionis* sono, invece, i vizi relativi alla possibilità di identificare con precisione l'oggetto della lite, il quale deve essere individuato in modo chiaro ed univoco in modo tale che il convenuto possa difendersi nel merito e il giudice decidere. Di qui, se dall'atto di citazione risultano come omessi o incerti

---

[126] V. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile,* II, cit., p. 189 s; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, cit., p. 65 s. e 68 ss.

[127] "Tuttavia, quando il vizio dipende dal mancato rispetto dei termini dilatori a comparire, oppure dall'assenza dell'avvertimento circa le possibili decadenze o l'obbligo di difesa tecnica (sì che la comparizione può essere stata frettolosa o non tecnicamente adeguata e curata), il giudice, se richiesto, è tenuto a fissare una nuova udienza, affinché il convenuto possa predisporre le sue difese nel rispetto dei termini" C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile,* II, cit., p. 190.

[128] "Il giudice dovrebbe rilevare il vizio della *vocatio in ius* e ordinare la rinnovazione dell'atto di citazione già con il decreto che deve pronunciare entro 15 giorni dalla scadenza del termine di costituzione del convenuto e dedicato alle verifiche preliminari (art. 171-bis). Tuttavia in qualunque fase del giudizio (e così anche in quella decisoria), il giudice che accerti la nullità della citazione per tale profilo dovrà sempre disporne la rinnovazione e fissare udienza ex art. 183. Il convenuto potrà così costituirsi almeno settanta giorni prima senza incorrere in alcuna preclusione o decadenza, e il processo (anche se già in fase decisoria) vedrà riaprirsi la fase di trattazione. Può capitare che il convenuto non si costituisca pur in assenza di vizi della citazione (e della sua notificazione o rinnovazione): in tal caso il giudice, ciò bene verificato, dovrà dichiararne la contumacia ai sensi degli artt. 171, co. 3, e 291 ss." C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile,* II, cit., p. 190.

petitum e *causa petendi* (quando necessari) e conseguentemente non sia intelleggibile l'oggetto del processo, allora la citazione è nulla[129]. Il trattamento giuridico riservato a questo tipo di nullità[130] è, tuttavia, differente da quello poc'anzi esaminato: infatti, il giudice che rilevi la nullità è tenuto a disporne entro un termine, sempre perentorio, l'integrazione (la quale deve avvenire con una memoria) o la rinnovazione (la quale deve avvenire mediante la nuova notificazione di una citazione), a seconda che il convenuto si sia o meno costituito. In queste ipotesi, tuttavia, la tempestività nella sanatoria dei vizi non produce un effetto sanante retroattivo, bensì restano "ferme le decadenze maturate e i diritti quesiti anteriormente" a tali attività sananti come statuisce l'art. 164, co. 5, c.p.c. a ragione del fatto che solo una volta che il diritto fatto valere in giudizio si sia propriamente individuato allora la domanda può produrre i suoi effetti processuali e sostanziali.
Per una visione completa sulla fase introduttiva del processo civile non si possono, poi, non fare dei cenni all'atto con cui è data al convenuto la possibilità di replicare alla domanda attorea che è la comparsa di costituzione e risposta di cui all'art. 167 c.p.c. In tale atto "il convenuto deve proporre tutte le sue difese prendendo posizione in modo chiaro e specifico sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda[131], indicare le proprie generalità e il codice fiscale, i mezzi di prova di cui intende valersi e i documenti che offre in comunicazione, formulare le conclusioni". Oltre a quanto appena affermato è in questa sede che il convenuto deve formulare le eventuali domande riconvenzionali, le eccezioni in senso stretto e, qualora volesse chiamare un soggetto terzo in causa, dovrà dichiararlo e provvedere ai sensi dell'art. 269 c.p.c. Come per l'atto di citazione, anche per la comparsa di costituzione e risposta non tutte le attività indicate dall'art. 167 c.p.c. devono essere

---

[129] V. F. SASSANI, *Art. 164 – Nullità della citazione*, in *Commentario del codice di procedura civile*, L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), vol. III, tomo I, UTET Giuridica, Torino, 2012, p. 52 ss.; sul regime dei vizi relativi all'*editio actionis* v. anche G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, cit., p. 70 s.
[130] V. F. SASSANI, *Art. 164 – Nullità della citazione*, cit., p. 56 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile,* II, cit., p. 190 ss.
[131] Il riferimento qui operato dal legislatore è relativo all'onere di contestazione, del convenuto, dei fatti dedotti dall'attore posto che, ex art. 115 c.p.c., il giudice può porre a fondamento della propria decisione pure i fatti che non siano stati specificamente contestati. I limiti temporali per poter adempiere a tale onere sono tuttavia ancor oggi non puntualmente definitivi a livello normativo, ed oggetto di diverse interpretazioni: se nella comparsa di costituzione e risposta, o ancora nella I o nella II memoria ex art. 171-ter c.p.c. Del pari è dibattuto quali siano le conseguenze della tardiva contestazione: la soluzione preferibile pare essere quella che la ammette la contestazione tardiva ma impone in quel caso a colui che la porre in essere di fornire la prova di quanto affermato.

svolte a pena di decadenza, appunto, in comparsa di risposta tempestivamente depositata (ovverosia settanta giorni prima dell'udienza fissata con l'atto di citazione). Infatti, le attività che sono soggette a preclusione quando non svolte con la comparsa di risposta tempestivamente depositata sono solamente quelle per le quali l'attore, nell'atto di citazione, deve dare l'avvertimento ex art. 163, co. 3, n. 7, c.p.c. Decade, quindi, il convenuto dalla possibilità di proporre domande riconvenzionali ed eccezioni in senso stretto, oltre che dalla possibilità di chiamare terzi in giudizio, nelle fasi ulteriori del processo quando non già tempestivamente prospettate in comparsa di risposta.

2. La domanda di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c.: gli elementi individuatori, quelli necessari in vista della sua fondatezza, e la sua formulazione

Sulla base di queste premesse generali, va ora analizzato come l'azione oggetto della presente tesi si cala nel processo quand'essa sia dall'attore esercitata in maniera diretta, ossia senza prima aver esperito un'azione casuale in via principale ovvero in via autonoma.

Le Sezioni Unite, con la sentenza n. 33954 del 5.12.2023 già discussa nel precedente capitolo, riconoscono la possibilità per l'attore di agire direttamente con domanda ex art. 2041 c.c. ove affermano che "tale verifica[132], ancorché sulla base delle allegazioni delle parti, si impone anche laddove sia direttamente avanzata la domanda di arricchimento (il cui contenuto deve comunque essere rispettoso della necessità di allegazione da parte dell'attore, dei caratteri che giustificano la sua proposizione in ragione della ricorrenza del requisito della sussidiarietà), rientrando nelle verifiche officiose del giudice quello del riscontro del carattere della residualità della domanda proposta".

[132] La verifica a cui le Sezioni Unite alludono è la verifica circa l'assenza di un titolo causale in base al quale potrebbe venirsi a fondare un'azione alternativa, qual è per esempio la sussistenza di un contratto in base al quale può dirsi giustificata la prestazione posta in essere dall'attore "in arricchimento" (e corrispondentemente, quindi, è in astratto configurabile l'azione contrattuale, la quale esclude si possa ricorrere all'azione di arricchimento ingiustificato in ragione del requisito della sussidiarietà).

L'attore, dunque, può certamente agire direttamente ex art. 2041 c.c. purché sia in grado di dimostrare la sussistenza di tutti i presupposti della domanda di arricchimento indicati dal diritto positivo agli artt. 2041-2042 c.c. Si tratta di quei requisiti che sono stati approfonditi nel corso del precedente capitolo e che sono: (1) l'arricchimento del soggetto convenuto[133]; (2) l'impoverimento dell'attore[134]; (3) la correlazione tra questi due eventi[135]; (4) la mancanza di una causa giustificatrice degli stessi[136]; (5) la sussidiarietà dell'azione[137].

Un discorso individuale per ciascun requisito è impossibile da fare in quanto ciascuno di tali presupposti è collegato agli altri. Non sarebbe infatti possibile sostenere un discorso in cui si parli solamente dell'arricchimento del convenuto in quanto il fatto che tale arricchimento debba necessariamente essere correlato al pregiudizio patito dall'attore e debba essersi verificato senza alcuna causa di giustificazione, oltre al fatto che non debbano essere proponibili altre azioni rendono vano qualsiasi tentativo in questo senso.

In ragione di ciò, quel che preliminarmente è opportuno trattare riguarda i contenuti che necessariamente devono figurare nell'atto di citazione quando sia proposta la domanda di arricchimento ingiustificato. Al di là dei contenuti relativi alla *vocatio in ius* e, quindi, alla evocazione dinanzi al giudice del soggetto convenuto (in questi contenuti emerge il profilo soggettivo della domanda di arricchimento ingiustificato, ossia vi è l'individuazione dei soggetti tra i quali si instaura la causa), che in questa sede appaiono meno problematici da un punto di vista pratico[138], in quanto solo si tratta di individuare correttamente il soggetto che si è giovato dell'arricchimento senza causa.

---

[133] V. cap. I, par. 5.
[134] V. cap. I, par. 6.
[135] V. cap. I, par. 7.
[136] V. cap. I, par. 8.
[137] V. cap. I, par. 9, 9.1 e 9.2.
[138] A ben vedere, tuttavia, qualche problematica potrebbe venirsi a porre in relazione all'ipotesi di arricchimento indiretto. Si tratta delle ipotesi in cui il soggetto che effettivamente si è arricchito della prestazione dell'impoverito è diverso dal soggetto al quale l'impoverito ha reso la prestazione o con il quale l'impoverito aveva concluso un contratto. Nei casi, infatti, in cui un terzo abbia beneficiato dell'altrui prestazione a titolo gratuito o, ancor più semplicemente, in via di fatto, si è visto (al cap. I, par. 11) che si ammette l'esperibilità dell'azione generale di arricchimento (nei confronti di colui il quale si sia arricchito), purché vi sia l'insolvenza dell'intermediario (per esempio, colui con il quale si era concluso il contratto in base al quale l'impoverito ha reso la propria prestazione) e che, quest'ultimo, non abbia alcun diritto a richiedere un compenso per la prestazione determinante l'arricchimento del terzo.

Ciò che è realmente rilevante è distinguere i due profili oggettivi della domanda che debbono essere inseriti e che fanno parte dei contenuti rappresentati l'*editio actionis*.

In sostanza, ci si deve chiedere quali siano il *petitum* e la *causa petendi* della domanda di arricchimento ex art. 2041 c.c.

Quanto al primo dei due profili oggettivi, ossia il *petitum*, già si è avuto modo di ricordare che questo può essere inteso in due accezioni, entrambe fondamentali ai fini della enucleazione della domanda giudiziale, ossia il *petitum* inteso in senso mediato ed in senso immediato.

Relativamente pochi problemi pone l'individuazione di quest'ultimo in quanto l'attore il quale agisca con l'azione di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c. effettua all'autorità giudiziaria una ben precisa richiesta di tutela giurisdizionale: egli chiede una pronuncia che non solo accerti il suo diritto all'indennizzo od il suo diritto ad ottenere la restituzione in forma specifica della *res* oggetto dell'arricchimento del convenuto, ma che anche condanni il convenuto a provvedere rispettivamente al pagamento dell'indennizzo o alla restituzione della cosa. Il provvedimento che si richiede al giudice di pronunciare è dunque una sentenza di condanna.

Quanto, invece, al *petitum* mediato questo identifica il bene della vita oggetto della domanda e che il processo dovrebbe far conseguire all'attore in tanto in quanto la sua domanda risulti fondata. L'individuazione del *petitum* mediato nella domanda ex art. 2041 c.c. è uno degli aspetti più complessi per l'attore: egli, infatti, dovrà indicare il diritto di credito che reputa di vantare nei confronti dell'arricchito, e dovrà individuare tale diritto alla luce delle regole sulla quantificazione dell'obbligazione indennitario-restitutoria[139].

Per individuare con precisione l'obbligazione del convenuto, è, in primo luogo, fondamentale determinare l'entità dell'arricchimento del convenuto in termini economici, posto che l'azione mira alla restituzione di ciò che è stato ingiustificatamente acquisito, se del caso in forma di indennizzo quando la restituzione in natura di cui al comma secondo dell'art. 2041 c.c. non fosse possibile o non garantisse un pieno soddisfacimento della pretesa attorea.

---

[139] Sul tema v. cap. I, par. 10.

Ai fini della individuazione dell'obbligazione indennitario-restitutoria è necessaria pure la allegazione dell'impoverimento che l'attore ha patito. Su tale requisito si è già detto al capitolo precedente[140] che sussistono due differenti visioni elaborate dalla dottrina.

In particolare, in base alla concezione largamente maggioritaria il pregiudizio è un elemento fondamentale della fattispecie in quanto l'arricchimento di una parte è visto come la conseguenza della perdita patrimoniale dell'altra, la quale costituisce il pregiudizio stesso. Secondo i fautori della teoria del profitto creato, invece, il pregiudizio non è dato dalla perdita patrimoniale subita dal soggetto impoverito, ma semplicemente sarebbe integrato dalla condotta lesiva della quale il danno patrimoniale è una conseguenza normale, ma non necessaria. L'adesione a questa seconda costruzione comporterebbe la superfluità della determinazione quantitativa della perdita patrimoniale, poiché ciò che solo rileverebbe è il vantaggio patrimoniale conseguito dall'arricchito in maniera ingiustificata.

Ebbene, sul piano dell'individuazione dei fatti da allegare (e, poi, delle prove da fornire), le conseguenze dell'adesione all'una o all'altra delle ricordate costruzioni sono tra loro differenti (in questo senso si veda al par. 4). Se si aderisce alla tesi maggioritaria (anche per noi più persuasiva), il pregiudizio è dato dal danno patrimoniale subito dall'attore e costituisce elemento essenziale dell'istituto dell'arricchimento ingiustificato. Infatti, nell'ipotesi in cui all'attore non fosse derivato un pregiudizio inteso in senso di danno patrimoniale, il preteso "impoverito" non avrebbe subito alcun impoverimento che, come poc'anzi affermato è elemento essenziale. La sua mancanza determinerebbe dunque la carenza di uno degli elementi costitutivi dell'azione ex art. 2041 c.c., il che darebbe luogo ad un giudizio di infondatezza nel merito (per assenza dei requisiti legali imposti dal c.c.) della domanda di indebito arricchimento proposta.

Infine, sempre per la determinazione del *petitum* mediato è fondamentale allegare e dimostrare la correlazione tra il pregiudizio patito dall'attore e l'arricchimento conseguito dal convenuto. Come si è già avuto modo di chiarire, la correlazione tra arricchimento e impoverimento è uno degli elementi costitutivi dell'azione di arricchimento senza causa, ed è stato nel tempo variamente interpretato.

---

[140] V. *supra* nota 134.

In particolare, tale rapporto di correlazione non deve essere solamente quantitativo – per cui l'attore semplicemente può limitare le pretese alla somma minore tra arricchimento e impoverimento – ma deve esserci un nesso di collegamento tra i due fenomeni opposti che si verificano nei patrimoni delle parti, benché non sia necessario che l'impoverimento derivi direttamente dal fatto che ha causato l'arricchimento: all'opposto, è rilevante l'arricchimento che dipende dal correlativo impoverimento. La diminuzione patrimoniale dell'impoverito deve quindi aver determinato un vantaggio per l'arricchito, anche se il trasferimento di ricchezza non è diretto o immediato. Non è richiesta, quindi, né l'immediatezza del passaggio del bene dal patrimonio dell'impoverito a quello dell'arricchito, né un rapporto di causalità diretta in senso stretto. È sufficiente che esista una relazione di "necessità storica"[141], che è data da ciò, che l'arricchimento non si sarebbe verificato senza che si manifestasse l'impoverimento.

A titolo d'esempio si potrebbe pensare al caso di un soggetto che abbia costruito un'opera su un terreno altrui senza essere retribuito, in tale ipotesi è possibile dimostrare che l'arricchimento del proprietario del terreno (l'aumento di valore del bene) dipende dal lavoro svolto dall'attore (impoverimento), anche se non vi è stato un passaggio diretto di denaro o beni.

Accanto all'arricchimento avversario ed al proprio pregiudizio, l'attore ex art. 2041 c.c. dovrà altresì (anzitutto) allegare (e poi, provare, ove ne ricorra la necessità: v. *infra* par. 3-4) la mancanza di una causa di giustificazione dell'arricchimento avversario e così la sussistenza del requisito della sussidiarietà della domanda.

Ancorché spesso si discorra di mancanza di giustificazione causale e sussidiarietà, si tratta di due diverse prospettive di osservazione di quello che pare il medesimo requisito di fondatezza dell'azione ex art. 2041 c.c.: essendo la sussidiarietà un requisito che impone la mancanza di altre azioni disponibili per l'attore, effettivamente quando mancasse una causa di giustificazione dell'arricchimento allora dovrebbero mancare pure altre azioni disponibili, le quali, se, per converso, fossero astrattamente disponibili renderebbero, a ben vedere, la domanda infondata[142]. Un esempio potrebbe chiarie la tematica che si è appena posta. Si pensi

[141] In questi termini si esprime A. TRABUCCHI, voce *Arricchimento (Azione di) (Diritto civile)*, in *Enc. del dir.*, III, Milano, 1958, p. 72.

[142] Sul punto, per considerazioni di maggiore precisione, si veda la fine del presente paragrafo.

al soggetto il quale realizzi una prestazione sulla base di un contratto a prestazioni corrispettive, ma l'altro contraente si riveli inadempiente della propria controprestazione. Se tale contratto fosse perfettamente valido ed efficace la prestazione attuata dal soggetto non potrebbe dirsi priva di giustificazione e, quindi, a rigore se in un'ipotesi di questo tipo il soggetto adempiente agisse direttamente con l'azione di arricchimento andrebbe inevitabilmente incontro ad una sentenza di rigetto della domanda nel merito in quanto infondata, posto che avrebbe dovuto preliminarmente esperire l'azione contrattuale. Diversamente, se tale contratto fosse nullo[143], allora verrebbe a mancare *ab origine* la causa che giustifica la prestazione resa a favore del soggetto inadempiente e ciò giustificherebbe l'esperibilità diretta dell'azione ex art. 2041 c.c.

Spetterà dunque all'attore impoverito anzitutto allegare che, se un contratto c'era, esso è nullo e che, conseguentemente, la prestazione svolta, che ha arricchito la controparte, non trova una causa giustificatrice alcuna e, ulteriormente, che in conseguenza di ciò non sussistono altri rimedi disponibili attraverso i quali l'attore avrebbe potuto avere soddisfazione delle proprie ragioni.

In relazione alla pretesa nullità del contratto di cui all'esempio fatto in precedenza potrebbe, inoltre, porsi un quesito circa la necessità o meno di una preliminare declaratoria che accerti la nullità, rispetto alla domanda ex art. 2041 c.c. In relazione a tale questione riteniamo che, nella situazione processuale in considerazione, non serva una preventiva declaratoria di nullità del contratto e che nella domanda ex art. 2041 c.c. la nullità può essere anche solo affermata[144] posto che costituisce una questione pregiudiziale di merito decidibile *incidenter tantum* dal giudice ex art. 34 c.p.c.

A questo punto è fondamentale chiarire che sussidiarietà e assenza di una giustificazione causale[145] rappresentano elementi costitutivi della fattispecie astratta di cui all'art. 2041 c.c., al pari dell'impoverimento e del correlativo

[143] La nullità del contratto, tuttavia, in base al principio di diritto posto dalle sez. un. della Cassazione con la sent. 33954/2023, non può derivare dall'illiceità del contratto stesso per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico. In tal caso, infatti, l'azione di arricchimento sarebbe preclusa.

[144] Non è, quindi, necessario che si formuli una domanda di accertamento della nullità da cumulare con la domanda ex art. 2041 c.c.

[145] Chi scrive discute di tali due elementi assieme in quanto li ritiene uno unico già da un punto di vista sostanziale, ma sul punto si veda meglio alle Conclusioni della presente tesi.

arricchimento. Ne consegue che, qualora venga proposta un'azione di arricchimento ingiustificato e risulti carente anche uno solo di tali elementi, la domanda dovrà essere rigettata nel merito per infondatezza.

In particolare, qualora nel corso del processo emerga in modo chiaro la vicenda fattuale e risulti altresì evidente la ragione per cui è stata introdotta la domanda – ossia, il fatto che l'attore ritenga di aver subito un depauperamento senza una giustificazione causale –, ma difetti l'allegazione o la prova (quando necessaria) degli elementi normativi richiesti dagli artt. 2041 e 2042 c.c., il vizio che ne deriva non attiene alla comprensibilità dell'azione proposta[146]. In altri termini, non si tratta di un vizio tale da precludere l'identificazione del diritto fatto valere in giudizio e, quindi, l'ammissibilità della domanda – e, dunque, non si applica il regime di invalidità previsto dagli artt. 163 e 164 c.p.c. che contempla la possibilità di una sanatoria della domanda viziata – bensì di un vizio che incide sulla corretta sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta. Di conseguenza, la decisione che definisce la controversia dovrà assumere la forma di una sentenza di rigetto nel merito per infondatezza della domanda, la quale è idonea al giudicato sostanziale ex art. 2909 c.c.

3. La prova della fondatezza della domanda ex art. 2041 c.c. Premessa: onere della prova, sua distribuzione e sua attualizzazione

Chiariti i contenuti della domanda giudiziale con la quale l'attore voglia dedurre il proprio diritto all'indennizzo ex art. 2041 c.c., va affrontata la successiva questione di chi debba fornire la prova e di quali fatti, in vista dell'accoglimento (o, nella prospettiva del convenuto, del rigetto) della domanda di arricchimento indebito. Si tratta dunque di individuare cosa debbano provare attore e convenuto, partendo da alcune premesse generali.

La ripartizione dell'onere della prova tra attore e convenuto (meglio: tra colui che propone la domanda e colui che invece si oppone al suo accoglimento) è individuata nel codice civile, all'art. 2697 c.c. il quale afferma che "chi vuol far valere un diritto

[146] Un vizio di questo tipo invece sussisterebbe in tutti i casi in cui mancasse la descrizione del contesto fattuale che ha portato alla proposizione della domanda di cui all'art. 2041 c.c., che è elemento identificatore della domanda giudiziale e la cui mancanza, appunto, determinerebbe la nullità della domanda per mancata allegazione dei fatti costitutivi ex artt. 164, co. 4 e 163, n. 4, c.p.c.

in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento" (si tratta dei fatti costitutivi) e ancora che "chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda" (si tratta dei fatti impeditivi, modificativi o estintivi)[147].

La norma considera, dunque, l'attività di eccezione, ossia la deduzione in giudizio di fatti principali[148] che hanno effetto impeditivo, estintivo o modificativo del diritto fatto valere dall'attore[149]. V'è tuttavia un'altra attività difensiva del convenuto, che si definisce mera difesa. Con tale attività il convenuto non introduce nel processo fatti principali ulteriori impeditivi, estintivi o modificativi, ma nega l'esistenza dei fatti costitutivi allegati dall'attore, se del caso proponendo una diversa costruzione dei fatti incompatibile con quella attorea[150].

La distinzione concettuale sussistente tra eccezione e mera difesa ha estremo rilievo in relazione alla tematica della ripartizione dell'onere della prova posto che quando il convenuto eleva una mera difesa, tale iniziativa si colloca in quell'area di fatti relativamente ai quali sussiste un onere probatorio in capo all'attore: è infatti l'attore che "sopporta l'onere di provare l'esistenza del fatto costitutivo e non il convenuto ad essere onerato della dimostrazione della sua inesistenza"[151], a contrario, invece, è sul convenuto che ricade l'onere di provare i fatti che hanno un'efficacia impeditiva, estintiva o modificativa del preteso diritto attoreo.

Sinora si è parlato di onere della prova senza, tuttavia, specificare in che cosa tale onere consista. Parlare di onere della prova potrebbe infatti far sottintendere che il

---

[147] "La norma in esame opera un preciso collegamento tra l'onere della prova e le singole norme di diritto sostanziale su cui si basa la pretesa di chi agisce o di chi eccepisce" S. PATTI, *Le prove*, Milano, 2021, p. 155.

[148] In generale "fatti principali sono quelli che rilevano in via diretta per l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza del diritto dedotto in giudizio, poiché appartengono alla fattispecie legale ed astratta cui la domanda fa riferimento e condizionano, in positivo o in negativo, la fondatezza della domanda medesima, sicché la loro individuazione va compiuta in base ad un'analisi, più o meno complessa, di natura strettamente sostanziale" G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 73.

[149] Sul punto, e sulla distinzione tra eccezioni processuali e eccezioni di merito (quelle a cui allude la norma), v. G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 88 ss.

[150] C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 151 s.; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 88 s.

[151] C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 152.

suo mancato adempimento, da parte di colui il quale ne era gravato, ne determini necessariamente la soccombenza in giudizio[152].

Tendenzialmente succede che l'attore faccia valere un diritto e ne sostenga l'esistenza allegando il relativo fatto costitutivo, mentre il convenuto ne affermi l'inefficacia, la modificazione o l'estinzione mediante l'allegazione di fatti idonei a produrre questi effetti in base alla disciplina sostanziale della fattispecie considerata. È, quindi, su tale distribuzione dei ruoli processuali connessa agli elementi della fattispecie che si viene a fondare il criterio di ripartizione dell'onere della prova tra le parti, e quindi anche il criterio per determinare le conseguenze derivanti dalla mancata prova dei fatti. Così l'attore soccombe qualora non risultasse provato il fatto costitutivo del diritto che questi voleva far valere, mentre il convenuto nei casi in cui non ha provato il fatto che ha posto a base della sua eccezione. Ma non solo, in ragione del fatto che la posizione del convenuto è, da un punto di vista giuridico, conseguente a quella attorea, il primo dei due risulterà vittorioso in giudizio quando l'attore non abbia provato il fatto costitutivo del diritto o quando, pur avendo l'attore provato tale fatto, il convenuto sia riuscito a fornire la prova del fatto che è fondamento dell'eccezione. Viceversa, il convenuto è soccombente nelle ipotesi in cui fallisca nel fornire prova del fatto impeditivo, modificativo o estintivo, e l'attore abbia invece provato il fatto costitutivo.

Si è quindi osservato in dottrina come risulti più corretto parlare di onere della prova nei termini di rischio della mancata prova, il quale è sopportato vuoi dal soggetto tenuto a provare i fatti costitutivi del diritto fatto valere, vuoi dal soggetto che si difende sollevando eccezioni e che, conseguentemente, è tenuto a fornire la prova

[152] "Il principio fondamentale è comunque che quando un fatto giuridicamente rilevante non è provato, e quindi la relativa norma sostanziale non può essere applicata, la domanda o l'eccezione che sono fondate su quel fatto e su quella norma risultano infondate, e quindi debbono essere rigettate dal giudice. Questo principio entra in gioco nel momento in cui dev'essere formulata la decisione finale, in funzione dell'esito del giudizio sui fatti. Esso opera, nel caso di mancata prova di un fatto rilevante, come criterio suppletivo che ripartisce fra le parti le conseguenze giuridiche di questa situazione. L'onere della prova è un onere in senso proprio, in quanto presuppone che ogni parte abbia la possibilità di evitare le conseguenze negative della mancata prova dei fatti: tale possibilità consiste appunto nel fornire al giudice prove sufficienti dei fatti che si sono allegati a fondamento delle rispettive domande ed eccezioni" M. TARUFFO, voce *Onere della prova, Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.,* 1995, p. 2.

dei fatti impeditivi, estintivi o modificativi del diritto fatto valere dalla controparte secondo quanto stabilisce il già richiamato art. 2697 c.c.[153].

L'onere della prova (e il rischio della mancata prova che vi si collega) non è sempre attuale[154]. Vi sono infatti dei casi in cui la parte non deve fornire la prova dei fatti di cui si giova (fatti costitutivi, l'attore, fatti impeditivi, estintivi, modificativi il convenuto) in quanto tali fatti possono essere pacifici[155], notori[156], non contestati o dimostrati in virtù dei poteri inquisitori del giudice.

Tra tutte le ipotesi nelle quali la parte che si giova del fatto allegato è esonerata dall'onere di provarlo, assume particolare rilievo pratico quella della non

---

[153] "Il criterio generale enunciato dall'art. 2697 c.c. ha il vantaggio di essere semplice e generalissimo, ma ha l'inconveniente di essere meramente formale. Esso non è cioè idoneo, da solo, a determinare la decisione pro o contro l'una o l'altra parte, a seconda che dell'uno o dell'altro fatto manchi la prova nel singolo caso concreto. Si tratta in effetti di un criterio di rinvio, in quanto solo facendo riferimento alla norma sostanziale applicabile al caso è possibile stabilire davvero «chi doveva provare che cosa», ossia quali fatti dovevano essere provati da colui che intendeva far valere un diritto, e quali dovevano essere provati da chi invocava l'inefficacia di quei fatti o la modificazione o l'estinzione di quel diritto. Pare evidente che l'art. 2697 sia in grado di determinare la decisione del caso concreto solo combinandosi con la norma sostanziale che regola la fattispecie su cui verte il giudizio. Sono anzi le norme sostanziali di volta in volta applicabili al caso concreto a stabilire quali fatti rappresentano il fondamento del diritto che viene invocato, e da quali fatti può derivare l'inefficacia, la modificazione o l'estinzione di questo diritto. Ciò non esclude tuttavia che assuma rilievo anche la situazione processuale in cui entrambe le parti si collocano nei confronti della fattispecie controversa, nel momento in cui ognuna di esse allega i fatti che pone a fondamento della propria domanda o eccezione. Si ritiene anzi che l'art. 2697 operi quella che viene comunemente definita come «semplificazione analitica della fattispecie», proprio in quanto prevede una ripartizione generale degli oneri probatorii tra le parti in funzione delle rispettive posizioni processuali di «attore» e di «convenuto», e delle modalità con cui la fattispecie sostanziale si configura nelle prospettive correlate a queste posizioni" M. TARUFFO, voce *Onere della prova*, cit. p. 3-4.

[154] "L'onere della prova riguarda soltanto i fatti incerti, mentre non hanno bisogno di essere provati i fatti affermati da una parte e non contestati dall'altra nonché i fatti notori" S. PATTI, *Le prove*, cit., p. 13.

[155] "Il fatto allegato e dedotto (ma non ancora provato) dalla parte interessata dovrebbe considerarsi pacifico, ed utilizzabile *de plano* ai fini decisori, quando la controparte, anche senza ammetterlo in termini espliciti, si astenga sostanzialmente dal contestarlo, oppure fondi il proprio sistema di difesa su argomenti logicamente incompatibili con il suo disconoscimento" L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, p. 109; "In numerose decisioni si richiedeva che, per essere considerati «pacifici», i fatti fossero stati implicitamente ammessi dall'altra parte, oppure che quest'ultima avesse impostato il suo sistema difensivo su elementi e argomentazioni incompatibili con il disconoscimento del fatto allegato dalla controparte" S. PATTI, *Le prove*, cit., p. 15.

[156] "Si intende più specificamente per fatto notorio quel «fatto di comune conoscenza» e di «esperienza comune», che appartiene alla «cultura media» della collettività in un dato tempo e luogo. Esso è, quindi, da reputarsi acquisito con un tale grado di «certezza», da non aver alcun bisogno di essere concretamente provato di volta in volta, dovendosi configurare per forza propria come incontestabile e indubitabile. Ed il potere discrezionale del giudice di merito di utilizzarlo ai fini della decisione è censurabile nel giudizio di legittimità, unicamente se fondato su di una sua «inesatta nozione»" L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 303.

contestazione dei fatti ad opera dell'avversario[157]. Si tratta di un principio, quello della non contestazione, che ha ottenuto un riconoscimento positivo solamente con la legge 18 giugno 2009, n. 69, la quale modificò il testo dell'art. 115, co.1, c.p.c. inserendovi la precisazione per cui il giudice pone a fondamento della sua decisione i fatti allegati da una parte e non specificamente contestati dalla controparte che si sia costituita.

Dal teso della norma ultima citata è possibile dedurre che la non contestazione è quel comportamento processuale che rende i fatti allegati dalla controparte fatti equiparati a quelli ammessi, con ciò legittimando il giudice a porli a fondamento della propria decisione senza il bisogno che siano provati. Di qui, a rigor di logica, è possibile ricavare che, comunque, i fatti non contestati non sono fatti provati. "Il principio della non contestazione, infatti, opera sì sul piano probatorio, ma solo quale *relevatio ab onere probandi*; il comportamento non contestativo, infatti, assume rilevanza, ai fini del giudizio di fatto, nella fase del giudizio destinata alla formazione del *thema probandum*, ovvero, ancor prima che sia emerso un contrasto tra le parti in merito alla verità del fatto. La non contestazione, pertanto, non somministra la prova del fatto controverso […], ma esclude l'esigenza della prova del fatto allegato"[158]. In sintesi, la parte gravata dell'onere della prova del fatto non contestato non è soggetta alle conseguenze negative derivanti dall'art. 2697 c.c. in relazione alla sua mancata prova, tuttavia, in quanto il fatto non contestato non coincide con un fatto provato, se dagli atti delle parti o dai documenti da questi prodotti in giudizio dovesse emergere che il fatto, pur non contestato, non si è verificato o si è verificato diversamente da quanto allegato dall'attore, il giudice dovrà porre a fondamento della sua decisione la evidenza fattuale così emersa, a prescindere dal comportamento di non contestazione delle parti. È, inoltre, possibile

[157] Si tratta di un principio generale il cui riconoscimento è avvenuto, in primo luogo, ad opera della giurisprudenza delle Sezioni Unite con la sentenza n. 761/2002. A seguito di tale pronuncia il dibattito dottrinario venne a riguardare la questione di quali caratteri dovesse assumere la non contestazione e delle conseguenze che da essa derivavano. Da questo punto di vista Consolo nelle sue già citate *Spiegazioni* (p. 308 ss.), appunto, spiega come, seppur senza unitarietà di consensi, il frutto di tale dibattito fu quello di considerare il fatto non contestato quale un fatto ammesso dalla controparte e, per tale motivo, idoneo ad essere posto alla base della decisione del giudice. Vero è però che il fatto non contestato non coincide esattamente con un fatto provato, di qui non deriva un vincolo per il giudice a che lo consideri come un fatto accaduto quando emerga che quel fatto, pur non contestato, non corrisponde al vero.

[158] C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile,* II, cit., p. 308 s.

sostenere, alla luce delle conseguenze derivanti dalla non contestazione dei fatti allegati da controparte, l'esistenza di un onere di contestazione in forma specifica da adempiersi alla prima occasione utile[159] (in sostanza, al primo scritto successivo all'allegazione dei fatti) che però sussiste in tanto in quanto pure l'allegazione dei fatti sia formulata in maniera specifica dalla controparte[160]. Inoltre, come chiarito anche dalla giurisprudenza[161], la contestazione quale comportamento rilevante in vista dell'attualizzazione dell'onere della prova, può riguardare solo fatti propri anche (o solo) della parte che dovrebbe contestarli: il silenzio del convenuto circa fatti allegati dall'attore dei quali però il convenuto non ha avuto conoscenza immediata (es.: l'impoverimento dell'attore), non dà luogo all'operare dell'art. 115, ult. parte, c.p.c.

Nel caso di fatti non contestati (e, con ancor maggior forza, come si è spiegato nelle precedenti note al testo, nel caso di fatti notori o ammessi) qualora mancasse la prova degli stessi da parte di colui il quale li abbia allegati non si dà quella situazione di incertezza sul fatto che, di per sé, imporrebbe al giudice di considerare il fatto stesso come inesistente. Conseguentemente, "l'art. 2697 c.c. altro non fa che porre una regola sul contenuto del giudizio da formulare sul fatto rimasto incerto,

---

[159] Gli effetti della non contestazione sono, inoltre, reversibili alla luce del fatto che il fatto non contestato non è considerato un fatto provato. Quando si parla di reversibilità della non contestazione si fa riferimento alla possibilità che la contestazione specifica dei fatti allegati da controparte avvenga in un momento successivo. La questione diviene a questo punto stabilire il momento in cui ciò possa essere fatto. In particolare, si ritiene che tanto il convenuto, quanto l'attore che intendano contestare un fatto originariamente lasciato incontestato abbiano come termine ultimo, appunto, per la contestazione la prima memoria ex art. 171-ter c.p.c., così da permettere rispettivamente ad attore e convenuto di formulare nella seconda memoria, sempre di cui all'art. 171-ter c.p.c., le conseguenti istanze istruttorie. Ciò premesso quando si dà contestazione il fatto cui essa si riferisce diviene un fatto controverso e conseguente si rende necessaria la prova del medesimo da pare della parte che lo aveva allegato, la quale sostiene, quindi, l'onere della prova nel senso di rischio della mancata prova del fatto allegato.

[160] "Risulta in ogni caso confermato l'orientamento della giurisprudenza prevalente secondo cui deve considerarsi irrilevante una contestazione generica, che si verifica, in primo luogo, quando la parte si limita a contestare i fatti allegati con formule di stile, e si avverte una continuità a livello legislativo soprattutto rispetto all'art. 416, comma 3, c.p.c., secondo cui la presa di posizione sulle allegazioni della controparte deve essere espressa in maniera precisa e non può limitarsi ad una generica contestazione. Il giudizio sulla «specificità» della contestazione è ovviamente rimesso alla valutazione discrezionale del giudice" S. PATTI, *Le prove*, cit., p. 19.

[161] "L'onere di contestazione - la cui inosservanza rende il fatto pacifico e non bisognoso di prova - sussiste soltanto per i fatti noti alla parte, non anche per quelli ad essa ignoti" Cass. civ., Sez. III, Sentenza, 18/07/2016, n. 14652; "La titolarità della posizione soggettiva, attiva o passiva, vantata in giudizio è un elemento costitutivo della domanda ed attiene al merito della decisione, sicché spetta all'attore allegarla e provarla, salvo il riconoscimento, o lo svolgimento di difese incompatibili con la negazione, da parte del convenuto" Cass. civ., Sez. Unite, Sentenza, 16/02/2016, n. 2951.

onde consentire comunque una decisione sul merito della causa in cui quel fatto risulti rilevante ed un giudizio su di esso quindi indispensabile […]. Il fatto rimasto incerto, per scelta legislativa, va escluso: sia se fatto costitutivo; sia se fatto estintivo, impeditivo, modificativo"[162], ed è per questo che di onere della prova se ne deve parlare in termini di rischio della mancata prova dei fatti.

Al fine di individuare il soggetto che dovrà sopportare il rischio della mancata prova, ove tale necessità divenga attuale, rileva il tipo di fatto la cui prova non è stata, per il giudice, raggiunta. Come si è sopra chiarito, ex art. 2697 c.c., colui che si afferma titolare del diritto è gravato della prova dei fatti costitutivi; colui che invece si oppone all'avversaria domanda deve provare fatti impeditivi, estintivi o modificativi del diritto azionato dall'avversario.

Relativamente pochi problemi pone, la distinzione tra fatti costitutivi, da un lato, e fatti estintivi e modificativi dall'altro. Questi ultimi, infatti, presuppongono necessariamente che il diritto fatto valere sia effettivamente sorto in un certo momento e che solo successivamente si sia estinto o sia stato contenutisticamente modificato; in altre parole, la distinzione tra tali fatti e quelli costitutivi è resa agevole dal lasso di tempo intercorrente tra gli uni e gli altri fatti.

Così, invece, non è per i fatti impeditivi[163] la cui realizzazione è simultanea a quella del fatto costitutivo e comporta l'impedimento alla nascita del diritto fatto valere fin dall'inizio posto che ciò che si eccepisce è, al fondo, l'inefficacia del fatto costitutivo per essere intervenuto un diverso fatto appunto impeditivo con "rilevanza autonoma"[164]. Di qui la difficoltà di individuare quando un fatto appartenga alla fattispecie costitutiva o a quella impeditiva anche se, di primo acchito, sembrerebbe un "problema assurdo"[165] e ciò che va spiegato è che un fatto il quale esclude *ab origine* l'esistenza di un certo diritto non fa parte in negativo della fattispecie costitutiva, ma integra una diversa e autonoma fattispecie c.d. impeditiva, la quale deve esser resa oggetto di un'eccezione; il tutto quando la

---

[162] C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 154.

[163] In genere i fatti impeditivi sono circostanze che la legge formula in termini negativi come nei casi in cui il sorgere di un diritto sia condizionato al mancato verificarsi di un certo fatto.

[164] Espressione di S. PATTI in *Le prove*, cit., p. 166.

[165] Espressione di F. P. LUISO in *Diritto processuale civile: principi generali,* I, VI ed., Milano, p. 255.

logica vorrebbe che quanto condizioni la nascita di un diritto dovrebbe appartenere all'area dei fatti costitutivi.

Un esempio potrebbe facilitare la comprensione del problema ed in questo senso è utile fare riferimento a quello riportato da Consolo nelle sue Spiegazioni di diritto processuale civile[166]. L'Autore fa riferimento all'art. 1490 c.c. in base al quale il compratore ha diritto alla garanzia per tutti quei vizi che rendono la cosa oggetto del contratto inidonea all'uso ovvero che ne riducono in maniera apprezzabile il valore; tuttavia, tale diritto alla garanzia non spetta al compratore che, al momento della conclusione del contratto, fosse a conoscenza dei vizi della cosa in base al disposto dell'art. 1491 c.c. È la non conoscenza del vizio il fatto costitutivo del diritto alla garanzia o la conoscenza dello stesso è fatto impeditivo? La risposte che alla domanda possono darsi hanno conseguenze diametralmente opposte, infatti qualora si ritenesse che la conoscenza dei vizi è fatto impeditivo allora sarebbe il venditore, convenuto in giudizio e che sopporta il rischio della mancata prova, a dover dimostrare la conoscenza dello stesso da parte del compratore; viceversa nell'ipotesi in cui si considerasse la non conoscenza dei vizi quale fatto costitutivo del diritto fatto valere dal compratore, allora sarebbe quest'ultimo, qualora agisse in giudizio, a dover dimostrare che non era a conoscenza del vizio sulla cosa. L'Autore poi specifica che, nell'esempio portato, è la conoscenza del vizio ad operare come fatto impeditivo del diritto di garanzia in ragione di una "valutazione di probabile ragionevolezza". È più ragionevole ritenere che nella normalità dei casi chi acquista un bene non sia a conoscenza dei vizi perché, diversamente, è verosimile non avrebbe acquistato il bene oggetto del contratto. È, quindi, un meccanismo logico simile alle massime di esperienza ciò che guida l'interprete nella distinzione tra fatti costitutivi e impeditivi. Interessante è anche la prospettiva che si può cogliere grazie a Luiso nel suo manuale Diritto processuale civile[167], in cui afferma che il problema della distinzione tra fatti costitutivi e fatti impeditivi è un problema ancora "aperto" in quanto non c'è un'univoca soluzione, ma solo una serie di criteri per risolvere quei casi dubbi non risolti dal legislatore. In questo senso la regola prima (in quanto semplice e affidabile), ma non sempre disponibile,

[166] C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 157 s.
[167] F. P. LUISO, *Diritto processuale civile,* cit., pp. 256-258.

in quanto rimessa alla struttura sintattica della norma, è la distinzione tra regola ed eccezione in base alla quale se al verificarsi di certi fatti si producono determinati effetti “tranne che” o “ad eccezione che” si verifichino taluni altri fatti, ecco che questi secondi fatti devono essere intesi come fatti impeditivi. Il secondo criterio è, invece, possibile ricavarlo dal famoso brocardo *negativa non sunt probanda* che letteralmente significa: "le affermazioni negative non devono essere provate". Si tratta di un principio generale del diritto in base al quale chi nega un fatto non è tenuto a fornirne la prova, poiché dimostrare la non esistenza di qualcosa è spesso impossibile o estremamente difficile posto che ciò che non esiste non può essere oggetto che di presunzioni. Il criterio “di chiusura” che si ricava, quindi, dal brocardo esaminato è quello della “vicinanza alla fonte della prova”. Conseguentemente posta l’incerta qualificazione di un fatto come costitutivo, o, viceversa, come impeditivo si deve optare per la soluzione in base alla quale ad essere onerato della prova è il soggetto che più facilmente può fornirla.

4. Onere della prova e suo assolvimento nell’azione ex art. 2041 c.c.

Al par. 2 si è chiarito che grava sull’attore ex art. 2041 c.c. allegare (tra l’altro) sia che vi è stato un arricchimento avversario, sia che vi è stato un proprio impoverimento. E ciò anzitutto ai fini di formulare una domanda riconducibile alla disciplina dell’arricchimento senza causa; in vista dell’accoglimento di tale domanda, è poi chiaro che l’attore dovrà provare (ove non operino i meccanismi descritti al precedente paragrafo, che rendono inattuale l’onere della prova) i fatti che sostanziano l’arricchimento avversario e il proprio impoverimento.

Al fine di determinare l’entità dell’arricchimento è necessario fare riferimento vuoi al valore di mercato del bene o del servizio che è stato oggetto dell’arricchimento (quando l’arricchimento sia consistito nella consegna di una cosa o nell’effettuazione di una prestazione), vuoi a documenti contabili o finanziari o, infine, anche a perizie di consulenti tecnici (anche se, essendo documenti di parte non rappresentano un vero e proprio mezzo di prova ma sono solamente elementi

persuasivi)[168], qualora l'entità economica dell'arricchimento necessitasse di ricevere la valutazione tecnica di un esperto.

Come per l'arricchimento, anche la prova del pregiudizio patrimoniale patito dall'attore riguarda fatti che dimostrino una diminuzione patrimoniale effettiva.

In questo senso, ai fini della dimostrazione dell'impoverimento patrimoniale[169] del convenuto potrebbe ricorrersi a prove documentali (si pensi, per esempio, alle tracce di spese sostenute per prestazioni o beni che hanno beneficiato il convenuto, ma pure a ricevute e estratti conto bancari dimostranti un esborso economico a carico dell'attore) o, ancora, a valutazioni di tecnici costituenti perizie stragiudiziali allo scopo di stimare il valore dei beni ceduti, dei servizi prestati o dei danni subiti dall'attore. Il pregiudizio deve essere quantificato in termini economici. Quindi, se l'impoverimento riguardasse un bene ceduto o un servizio prestato, viene ad essere necessario determinare il valore di mercato degli stessi. È inoltre possibile che in alcuni casi il pregiudizio possa essere desunto in modo presuntivo. Ciò è vero, in particolare, nei casi in cui il fatto generatore (quale una prestazione dell'attore) è documentato e il collegamento con l'arricchimento del convenuto è evidente, oltre che nelle ipotesi in cui l'impoverimento dell'attore è autoevidente.

Nella prospettiva ricostruttiva (che reputiamo più convincente: v. *supra* par. 2) che pone il pregiudizio patito dall'attore quale elemento della fattispecie ex art. 2041 c.c., la relativa prova andrà dunque fornita da colui che si assume creditore ex art. 2041 c.c.

---

[168] "Le consulenze di parte non sono «mezzi legali di prova», ma semplici «allegazioni difensive a contenuto tecnico». […] La parte che vi abbia interesse può sempre e comunque produrre in giudizio, autonomamente ovvero a corredo di comparse e memorie redatte dal proprio difensore, consulenze o perizie stragiudiziali, di per sé prive di uno specifico valore probatorio, ma soggette al prudente apprezzamento del giudice, il quale è libero di servirsene o meno (beninteso, con efficacia tutt'al più indiziaria), anche se poi esse vengano contestate dalla controparte, purché della sua valutazione egli sappia fornire un'adeguata motivazione in sede decisoria" L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 880; quanto poi al valore probatorio di tali perizie v. Corte d'Appello Bologna, 16/01/2024, n. 88, *One Legale*, così massimata: "L'elencazione delle prove civili contenuta nel codice di rito non è tassativa, e quindi devono ritenersi ammissibili le prove atipiche, la cui efficacia probatoria è quella di presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. od argomenti di prova ex art. 116 comma 2 c.p.c., utili a orientare il libero convincimento del giudice. Il giudice del merito può porre a fondamento della propria decisione, quale prova atipica, una perizia stragiudiziale, anche se contestata dalla controparte, purché fornisca adeguata motivazione di questa sua valutazione".

[169] Sul punto merita di essere attenzionato il fatto che nelle ipotesi in cui l'impoverimento è rappresentato dalla semplice dazione senza causa di una somma di denaro la norma di riferimento è quella dell'indebito oggettivo di cui all'art. 2033 c.c. Affinché, quindi si possa rientrare nell'ambito della fattispecie legale di cui all'art. 2041 c.c. l'utilità goduta dall'arricchito non deve consistere in una somma di denaro.

Merita tuttavia valutare come si atteggia l'onere della prova ove si presti adesione all'altra impostazione, del c.d. profitto creato, secondo cui nella fattispecie costitutiva dell'art. 2041 c.c. non rientrerebbe anche il pregiudizio patito dall'attore inteso nel senso di perdita patrimoniale. La questione è qui quella del ruolo del pregiudizio patito dall'attore: se il pregiudizio non rileva in assoluto o se, la sua assenza, configuri un fatto giuridico ad efficacia impeditiva, il quale può costituire il fondamento di un'eccezione, appunto, impeditiva da parte del soggetto convenuto.

Alla luce dei principi sopra ricordati, ed in specie della questione relativa alla distinzione tra fatti costitutivi di segno negativo e fatti impeditivi, si può concludere che se la perdita patrimoniale patita dall'attore non è elemento costitutivo della fattispecie di indebito, in quanto il pregiudizio è dato esclusivamente dalla condotta che determina l'arricchimento e di cui la perdita è una conseguenza normale, ma non necessaria in vista della tutela ex art. 2041 c.c., ecco che la perdita eventualmente patita dall'attore non rileva quale fatto ad efficacia impeditiva sul quale il convenuto potrebbe costruire un'eccezione al fine di ottenere il rigetto nel merito della domanda avversaria. In altre parole, il convenuto, pur qualora riuscisse ad allegare e dimostrare che non vi è stata una perdita patrimoniale alcuna in capo all'attore, non avrebbe tra le sue mani un fatto in astratto idoneo ad impedire il costituirsi della fattispecie, non essendo necessario a tal fine il verificarsi della perdita.

È chiaro poi che per poter parlare di indebito arricchimento, la prova della correlazione tra arricchimento e impoverimento deve essere strutturata in modo da dimostrare il nesso di necessità storica tra i due fenomeni patrimoniali. In questo senso non è sufficiente provare un rapporto quantitativo tra impoverimento e arricchimento (ossia che l'impoverimento sia uguale o maggiore rispetto all'arricchimento), perché è necessario dimostrare che l'impoverimento dell'attore ha contribuito a determinare o consentire l'arricchimento del convenuto. Questo nesso può essere indiretto, purché ci sia una concatenazione concreta e verificabile tra i due eventi. Un esempio potrebbe essere quello dell'attore il quale abbia sostenuto una spesa per la fornitura di beni o servizi di cui ha beneficiato il convenuto, questi sarà tenuto a provare che il beneficio economico del convenuto

(arricchimento) non si sarebbe realizzato senza quella spesa (impoverimento). A questo scopo (ossia quello di provare il nesso di necessità storica), l'attore può valersi (1) di documenti che evidenzino il proprio impoverimento o che il convenuto ha tratto un vantaggio economico derivante dalla propria attività o perdita. Inoltre, potrebbe ricorrere pure alle (2) presunzioni semplici, purché emergano da indizi gravi, precisi e concordanti. Ma non solo, quando il nesso di necessità non fosse immediatamente dimostrabile, è possibile ricostruire le circostanze che collegano i due fenomeni in modo indiretto dimostrando che c'è una sequenza di eventi storica che collega arricchimento e impoverimento, che prova che il beneficio del convenuto non si sarebbe realizzato senza il sacrificio economico dell'attore e, infine, che attesta che non ci sono spiegazioni alternative tali da rendere più plausibile l'arricchimento del convenuto. Anche questa dimostrazione può basarsi su prove documentali, presunzioni semplici o una narrazione coerente, supportata da una chiara esclusione di eventuali cause autonome o indipendenti. È infatti fondamentale, in ogni caso, per l'attore dimostrare che l'impoverimento non è un evento autonomo o indipendente, ma è funzionale all'arricchimento del convenuto e, in questo senso, dirimente è la prospettazione di elementi i quali rendano improbabile che i due fenomeni siano tra loro scollegati.

L'ulteriore elemento che colui che vuole vedersi riconoscere il credito da indennizzo ex art. 2041 c.c. deve allegare è quello della sussidiarietà: elemento certamente giuridico, e che però potrebbe altresì fondarsi su alcuni elementi di fatto. Sul modo in cui si allegano l'assenza di giusta causa e la sussidiarietà utile è il rimando al paragrafo del precedente capitolo relativo all'assenza di giusta causa[170]. Si sottolineava infatti che l'analisi sull'assenza di giusta causa necessita di tenere in considerazione delle circostanze che, in concreto, costituiscono una giusta causa, e che, quindi, correlativamente ne escludono non solo l'assenza, ma pure il verificarsi della fattispecie dell'arricchimento ingiustificato[171].

---

[170] V. cap. I, par. 8.

[171] Da questo punto di vista costituiscono cause giustificative di un arricchimento: (1) la presenza di un contratto valido che dia ragione dell'arricchimento; (2) l'intenzione liberale; (3) una specifica norma di legge. Ciascuno di questi elementi è idoneo a legittimare il trasferimento. In particolare, la legge è elemento che giustifica l'arricchimento in tutta una serie di casi determinati: estinzione del diritto reale limitato su cosa altrui, usucapione, occupazione e invenzione.

Sul punto merita di essere sottolineato che, essendo l'assenza di giusta causa – e, quindi, di riflesso la sussidiarietà – un fatto costitutivo della fattispecie legale di arricchimento ingiustificato di cui all'art. 2041 c.c., essa deve necessariamente essere allegata dall'attore (a pena dell'infondatezza nel merito della domanda proposta, come visto *supra* al par. 2), il quale, quindi, deve affermare che non c'è alcun titolo che giustifichi l'arricchimento di cui il convenuto ha goduto e che, quindi, mancano un valido contratto, un intento liberale ovvero una disposizione di legge le quali, per converso, rappresenterebbero la giusta causa della locupletazione.

Poiché, poi, tale obbligo di allegazione della carenza di giusta causa (ma, a ben vedere, pure degli altri elementi costitutivi della fattispecie) evolva e divenga un vero e proprio onere di provare l'assenza di una causa giustificativa è determinate l'attività difensiva del convenuto. Si è visto, infatti, nel corso del par. 3 che l'onere della prova dei fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio diviene attuale solo nelle ipotesi in cui il convenuto contesti tali fatti in maniera specifica. Se ciò non avvenisse si avrebbe, appunto, una *relevatio ab onere probandi* per il fatto oggetto di non contestazione in quanto esso integrerebbe un fatto non bisognoso di prova ex art. 115 c.p.c.

Conseguentemente il problema di provare l'assenza di una *iusta causa locupletandi* si attualizza solamente a seguito di una specifica contestazione da parte del convenuto, con la quale egli si difende allegando ed individuando la giusta causa di arricchimento che, concretamente, sussiste. In particolare, di tale questione si è parlato in termini di problema perché, in via di prima approssimazione, non è affatto di immediata percezione l'individuazione della parte onerata della prova.

Nello specifico, infatti, non è semplice distinguere se l'assenza di giusta causa dell'arricchimento costituisca un fatto costitutivo negativo della fattispecie legale – con conseguente onere della prova in capo all'attore (infatti, in tali casi la contestazione specifica del convenuto circa la presenza di una giusta causa assurgerebbe ad una semplice mera difesa) – ovvero se, per converso, la presenza di una giusta causa debba esser resa oggetto di un'eccezione, in quanto fatto impeditivo della fattispecie legale – con conseguente onere della prova in capo al convenuto –.

Difatti, sulla base dell'antico brocardo per cui *negativa non sunt probanda* si potrebbe esser portati a ritenere che i fatti negativi, per la loro natura, non potrebbero costituire oggetto di prova. A ben vedere, tuttavia, dottrina[172] e giurisprudenza[173] concordano sul fatto che la prova di fatti costitutivi negativi di determinata una fattispecie legale potrebbe essere raggiunta mediante la prova di fatti positivi ad essi contrari e, quindi, anche tramite presunzioni semplici.

Di qui è ben possibile concludere che l'assenza di giusta causa costituisca un vero e proprio fatto costitutivo, il cui onere probatorio cade sull'attore per l'ipotesi in cui il convenuto faccia specifica contestazione dell'esistenza di un titolo giustificativo dell'arricchimento. Tale conclusione è confermata anche da un recente intervento di legittimità [174], con cui la S.C. ha affermato che "dedurre che la prestazione

---

[172] S. PATTI, *Le prove*, cit., p. 4 ss.; L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 305 ss.

[173] "I fatti negativi si provano con i fatti positivi contrari anche a mezzo di presunzioni" Cass. civ., Sez. III, 17/06/1998, n. 6050; "L'onere probatorio gravante, a norma dell'art. 2697 c.c., su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto "fatti negativi", in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere" Cass. civ., Sez. lavoro, 14/07/2000, n. 9385.

[174] Cass. civ., Sez. III, Ord., (data ud. 03/04/2024) 02/09/2024, n. 23471. Tale pronuncia decide una vicenda relativa ad un presunto arricchimento senza causa. Nello specifico l'attore aveva proposto la domanda di arricchimento mediante l'azione ex art. 2041 c.c. nei confronti della sua ex coniuge affermando di aver versato somme di denaro per l'acquisto e la ristrutturazione di determinati immobili acquistati durante il matrimonio e risultanti intestati in maniera non corrispondente ai rispettivi valori. La convenuta contestava le pretese attoree eccependo in primo luogo la prescrizione dell'azione di arricchimento senza causa e, in ogni caso, sostenendone l'infondatezza e, al tempo stesso, proponeva domanda riconvenzionale, in particolare, chiedendo la condanna al pagamento del corrispettivo per la compravendita della quota di un immobile intestato all'attore oltre che alla restituzione dei canoni di locazione relativi ad altri immobili a lei spettanti. Il giudice di primo grado respinse tutte le domande, sia quelle proposte in via principale sia quelle riconvenzionali e pure il giudice d'appello, a fronte dell'impugnazione attorea, non riformò la precedente sentenza con ciò determinando la proposizione di ricorso in cassazione da parte dell'attore e la conseguente resistenza in giudizio della convenuta con controricorso.

La S.C. ha in quella occasione ritenuto infondato il ragionamento del ricorrente, in forza del seguente argomentare: "L'azione generale di ingiustificato arricchimento postula che la locupletazione di un soggetto a danno dell'altro sia avvenuta senza "giusta causa": l'assenza di questa, dunque, *costituisce elemento che integra la fattispecie contemplata dall'art. 2041 cod. civ.*. In altri termini, colui che agisce con l'azione in parola è onerato di allegare che il proprio depauperamento, correlato da nesso di causalità con l'altrui arricchimento o con la causa di quest'ultimo, sia privo di una legittima causa dell'attribuzione o trasferimento patrimoniale: e tanto concreta il fatto costitutivo tipico della domanda ex art. 2041 del codice civile. In tal senso può correttamente intendersi, puntualizzandone i riverberi di natura processuale, il consolidato indirizzo esegetico di questa Corte che dalle esposte premesse inferisce che "non è dato invocare la mancanza o l'ingiustizia della causa qualora l'arricchimento sia conseguenza di un contratto, di un impoverimento remunerato, di un atto di liberalità o dell'adempimento di un'obbligazione naturale" (cfr., ex plurimis, Cass. 13/06/2023, n. 16864; Cass. 16/02/2023, n. 4909; Cass. 16/02/2022, n. 5086; Cass. 24/06/2020, n. 12405; Cass. 07/06/2018, n. 14732; Cass. 15/05/2009, n. 11330). A fronte di una domanda di ingiustificato arricchimento in tal guisa conformata, la deduzione della esistenza di un'obbligazione naturale quale ragione giustificante lo spostamento patrimoniale non concreta né comporta l'allegazione di un fatto

asserita come ingiustificata rappresenti in realtà l'adempimento di un dovere morale o sociale significa, a ben vedere, prospettare una differente veste giuridica alla vicenda fattuale narrata dalla parte istante: l'ascrizione di una ragione causale alla attribuzione patrimoniale è, quindi, negazione del fatto costitutivo della domanda, ovvero, in altre parole, mera difesa", così riconoscendo che l'assenza di giusta causa è fatto costitutivo dell'arricchimento ingiustificato, che, quindi, è onere attoreo provare. Una volta chiarito che, a fronte della contestazione del convenuto, è onere dell'attore fornire la prova del fatto che, invece, una giusta causa di arricchimento manca, è necessario verificare come concretamente potrebbe assolvere tale onere l'attore, in particolare nell'ipotesi più frequente che è quella rappresentata dall'affermazione, da parte del convenuto, dell'esistenza di un valido contratto giustificativo dell'attribuzione. In questo senso, infatti, l'attore sarebbe tenuto a fornire la prova della nullità del contratto. La nullità, tuttavia, è una questione di eminentemente giuridica e, pertanto, l'aspetto probatorio assume un ruolo marginale. Piuttosto che sulla dimostrazione di fatti concreti, l'accertamento della nullità, infatti, viene a basarsi sulla forza persuasiva dell'argomentazione giuridica fornita dalle parti.

In questo senso, si potrebbe pensare, a titolo esemplificativo dei casi in cui l'attore fosse onerato del fornire la prova positiva della nullità di un contratto, all'evenienza in cui le parti abbiano concluso oralmente un contratto che, per legge, richiede la forma scritta *ab substantiam*. In tal caso, qualora il convenuto si difendesse solamente allegando la validità del contratto in quanto, a detta sua, concluso in forma scritta, l'onere di provare la nullità del medesimo – e, quindi, l'inesistenza

---

ulteriore e diverso rispetto a quello posto a fondamento della domanda, munito di efficacia estintiva, impeditiva o modificativa del diritto *ex adverso* fatto valere: si esula, in tutta evidenza, dal concetto di eccezione. Dedurre che la prestazione asserita come ingiustificata rappresenti in realtà l'adempimento di un dovere morale o sociale significa, a ben vedere, prospettare una differente veste giuridica alla vicenda fattuale narrata dalla parte istante: l'ascrizione di una ragione causale alla attribuzione patrimoniale è, quindi, negazione del fatto costitutivo della domanda, ovvero, in altre parole, mera difesa, sottratta, in quanto tale, al regime preclusivo delle attività assertive delle parti stabilito dal codice di rito con riferimento alle eccezioni, di rito o di merito. Sulla scorta di ciò, ineccepibile si rivela la conforme qualificazione operata dal giudice territoriale, nonché la conseguente esclusione della tardività del rilievo, sol perché avvenuto per la prima volta con la comparsa conclusionale del giudizio di primo grado. Va, in conclusione, enunciato il seguente principio di diritto: "in tema di azione di ingiustificato arricchimento di cui all'art. 2041 cod. civ., la deduzione che l'attribuzione patrimoniale asseritamente priva di causa sia conseguenza dell'adempimento di un'obbligazione naturale configura una mera difesa, non un'eccezione, sicché non è soggetta al regime delle preclusioni dettate per il dispiegamento di quest'ultima"".

della *iusta causa locupletandi* – potrebbe essere soddisfatto dall'attore formulando istanza di prova per testi ove si richiede al testimone di dichiarare che il giorno di asserita stipula del contratto l'attore si trovava in un luogo differente da quello in cui il contratto si afferma essere stato concluso.

5. L'instaurazione del giudizio con domanda ex art. 2041 c.c. quando vi è un precedente giudicato di rigetto dell'azione causale

Abbiamo, quindi, analizzato come si propone la domanda ex art. 2041 c.c. Tuttavia, è necessario ribadire che è ipotesi residuale quella in cui l'azione generale di arricchimento sia introdotta in giudizio per prima e da sola. È, infatti, assai più frequente che tale domanda venga cumulata a quella causale, *ab origine* o in corso di causa – e di tale ipotesi ci occuperemo compiutamente nel corso del prossimo capitolo –, ovvero venga proposta come unica domanda, ma nell'ambito di un giudizio instaurato una volta passata in giudicato una sentenza di rigetto della domanda causale, proposta per prima. Questa ultima è l'ipotesi che costituisce l'oggetto di analisi del presente paragrafo.

In primo luogo, è essenziale distinguere le conseguenze giuridiche derivanti dal tipo di rigetto della domanda causale, in quanto tale rigetto può configurarsi sia come un rigetto per ragioni di rito sia come un rigetto nel merito, per infondatezza e dunque inesistenza del diritto azionato in giudizio. Tale distinzione è fondamentale perché incide significativamente sugli effetti preclusivi della prima sentenza e sulla possibilità di riproporre non solo la domanda causale, ma pure, se del caso, la domanda di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c., in un momento successivo.

In generale, la domanda è rigettata per ragioni di rito quando manca uno di quei requisiti la cui ricorrenza è necessaria affinché sorga in capo al giudice il potere-dovere di decidere il merito. Ossia quando viene riscontrata la carenza di una c.d. condizione di decidibilità della causa nel merito (es.: giurisdizione del giudice adito, competenza del giudice adito, assenza di litispendeza o, appunto, di precedente giudicato preclusivo; interesse ad agire e legittimazione ad agire ex artt. 110 e 81 c.p.c., etc.)[175]. In tutti questi casi in cui il giudice reputa che manchi un presupposto

[175] V. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 389 ss. spec. 393 ss.

di esistenza del suo potere-dovere di decidere il merito, non dirà nulla sull'esistenza o inesistenza del diritto fatto valere in giudizio, ma si arresterà alla presa d'atto che non ha il potere di decidere il merito della domanda. La sentenza che rigetta in rito la domanda è idonea al giudicato formale (a stabilizzarsi: art. 324 c.p.c.), ma non produce il giudicato sostanziale, che cala solo sulle statuizioni relative all'esistenza o inesistenza del diritto azionato in giudizio[176]

Ebbene, se la domanda causale fosse rigettata nel rito con sentenza passata in giudicato formale, non sarebbe solamente possibile riproporre la domanda medesima, ma sarebbe addirittura, e a maggior ragione, possibile l'instaurazione di un nuovo giudizio in cui ad essere proposta è la domanda di arricchimento perché, per esempio, l'attore si è nel frattempo avveduto del fatto che la domanda causale era, in realtà, priva di un titolo giustificativo e, quindi, infondata.

Diversa, e molto più complessa, è invece la situazione che si dà quando il giudicato di rigetto della domanda causale è un giudicato di rigetto nel merito. È su tale complicata questione che sono intervenute le Sezioni Unite ponendo, con la sentenza n. 33954 del 2023, un principio di diritto che conviene qui ritrascrivere: "Ai fini della verifica e del rispetto della regola della sussidiarietà di cui all'art.

[176] "L'art. 2909 c.c. [N.d.A.: che è la norma che si occupa dell'efficacia di accertamento propria della sentenza] fa centro invece sul concetto di efficacia […] di accertamento vincolante e così non più discutibile, di posizione di una regola-comando speciale per il futuro sull'oggetto del processo, sulla *res in iudicium* (a tal fine) *deducta*, che diviene così *res iudicata*, ossia certa. Si tratta di un effetto pubblicistico […] che si manifesta solo dopo che la sentenza di merito [N.d.A: è in questa specificazione in cui si fa riferimento alla sentenza solamente di merito che si ravvisa l'inidoneità della sentenza di rigetto in rito al giudicato sostanziale] – cioè che ha statuito sul rapporto, diritto o *status* personale oggetto del giudizio [N.dA.: la sentenza di rigetto in rito invece nulla statuisce sul rapporto, diritto o *status* personale oggetto del giudizio in quanto si limita a statuire che manca un presupposto perché diventi attuale il potere-dovere di decidere il merito della causa] – può dirsi sufficientemente definitiva […]. Questo è il significato dell'inciso, che compare nell'art. 2909 c.c., dedicato alla cosa giudicata sostanziale e così all'effetto di accertamento della sentenza, volto a condizionare tale fenomeno all'avvenuto "passaggio in giudicato" […] della sentenza ai sensi dell'art. 324 c.p.c." C. CONSOLO *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 88; "La cosa giudicata formale è la definitività della sentenza, cioè la non impugnabilità del provvedimento con quelle impugnazioni elencate dall'art. 324 c.p.c. Non è una inimpugnabilità assoluta, perché potranno ancora essere esperibili le impugnazioni straordinarie delle parti […], dei terzi […], e del Pubblico Ministero" C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 102; "Ogni provvedimento decisorio passerà in giudicato formale quando sarà divenuto definitivo" C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 89; "La sentenza può essere alternativamente di rito o di merito. Nel primo caso essa ha ad oggetto il processo, ed afferma o nega la possibilità di pronunciare nel merito a causa della esistenza/inesistenza di un presupposto processuale. La sentenza di rito, per definizione, non produce effetti sul terreno del diritto sostanziale, in quanto enuncia regole di comportamento appunto processuali e non sostanziali" F. P. LUISO, *Diritto processuale civile,* cit., p. 151.

2042 c.c., la domanda di arricchimento è proponibile ove la diversa azione, fondata sul contratto, sulla legge ovvero su clausole generali, si riveli carente *ab origine* del titolo giustificativo. Viceversa, resta preclusa[177] 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 contrattuale, ove la nullità derivi dall'illiceità del contratto per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico".

Da tale principio si comprende come le Sezioni Unite, fissando la c.d. tassonomia delle situazioni impeditive[178], abbiano avuto l'intenzione di tracciare il perimetro di ammissibilità dell'azione di cui all'art. 2041 c.c. proprio a fronte delle diverse ipotesi di rigetto nel merito che possono riguardare la domanda causale in astratto configurabile. Nello specifico, chiariscono che tale azione sarebbe proponibile senza incorrere nel rischio di sentirsi opporre l'esistenza di un giudicato che nega il requisito della sussidiarietà, solamente qualora il primo processo avente ad oggetto la domanda causale si fosse concluso con una sentenza di rigetto per infondatezza in ragione della reputata assenza *ab origine* del titolo giustificativo della domanda causale. Diversamente, nelle ipotesi in cui il rigetto nel merito per infondatezza della domanda causale trovasse la propria ragione nella prescrizione (o decadenza) del diritto azionato, nella mancata prova circa l'esistenza del pregiudizio patito o, infine, nella nullità del titolo contrattuale quand'essa derivi dall'illiceità del medesimo per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico, allora necessariamente, secondo le Sez. Un., l'azione di arricchimento successivamente proposta non potrebbe che essere rigettata nel merito per infondatezza, in ragione dell'assenza di sussidiarietà che deriverebbe dalla sentenza di rigetto della domanda causale.

Si pone a questo punto il problema di indagare se, effettivamente, tutte le ipotesi enucleate dalle Sezioni Unite in cui la domanda di arricchimento dovrebbe essere

[177] Il principio di diritto posto dalle Sez. Un. si esprime in termini di "preclusione" anche se, da un punto di vista processuale, è più corretto parlare di infondatezza (nel merito) della domanda di arricchimento per carenza del requisito della sussidiarietà nelle ipotesi specificamente enucleate dalla Corte.

[178] In questi termini si è espressa L. BACCAGLINI in occasione di una conferenza tenutasi in data 15/11/2024 presso la facoltà di Giurisprudenza di Trento.

rigettata per mancanza di sussidiarietà a fronte del precedente giudicato di rigetto della domanda causale, siano o meno condivisibili.

In questo senso, la chiave di lettura fondamentale che permetterà di condurre l'analisi è rappresentata dal principio del primato della ragione più liquida.

Di regola, infatti, per poter accogliere una domanda il giudice deve valutare positivamente l'esistenza di tutti i fatti costitutivi della fattispecie legale invocata dall'attore e, per converso, negativamente l'esistenza di tutti i fatti impeditivi, estintivi e modificativi fatti valere dal convenuto in via d'eccezione o rilevati d'ufficio[179]. In altre parole, il giudice deve ritenere sussistenti i primi e insussistenti i secondi nell'ambito di una valutazione completa di tutti i fatti portati alla sua cognizione poiché se ciò non avvenisse si darebbe un vizio di omissione di pronuncia su di una questione. Al contrario, invece, per rigettare la domanda nel merito al giudice basta accertare l'inesistenza anche di uno solo dei fatti costitutivi della fattispecie legale invocata dall'attore ovvero l'esistenza sempre di uno solo tra i fatti impeditivi, estintivi o modificativi fatti valere dal convenuto[180]. In sostanza, quindi, per rigettare la domanda al giudice basta che sia fondata una mera difesa o una eccezione del convenuto ed è proprio in questo contesto che entra in gioco il principio del primato della ragione più liquida in base al quale il giudice inizia a valutare la causa a partire dalla questione, allegata dal convenuto o rilevata d'ufficio, che in ipotesi gli consentirebbe di non dover guardare altre questioni in quanto gli permetterebbe, da sola, di rigettare la domanda[181].

Si tratta di un principio, questo del primato della ragione più liquida, che "presiede all'operato del giudice" e, in particolare, che "presiede all'*ordo procedendi* da assumersi rispetto alle questioni di merito"[182]. Esso stabilisce, e ciò è confermato

---

[179] V. G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 75.

[180] V. G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 75.

[181] "Ed è importante rilevare come il giudice goda di un'ampia discrezionalità […] nella scelta del motivo sul quale fondare il rigetto: nel senso che egli in presenza di una pluralità di questioni concernenti l'inesistenza di taluno dei fatti costitutivi oppure, al contrario, l'esistenza di fatti impeditivi, estintivi o modificativi, non soltanto non è tenuto (laddove si sia convinto di respingere la domanda) a risolvere tutte le predette questioni, ma neppure è vincolato al rispetto di alcun ordine logico predeterminato nell'esame delle stesse; ben potendo privilegiare, in presenza di una pluralità di questioni egualmente idonee a condurre al rigetto della domanda, l'esame di quelle di più pronta e agevole soluzione, e comunque di quelle che non richiedano, eventualmente attività istruttoria (è il principio c.d. della ragione più liquida)" G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 75.

[182] A. VILLA, *La graduazione delle questioni di merito: ammissibilità e profili dinamici*, Torino, 2023, p. 112 s.

dalla giurisprudenza[183], che non vi è per il giudice l'obbligo di seguire un certo ordine logico nell'esame e nella decisione delle svariate questioni relative al merito della causa in quanto egli solamente è tenuto a deciderle "nell'ordine che caso per caso appare opportuno allo scopo di giudicare la causa nel modo più semplice e concludente" e dovendo, quindi, "preferire la via più diretta e dare la preferenza all'eccezione semplificante"[184].

Ferma, quindi, tale premessa è possibile proseguire nell'indagine sulla correttezza del principio di diritto posto dalle Sezioni Unite, o meglio, sulla corretta individuazione, da parte delle Sezioni Unite, delle ipotesi in cui ad un certo esito della domanda causale corrisponde, di riflesso, l'infondatezza nel merito della cronologicamente ed eventualmente successiva domanda di arricchimento per assenza di sussidiarietà, e, a questo scopo, riteniamo di dover procedere seguendo l'ordine con cui le situazioni impeditive sono state enucleate nella sentenza.

In primo luogo, quindi, viene l'analisi delle ipotesi in cui la domanda causale fosse infondata, e perciò rigettata nel merito, perché il diritto con essa fatto valere risulta essere prescritto.

La prescrizione del diritto vantato da controparte è un'eccezione in senso stretto[185] che deve essere sollevata già nella comparsa di costituzione e risposta ex art. 167, comma 2, c.p.c. dalla parte che intenda profittarsene e che, quando proposta fondatamente, consente al giudice di rigettare la domanda nel merito, senza dover

---

[183] "In applicazione del principio processuale della "ragione più liquida", un giudice può decidere una causa sulla base della questione di più agevole soluzione, anche se logicamente subordinata, senza necessità di esaminare previamente le altre questioni dibattute" Cass. civ., Sez. V, Ordinanza, 08/07/2024, n. 18583; "Il principio processuale della "ragione più liquida" impone al giudice un approccio interpretativo che comporti la verifica delle soluzioni sul piano dell'impatto operativo piuttosto che su quello della coerenza logico-sistematica e sostituisca il profilo dell'evidenza a quello dell'ordine delle questioni da trattare ai sensi dell'art. 276 c.p.c." Cass. civ., Sez. lavoro, Ordinanza, 20/02/2024, n. 4516; "In applicazione del principio processuale della "ragione più liquida", desumibile dagli artt. 24 e 111 Cost., la causa può essere decisa sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione, anche se logicamente subordinata, senza che sia necessario esaminare previamente le altre, imponendosi, a tutela di esigenze di economia processuale e di celerità del giudizio, un approccio interpretativo che comporti la verifica delle soluzioni sul piano dell'impatto operativo piuttosto che su quello della coerenza logico sistematica e sostituisca il profilo dell'evidenza a quello dell'ordine delle questioni da trattare ai sensi dell'art. 276 c.p.c." Cass. civ., Sez. V, Ordinanza, 09/01/2019, n. 363.

[184] E.T. LIEBMAN, *L'ordine delle questioni e l'eccezione di prescrizione*, *Riv. dir. proc.*, 1967, p. 539 ss.

[185] V. C.CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 165.

valutare null'altro, all'esito di un giudizio ipotetico del tipo: "se anche il diritto fosse nato, esso sarebbe prescritto".

A ben vedere, in relazione all'eccezione di prescrizione è lampante l'applicazione del principio della ragione più liquida poiché al giudice è dato di pronunciarsi, e rigettare la domanda, sulla base di una ragione che, da un punto di vista logico, dovrebbe porsi a valle rispetto ad altra questione rappresentata dalla corretta sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta o, in altre parole, dall'analisi circa l'esistenza della fattispecie costitutiva invocata dall'attore.

In questa prospettiva, prendendo ad esempio l'ipotesi in cui l'attore avesse agito con la domanda di condanna all'adempimento contrattuale e il convenuto avesse eccepito la prescrizione del diritto alla prestazione, può ben essere che il giudice proceda alla valutazione circa la validità del contratto concludendo per l'esistenza del diritto che, però, è prescritto in quanto decorso il termine per farlo valere. Questa sarebbe, di per sé, la situazione ideale perché non solo il giudice avrebbe valutato che il diritto è prescritto e la domanda, conseguentemente, è infondata, ma avrebbe altresì valutato, e dato conto in sentenza di tale valutazione, pure che l'azione causale v'era, solo non è stata esercitata tempestivamente. In tale ipotesi, quindi, vi è una valutazione di tutta la fattispecie costitutiva del diritto azionato dall'attore che porta a ritenere giustamente infondata la domanda di arricchimento senza causa successivamente proposta per carenza di sussidiarietà.

Riteniamo fosse questa l'ipotesi di giudicato di rigetto per infondatezza a motivo della prescrizione a cui le Sezioni Unite intendevano fare riferimento nella redazione del principio di diritto in quanto, in tali casi, l'accertamento dell'esistenza del titolo invocato a giustificazione del diritto fatto valere è effettivamente idoneo ad escludere uno dei fatti costitutivi della domanda di arricchimento ex art. 2041 c.c., che è l'assenza di giusta causa dell'arricchimento (o sussidiarietà), e, di conseguenza, a determinarne, qualora proposta successivamente, appunto, al giudicato di rigetto della domanda causale, l'infondatezza riflessa.

Il problema, in questo senso, è che nella maggioranza dei casi il giudice che si vede formulare dal convenuto l'eccezione di prescrizione non procede ad effettuare l'esame sull'esistenza della fattispecie costitutiva, ma si limita a valutare la questione della prescrizione in quanto ragione più liquida che gli consentirebbe di

decidere la causa più velocemente quando l'eccezione fosse fondata. In tali casi, quindi, in cui il giudice rigetta per infondatezza la domanda a motivo della prescrizione del diritto senza valutare altri profili, non si può dire che vi sia un'implicita valutazione sulla fondatezza della fattispecie costitutiva dedotta in giudizio e, conseguentemente, è errato affermare aprioristicamente che la successiva domanda di arricchimento ex art. 2041 c.c. sarebbe pure essa da rigettarsi nel merito in quanto infondata, in ragione della carenza di sussidiarietà ex art. 2042 c.c., conseguente al primo giudicato di rigetto della domanda causale.

Giova, a questo proposito, riprendere il precedente esempio dell'azione di adempimento contrattuale esperita dall'attore a fronte della quale il convenuto si difenda fondatamente con l'eccezione di prescrizione. Ferma questa situazione , nei casi in cui il contratto, che è il titolo della pretesa attorea, sia nullo – e il giudice, nella sentenza di rigetto della domanda causale in quanto il diritto con essa dedotto è prescritto, in relazione alla nullità del contratto non abbia legittimamente detto nulla in base al principio della ragione più liquida – se l'attore, successivamente, proponesse l'azione di arricchimento ex art. 2041 c.c. non è vero che perché vi è stato il rigetto della domanda causale allora necessariamente e di riflesso deve seguire il rigetto della domanda di arricchimento per mancanza di sussidiarietà. In sostanza, facendo valere l'azione ex art. 2041 c.c. successivamente ad un giudicato di rigetto della domanda causale che solo attesta la prescrizione del diritto – e che, quindi, non accerta che la sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta era avvenuta correttamente – diviene determinante il modo di argomentare della parte, in quanto, affinché tale successiva domanda non venga di riflesso rigettata nel merito, è fondamentale sottolineare che, per il principio della ragione più liquida, la precedente sentenza di rigetto non contiene alcuna valutazione sulla correttezza della qualificazione della vicenda sostanziale nei termini effettuati dall'attore con la domanda causale. E se una tale valutazione si fosse compiuta sarebbe emerso che, per esempio, il contratto era nullo (per una causa diversa dall'illiceità per contrarietà a norme imperative, della quale si dirà in seguito). Quindi, se il contratto invocato con la domanda causale fosse nullo sarebbe *ab origine* mancante il titolo che giustifica la prestazione e, conseguentemente, sarebbe ben possibile, pure a fronte di un giudicato di rigetto per prescrizione, la

proposizione della domanda di arricchimento ingiustificato ex art. 2041 c.c. in quanto non sarebbe carente il requisito della sussidiarietà[186].

Procedendo con ordine viene, quindi, l'analisi della correttezza del principio posto dalla sentenza n. 33954/2023 – che determina il rigetto per infondatezza della eventuale e successiva domanda di arricchimento ex art. 2041 c.c. – in relazione alle ipotesi in cui la domanda causale fosse stata rigettata nel merito in ragione della mancata prova del pregiudizio patito dall'attore.

Una lettura conforme a tale principio è quella che si dà nei casi in cui effettivamente l'attore sia riuscito a provare gli elementi costitutivi della fattispecie legale invocata mediante la domanda causale, ma poi non sia riuscito a dimostrare che la sua richiesta era attuale. Per rendere concreta l'ipotesi si pensi a chi agisca in giudizio per ottenere il pagamento del prezzo stabilito con l'altro contraente nell'ambito di un contratto di compravendita e riesca a provare che il contratto esiste, che si tratta di un contratto di compravendita oltre che il prezzo previsto per la cosa compravenduta, ma che non riesca, invece, a dimostrare che il prezzo non è stato pagato, perché risulta fondata l'eccezione di avvenuto pagamento svolta dal convenuto, che porta così al rigetto della domanda. In tali casi tra le parti, nel primo

[186] In questo senso, conferma del fatto che il c.d. principio della ragione più liquida esclude che il giudice valuti l'intera fattispecie costitutiva del diritto fatto valere dall'attore, poiché egli si concentra solo sulla ritenuta ragione di rigetto, la si ritrova nelle sentenze gemelle delle Sez. Un. su poteri del giudice e rilievo officioso della nullità (sentt. nn. 26242 e 26243/2014). In quella circostanza le Sez. Un. hanno chiarito che ogni volta che il giudice si pronuncia su di una domanda che trova fonte in un contratto (es.: adempimento del contratto, ma anche suo annullamento o risoluzione), e nulla dice sulla nullità del contratto stesso, la questione della nullità del contratto dovrà considerarsi implicitamente affrontata dal giudice ed esclusa (perché un contratto nullo non può essere inadempiuto, né annullato). Con la conseguenza che in futuri processi le parti non potranno rimettere in discussione la non nullità del contratto. Questo, tuttavia, a meno che emerga che il giudice ha rigettato nel merito la domanda e nel farlo ha fatto impiego del criterio della ragione più liquida. Come si legge infatti nella sent. n. 26242/2014, il rigetto nel merito delle domande di adempimento, risoluzione, rescissione e annullamento del contratto determina la formazione del "giudicato implicito sulla validità del negozio, salvo il caso in cui (ed è quello di specie) la decisione non risulti fondata sulla ragione cd. "più liquida" […] e la cui *ratio* appare efficacemente distillata nel disposto dell'art. 187 c.p.c., comma 2 e dell'art. 111 Cost. e altrettanto efficacemente evidenziata nella recente giurisprudenza di questa Sezioni Unite (Cass. 9.10.2008, n. 24883, in motivazione). L'adozione di una decisione sulla base della ragione più liquida (la prescrizione del diritto azionato, l'adempimento, la palese non gravità dell'inadempimento, l'eccepita compensazione legale) a fronte di una eventualmente complessa istruttoria su di una eventuale *quaestio nullitatis* postula che il giudice non abbia in alcun modo scrutinato l'aspetto della validità del contratto, con conseguente inidoneità della pronuncia all'effetto di giudicato sulla non-nullità del contratto (alla medesima soluzione si perverrà ove la *quaestio nullitatis* sia stata oggetto di mera difesa o di semplice eccezione da parte del convenuto, nel qual caso il giudice non avrà nessun obbligo di pronuncia in ordine ad essa, potendo ancora una volta decidere in base alla ragione più liquida, tale obbligo di pronuncia nascendo, di converso, soltanto in presenza di apposita domanda)".

giudizio, v'è effettivamente stata la valutazione circa la correttezza della sussunzione dei fatti nella fattispecie causale invocata dall'attore, e ciò, di per sé, esclude presenza del requisito della sussidiarietà richiesto dall'art. 2042 c.c. per l'azione di arricchimento, che quindi, se successivamente esercitata dovrebbe essere rigettata perché infondata alla luce della mancanza di uno degli elementi costitutivi della fattispecie di cui agli artt. 2041 e 2042 c.c.[187].

Infine, l'ultima ipotesi in cui la successiva ed eventuale azione di arricchimento sarebbe da rigettarsi per infondatezza riflessa è data dai casi in cui il giudicato di rigetto caduto sulla domanda causale per prima proposta dall'attore avesse a motivo la nullità per illiceità del contratto, ossia per contrarietà di questo rispetto a norme imperative o all'ordine pubblico. In linea di principio, la nullità di un contratto – qualunque sia la sua causa – comporta la sua inefficacia *ex tunc*, e dunque, anche se la nullità dovesse derivare dall'illiceità, si configurerebbe teoricamente quell'ipotesi che è l'inesistenza *ab origine* del titolo giustificativo della prestazione resa all'altro contraente, il cui accertamento rappresenterebbe, alla luce del principio di diritto posto dalla sentenza n. 33954/2023, l'unico motivo di rigetto della domanda causale che legittimerebbe il successivo esperimento dell'azione generale di arricchimento ex art. 2041 c.c. Tuttavia, il problema sorge nella causa di nullità – ossia l'illiceità[188] –, la quale renderebbe il contratto connotato da un disvalore così alto per cui, qualora una delle due parti fosse adempiente della propria prestazione, questa non avrebbe diritto ad ottenerne la restituzione. In particolare, riteniamo che la restituzione delle prestazioni rese in base ad un contratto illecito non sia possibile in quanto, pur mancando un titolo giustificativo della prestazione, tale prestazione è stata resa nell'ambito di un rapporto giuridico illecito e, quindi, ponendo tale principio, le Sezioni Unite, non volevano in alcun

[187] Tuttavia, l'altra lettura che può essere data di questo principio lo rende, di base, inutile in relazione a tutte le altre ipotesi di rigetto della domanda causale per carenza di prova in ordine al pregiudizio patito e questo in ragione del fatto che il pregiudizio è elemento costitutivo della fattispecie di cui all'art. 2041 c.c., la cui mancanza renderebbe la domanda di arricchimento infondata, per cui se – a seguito della specifica contestazione di controparte in relazione all'esistenza del pregiudizio patito dall'attore – l'impoverito non riuscisse a dimostrare la diminuzione patrimoniale subita, così come vede rigettata l'azione causale, per forza di cose, vede rigettata anche l'azione di indebito arricchimento perché se non ha subito l'impoverimento l'arricchimento non le spetta.

[188] In particolare, il contratto è da considerarsi illecito quando si caratterizza per (1) illiceità dell'oggetto, della causa o della forma, (2) quando pur apparendo lecito, viene utilizzato per mascherare o facilitare comportamenti illeciti o, infine, (3) quando vi è motivo illecito comune.

modo concedere un rimedio restitutorio che potrebbe rappresentare una qualche forma di incentivazione dei comportamenti illeciti[189].

A ben vedere, tuttavia, una tale specificazione da parte delle Sezioni Unite non sarebbe nemmeno stata necessaria alla luce del fatto che chi svolga una prestazione in attuazione di un contratto illecito rende una prestazione che è giuridicamente incommerciabile[190] e che, quindi, non può essere oggetto di restituzione.

[189] Che la parte di un contratto nullo in quanto illecito non abbia a disposizione l'azione di arricchimento senza causa non è sempre vero, e quand'anche fosse vero ciò non è dovuto alla sussidiarietà del rimedio. "Lungi dal dipendere dalla praticabilità di un'azione fondata sul contratto, consegue alternativamente a uno di questi fatti: 1) che la prestazione invano attesa non era dovuta, dunque in alcun modo può dirsi che non eseguendola la controparte si sia ingiustificatamente arricchita; 2) che la prestazione eseguita è illecita o giuridicamente incommerciabile, quindi di per sé inidonea a fondare una pretesa restitutoria; 3) che la prestazione eseguita lo è stata al fine di retribuirne una illecita o incommerciabile, nel qual caso la pretesa restitutoria è esclusa dall'art. 2035 c.c." D. CARUSI, *Il principio di restituzione degli arricchimenti ingiustificati e la sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa*, cit., p. 422

[190] In questi termini si è espressa L. BACCAGLINI in occasione di una conferenza tenutasi in data 15/11/2024 presso la facoltà di Giurisprudenza di Trento.

Capitolo III

Arricchimento senza causa e processo: il cumulo (originario o sopravvenuto) tra domanda 'causale' e domanda di indebito arricchimento ex art. 2041 c.c.

Indice: 1. Il fenomeno del cumulo condizionale: premesse introduttive – 2. L'evento condizionante nel cumulo subordinato di domande – 3. Le vicende del cumulo condizionale di domande: le modificazioni del tipo di nesso – 3.1 La possibilità di modificare il nesso condizionale in modo tale che, da un cumulo condizionale, si passi ad un cumulo alternativo di domande e viceversa: indagine sul cumulo alternativo – 4. (Segue) La possibilità che il nesso condizionale si instauri in corso di causa: la tesi della pluralità dei diritti quale premessa per l'ammissibilità delle cc.dd. domande complanari e relativo sviluppo del fenomeno – 5. L'azione ex art. 2041 c.c. nel processo in relazione al fenomeno del cumulo di domande

1. Il fenomeno del cumulo condizionale: premesse introduttive

La più frequente modalità con cui l'azione di arricchimento ingiustificato viene calata all'interno del processo civile, è quella che vede tale domanda cumulata con l'azione causale, vuoi *ab origine*, con l'atto di introduzione della causa, vuoi in un secondo momento. Anche in queste ipotesi, varrà quanto detto al capitolo precedente, sia quanto a elementi individuatori della domanda di indebito arricchimento (che ovviamente dovranno esserci anche nel caso di sua proposizione in cumulo), sia quanto ad onere di allegazione e prova.

Prima di vedere come concretamente si dispiega l'azione ex art. 2041 ove cumulata con l'azione causale, appare opportuno procedere ad una disamina degli istituti processualcivilisti coinvolti nel caso di specie. Ruolo centrale è sicuramente rivestito dall'istituto del cumulo di domande (specialmente nelle sue forme del cumulo eventuale o subordinato e del cumulo alternativo), ma altra questione fondamentale che si pone nel caso di proposizione della domanda ex art. 2041 c.c. unitamente alla domanda 'causale' è quella delle domande cc.dd. complanari, che al cumulo si collegano non quand'esso sia introdotto immediatamente con l'atto

introduttivo della lite, bensì quando venga instaurato in corso di causa (in particolare, si vedrà, nell'ambito della prima memoria ex art. 171-ter c.p.c.).

Per impostare il discorso sul cumulo di domande, è necessaria una fondamentale premessa: quando due domande sono proposte nell'ambito del medesimo processo possono subire, da parte dell'attore o del convenuto (il quale propone domanda riconvenzionale), un condizionamento tale per cui si richiede al giudice che la valutazione di una delle due domande sia, appunto, condizionata ad un certo esito dell'altra[191], motivo per cui è possibile parlare di cumulo condizionale. Tale condizionamento, nello specifico, si ritiene vincoli l'esame nel merito (di fondatezza o infondatezza) della domanda all'esito dell'altra[192], poiché se non si verifica l'evento condizionante, la domanda condizionata non dovrà essere decisa nel merito, ma 'assorbita', decisione con la quale il giudice dichiara di non aver valutato la fondatezza o meno della domanda, perché non si era verificato l'evento indicato dall'attore. Il cumulo condizionale può essere ricondotto all'interno di tre differenti tipologie elaborate dalla dottrina tradizionale[193].

La prima tipologia di cumulo condizionale è rappresentata dal cumulo successivo (o condizionale improprio), con il quale l'attore viene a condizionare l'accoglimento di una seconda domanda al preliminare accoglimento della domanda principale. Rispetto a questa tipologia di cumulo, un esempio pratico potrebbe essere quello dell'attore il quale chieda in via principale la rescissione di un contratto e, per il caso in cui tale domanda principale fosse accolta, richiedesse pure la restituzione della prestazione contrattuale resa[194]. In questo caso, la decidibilità nel merito della seconda domanda è subordinata all'accoglimento della prima.

Il secondo tipo di condizionamento si manifesta, invece, nel cumulo subordinato (o eventuale o, ancora, condizionale proprio) e comporta che le due domande vengano qualificate una come principale, da decidersi con precedenza, e la seconda come

---

[191] G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 1129.

[192] F. P. LUISO, *Diritto processuale civile,* cit., p. 96.

[193] G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 1129 ss.; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., p. 96, e soprattutto C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande: Struttura e Funzione*, I, Padova, 1985.

[194] Così, e con indagine anche di ulteriori ipotesi, v. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande: Struttura e Funzione*, I, Padova, 1985, p. 288.

condizionata al rigetto della principale (nel senso che verrà esaminata in tanto in quanto l'azione principale sia respinta). L'esempio che, per chiarire quest'ipotesi di cumulo, risulta più calzante con l'oggetto della presente tesi è quello dell'attore che, in via principale, agisca con l'azione contrattuale o extracontrattuale, chiedendo, rispettivamente, l'adempimento del contratto o il risarcimento derivante da un illecito contrattuale o extracontrattuale e che, in via subordinata, per l'ipotesi in cui fosse rigettata la domanda principale, proponga l'azione di arricchimento ingiustificato.

Nel caso in cui in via di cumulo condizionale subordinato venga proposta domanda ex art. 2041 c.c. varrà quanto già detto al capitolo precedente per il caso di proposizione della domanda di indebito arricchimento come domanda principale e unica, ma dopo il passaggio in giudicato di una sentenza di rigetto della domanda 'causale' (v. cap. II, par. 5): se la domanda 'causale' verrà rigettata, la domanda ex art. 2041 c.c. cumulata in via subordinata verrà senz'altro decisa nel merito. L'accoglimento o il rigetto nel merito di questa domanda, però, dipenderà dalle ragioni che hanno condotto al rigetto della domanda principale[195].

Infine, secondo una parte della dottrina, vi sarebbe un terzo tipo di cumulo condizionale, quello alternativo, il quale si dà quando in giudizio siano formulate da parte dell'attore due domande affinché ne sia accolta una sola, ma senza che sia indicata (o deducibile) una preferenza per l'accoglimento dell'una o dell'altra.

Anche in relazione a tale ipotesi l'esempio che più si ritiene calzante, in relazione all'oggetto della presente discussione, allo scopo di comprendere come funzioni tale tipologia di cumulo, è quello dell'esercizio, appunto, in via di cumulo alternativo delle azioni contrattuale e di arricchimento ingiustificato che si verifica quando l'attore sia indifferente rispetto all'accoglimento dell'una o dell'altra domanda e, per tale motivo, le sottopone ad un vincolo reciproco per cui ciascuna

[195] Tale situazione altro non è che la conseguenza della già più volte citata sentenza n. 33954/2023 delle Sezioni Unite e del relativo principio di diritto il quale, appunto, statuisce: "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 contrattuale, ove la nullità derivi dall'illiceità del contratto per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico": v. *retro*, cap. II, par. 5.

delle due domande è suscettibile di essere decisa nel merito in quanto non sia stata accolta l'altra.

La differenza tra tale ipotesi di cumulo e le due precedenti è proprio inerente alla modalità del condizionamento.

Infatti, se per il cumulo successivo e il cumulo subordinato il condizionamento funziona in modo unilaterale, per cui la seconda domanda viene esaminata nel merito solo qualora la principale abbia avuto un determinato esito – che è l'accoglimento nel cumulo successivo e il rigetto nel cumulo subordinato – invece, nel cumulo alternativo la reciprocità del condizionamento si manifesta nel senso che ciascuna delle due domande non può esser esaminata nel merito in tanto in quanto l'altra sia stata accolta dal giudice (per cui l'una può essere decisa nel merito e, se del caso, accolta solo qualora non sia stata accolta l'altra). Ci sarà quindi, secondo la costruzione del cumulo alternativo come cumulo condizionale, una domanda accolta, e l'altra assorbita (perché non si è verificato l'evento condizionante l'esame del merito: il rigetto dell'altra domanda); oppure una domanda rigettata nel merito e una accolta[196].

È, tuttavia, opportuno sottolineare sin d'ora che non convince l'opinione in base alla quale il cumulo alternativo è considerato un terzo tipo di cumulo condizionale. Più convincente appare, infatti, a chi scrive l'impostazione (Tarzia e Consolo[197]) per cui il cumulo alternativo di domande tra loro in relazione di incompatibilità sostanziale (com'è ad esempio nel caso di cumulo tra domanda causale e domanda ex art. 2041 c.c.) sarebbe un'ipotesi di cumulo puro (dove non c'è condizionamento): entrambe le domande verranno decise nel merito, una rigettata perché infondata e l'altra (proprio in ragione del rigetto dell'una) accolta[198].

---

[196] E. ADOBATI, *Le domande alternative nel processo civile*, Tesi di dottorato, Università degli studi di Milano, 2020-2021, p. 16 s.

[197] G. TARZIA, *Appunti sulle domande alternative,* in *Rivista di diritto processuale*, 1964, 291 s.; e C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., p. 2, in conclusione alla nota 1 è, infatti, affermato: "La riflessione sul cumulo eventuale (che coincide con il cumulo condizionale stante quanto affermato poco prima nel corso della stessa nota, N.d.A.) deve perciò svolgersi in modo fondamentalmente unitario, senza operare al suo interno arbitrarie dissociazioni. Un approccio differenziato appare invece convincente per la figura del cumulo alternativo di domande, che resterà in gran parte estraneo a questo studio. Al riguardo v. *infra* testo e note, donde emergeranno le ragioni per cui il cumulo alternativo implica una problematica peculiare e non facilmente riconducibile a quella posta dal cumulo eventuale (cumulo condizionale, N.d.A.)".

[198] Così C. CONSOLO, *Cumulo alternativo litisconsortile di domande e gravame (come l'attore vittorioso potrà mantenere in vita la domanda contro l'altro convenuto pure vincitore?)*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2024, 2340 ss. Consolo riferisce la definizione al caso di cumulo

Si procederà quindi ora ad una ricognizione della disciplina del cumulo sulla base di un preciso punto di partenza. Tale punto di partenza è dato dal fatto che la domanda di arricchimento, non solo per la sua natura sussidiaria imposta all'art. 2042 c.c., ma anche in ragione della sua funzione – che è di essere una norma che disciplina un rimedio di chiusura, un rimedio cioè cui ricorrere quando non ne fossero disponibili altri – solamente può essere una domanda che, nei casi in cui fosse introdotta contestualmente ad altra, è proposta quale domanda secondaria, in via subordinata rispetto alla domanda principale che ha ad oggetto l'azione causale, o quale domanda alternativa rispetto ad altra in relazione alle quali l'attore non esprima preferenze su quale sia quella da accogliere.

Non sono riscontrabili, invece, ipotesi in cui l'azione di arricchimento ingiustificato possa essere proposta in via di cumulo successivo rispetto alla domanda azionata in via principale. Tale situazione sarebbe, infatti, contraddittoria in quanto l'azione di arricchimento verrebbe ad essere esaminata nel merito solo in tanto in quanto altro rimedio fosse stato accolto, ma se tale altro rimedio fosse stato accolto allora non sarebbe più necessitato il ricorso al rimedio residuale di cui all'art. 2041 c.c. anche in ragione, appunto, della sua funzione di chiusura.

2. L'evento condizionante nel cumulo subordinato di domande

Posta, quindi, tale premessa il discorso che segue si incentrerà sullo studio delle due ipotesi di cumulo che si possono manifestare nel processo in relazione all'azione generale di arricchimento.

Il primo punto che, nello sviluppo del discorso, riteniamo opportuno trattare riguarda il modo in cui la condizione posta con il cumulo, quand'esso abbia,

---

alternativo litisconsortile (quando l'attore non sa chi tra due convenuti è il giusto destinatario della sua pretesa), ma con definizione che vale anche per il nostro caso di cumulo alternativo non litisconsortile, dove l'attore sa chi è il destinatario della sua pretesa, ma non sa quale sia la "giusta pretesa".

Nella presente tesi il riferimento che viene realizzato è solamente alle domande tra loro condizionate che sul piano sostanziale siano in un rapporto di incompatibilità. Ciò perché si sviluppa in questo senso, sul piano sostanziale, la relazione tra azione causale e azione di arricchimento. È fondamentale quindi sottolineare che non ogni ipotesi di cumulo alternativo necessariamente deve essere trattata alla stregua di un cumulo puro. Quando infatti le domande tra loro proposte alternativamente comportassero la deduzione di pretese concorrenti, in cui unico è il bene della vita cui aspira l'attore (e questi lo persegue sulla base di differenti *cause petendi*), il fenomeno deve considerarsi quello del cumulo condizionale di domande. V. sul punto C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., p. 404 ss., spec. 405 e nota 202.

appunto, natura condizionale, deve essere intesa. Con la proposizione di due domande tra loro condizionalmente cumulate è possibile distinguere, fin dall'inizio, all'interno della "generica situazione di «pendenza» della domanda, una progressione fra due distinti oggetti di giudizio" la quale "consente di condurre un discorso più articolato ed esauriente, così da non incorrere in semplificazioni eccessive ed in realtà solo apparenti, quali paiono essere quelle conseguenti all'impiego del concetto di litispendenza *en bloc* condizionata"[199]. Sottoposto a condizione è solamente l'ultimo stadio della litispendenza, ossia l'attuale decidibilità del merito della seconda domanda in quanto, quest'ultima, deve considerarsi pendente in maniera stabile *ab origine*.

Fatta questa opportuna considerazione su come si debba intendere la condizione posta da colui il quale introduca in giudizio due domande in modo tale che siano, tra di esse, condizionalmente cumulate, si procederà all'esame specifico delle questioni che interessano, cominciando dal fenomeno del cumulo subordinato di domande.

Il cumulo subordinato di domande, che è una delle due ipotesi di cumulo condizionale, come si è detto in apertura, è un fenomeno sicuramente complesso. Nello specifico, quando l'attore proponga due domande tra loro cumulate in maniera eventuale altro non fa che assoggettare a condizione l'esame del merito della causa introdotta dalla domanda subordinata (ossia l'"oggetto «sostanziale» di giudizio"[200]). L'attore, in sostanza, vuole per la seconda domanda una tutela giurisdizionale estesa al merito solo per l'ipotesi in cui l'esito decisorio relativo alla domanda principale avesse un certo contenuto, ossia il rigetto, perché qualora, invece, vi fosse l'accoglimento della domanda proposta incondizionatamente, non realizzandosi il nesso condizionale introdotto, l'esito della seconda domanda non potrebbe che essere una pronuncia di rigetto in rito per assorbimento. Tale sentenza di assorbimento non solo attesta l'impossibilità di addivenire ad una decisione di merito sulla causa introdotta dalla domanda subordinata ponendo fine alla pendenza della stessa, ma è, anche, indispensabile a pena di incorrere in un vizio di omissione

[199] C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., p. 262; per un'analisi approfondita delle implicazioni derivanti dall'accoglimento del concetto di litispendenza risolutivamente condizionata nelle ipotesi di cumulo condizionale, si veda C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., *infra* cap. I, spec. par. 1 e 2.

[200] Espressione utilizzata da C. CONSOLO ne *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., p. 262.

di pronuncia su di una domanda. Conseguentemente è possibile sottolineare che, in ogni caso, una decisione sulla domanda subordinata è sempre necessaria; semplicemente il contenuto della stessa dipenderà dall'eventuale rigetto o meno della domanda proposta, invece, in maniera incondizionata. In sintesi, quando l'attore proponga due domande in cumulo subordinato deduce quale condizione per l'esame nel merito della domanda eventuale l'evento rappresentato dalla decisione sfavorevole in ordine alla domanda proposta in via principale, ossia il relativo rigetto.

Il problema, in questo senso, è che "il rigetto della domanda non [è] fenomeno affatto unitario"[201]. Il rigetto, infatti, può essere tale per ragioni di rito ovvero per ragioni di merito. Di qui il quesito che si viene a porre, relativo al modo in cui si deve intendere il rigetto della domanda principale quando l'attore proponga la seconda domanda per il caso, appunto, di previo rigetto della prima.

Sicuramente costituisce un'ipotesi di rigetto della domanda principale che realizza la condizione dedotta dall'attore il rigetto nel merito – con il quale il giudice accerta l'inesistenza del diritto fatto valere e conseguentemente l'infondatezza della domanda –. Il nodo problematico è rappresentato dall'ipotesi in cui la domanda principale venga rigettata in rito, con una decisione, dunque, con cui il giudice si limita a declinare il proprio dovere decisorio in ordine al merito della domanda principale perché non ricorre una delle c.d. condizioni di decidibilità della causa nel merito[202]. In particolare, quel che ci si chiede è se pure tale rigetto sia di per sé idoneo a ritenere la condizione posta dall'attore verificata.

A tale domanda, tuttavia, non è possibile dare una risposta che sia giusta a priori in quanto è necessario fare riferimento alla volontà dell'attore, il quale, nella maggior parte dei casi, nell'atto di citazione non viene a contemplare evenienze così specifiche, e quindi è necessario risolvere una c.d. questione interpretativa: se l'attore voleva vedersi attribuito il diritto oggetto della seconda domanda solo nel

---

[201] C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., p. 325.

[202] Con questa locuzione si individua una eterogenea serie di questioni che attengono alla esistenza del potere-dovere del giudice di dire fondata o infondata la domanda. Si suole dividere tali condizioni di decidibilità della causa nel merito in tre gruppi in quanto alcune attengono alla figura del giudice (giurisdizione e competenza e assenza di devoluzione ad arbitri della lite); altre alle parti (capacità di essere parte, capacità processuale); altre all'oggetto della lite (litispendenza; interesse ad agire e legittimazione ad agire): v. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., spec. 389 s.

caso in cui il giudice avesse ritenuto inesistente il diritto oggetto della domanda principale; oppure se l'attore volesse vedersi attribuito, all'esito del processo, almeno uno dei diritti azionati con le domande cumulate. Il giudice, in ragione di ciò, dovrebbe optare per la soluzione alle parti più conveniente anche in base a quel che dovesse emergere qualora, allo scopo di risolvere tale questione interpretativa, avesse fatto richiesta di chiarimenti alla parte interessata.

Ancora (e sempre), in relazione all'evento condizionante, che è la decisione sulla domanda principale, è necessario dire che il rilievo condizionale della decisione su tale prima domanda esclude l'attesa del suo passaggio in giudicato. In altre parole, perché si ritenga verificata la condizione, e quindi il giudice possa procedere all'esame del merito della domanda subordinata, non deve considerarsi necessario il passaggio in giudicato della decisione sulla domanda principale. La decisione sulla domanda principale che abbia contenuto non assorbente della domanda secondaria è (come lo sono tutte le sentenze non definitive), all'interno del processo in cui è stata pronunciata, "un efficace accertamento prima del suo passaggio in giudicato"[203]. Ciò determina che, nell'esame del merito della domanda subordinata – che si apre in conseguenza della decisione in senso non assorbente di quella principale – il giudice debba tenere conto della decisione di merito presa in precedenza su di un oggetto di giudizio il quale è rilevante anche per il merito della decisione sulla domanda cumulata alla luce del fatto che tendenzialmente sarà in una relazione di incompatibilità, pregiudizialità, connessione, etc. con quello attualmente da decidere.

Non solo, l'armonia tra le decisioni di domanda principale e subordinata è garantita dal trattamento riservato in fase di impugnazione al cumulo condizionale, in particolare attraverso l'operatività del c.d. effetto devolutivo esterno o allargato e non dalla necessaria attesa del consolidamento dell'esito della causa principale per poter successivamente procedere all'esame della causa ad essa condizionalmente cumulata. Tale attesa, infatti, vanificherebbe il significato dell'istituto processualcivilista in parola (ossia il cumulo condizionale di due cause), ma, in ogni caso, sarebbe comunque bloccata "dai principii […] in tema di rigorosa

[203] C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., p. 334.

endoprocessualità dell'evento dedotto nella condizione apposta nei riguardi di atti del processo, a pena di ledere la corretta funzionalità di quello strumento"[204].

In sintesi, quindi, con il verificarsi dell'evento condizionante si concretizza e diviene attuale il dovere decisorio di merito del giudice sulla domanda proposta in via subordinata, il quale era in precedenza sospeso. Diversamente, nell'ipotesi in cui l'evento dedotto in condizione non si verificasse allora non si dà "automatica ed irreversibile dissoluzione della litispendenza, ma solo l'esigenza di porre ad essa fine attraverso una decisione di mero rito", ossia una decisione di assorbimento della domanda subordinata la cui decisione nel merito non è divenuta attuale. E anche tale decisione di rito di assorbimento sarà, se del caso, coinvolta nelle fasi di gravame mantenendosi intatto il carattere cumulativo del giudizio di primo grado e la struttura condizionale attribuita alle domande della parte.

Sino ad ora si è trattato dell'evento condizionante e, ai fini di una logica progressione nello sviluppo del discorso, sarebbero maturi i tempi per discutere della situazione che, invece, risulta condizionata. Sul punto però già si era accennato in precedenza di come secondo la ricostruzione prospettata da Consolo ne "Il cumulo condizionale di domande" (e che noi riteniamo persuasiva) ad essere condizionata non è tanto la litispendenza complessiva della domanda subordinata. È, difatti, più corretto distinguere all'interno della pendenza della domanda subordinatamente proposta due differenti "stadi"[205], uno che si instaura incondizionatamente – in quanto si riferisce alla generica deduzione in giudizio della domanda con la quale si sottopone al giudice l'oggetto processuale di giudizio[206] – e l'altro che, invece, è solamente eventuale – posto che consiste nella valutazione circa la fondatezza della domanda proposta subordinatamente e cioè nella definizione dell'oggetto del giudizio di merito che la stessa pone –[207].

---

[204] C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., p. 334.

[205] Espressione di C. CONSOLO ne *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., p. 336.

[206] Con tale espressione si fa riferimento alla impostazione (v. sempre C. Consolo) che vede un duplice oggetto del giudizio: quello di rito, relativo all'esistenza del potere-dovere decisorio di merito (nel quale si colloca la soluzione di tutte le questioni attinenti alla sussistenza delle condizioni di decidibilità della causa nel merito, appunto), e quello di merito, relativa all'esistenza o inesistenza del diritto azionato per il quale l'attore chiede tutela.

[207] Di qui la condizione dedotta con la domanda subordinata assume i connotati propri di una condizione sospensiva.

Chiarito che sino a prima dell'avverarsi della condizione, al giudice è precluso l'esame del merito della domanda subordinata, va chiarito cosa debba intendersi quando si parla di preclusione dell'esame del merito della seconda domanda: essa si estende fino, addirittura, alla trattabilità del merito della domanda o, per converso, si estende solamente alla sua decidibilità nel merito?

La risposta a tale domanda è sempre stata uniforme nel senso che, nel caso di cumulo condizionale, ciò che il giudice non può fare è solamente decidere della fondatezza o meno della domanda subordinata qualora non si verifichi l'esito (rigetto o accoglimento a seconda del nesso condizionale dedotto dalla parte che propone la domanda) della principale che rende attuale la decidibilità nel merito della subordinata. Quindi, sia le parti che il giudice possono compiere attività di trattazione e istruzione (allegare fatti secondari, formulare eccezioni, svolgere istanze di prova e assumerle) in relazione a tutte le domande cumulate, anche quelle subordinate. E tali attività non sono invalide perché il vincolo per il giudice è appunto solo alla decidibilità e non si estende anche alla trattabilità.

La questione si sarebbe potuta porre con maggior pregnanza (anche se poi sempre è stata risolta nel senso per cui la preclusione solo riguarda la decidibilità nel merito e non pure la relativa trattabilità) in particolar modo nel rito di cognizione ordinaria *ante* riforma del 2022. Prima del d.lgs. n. 149 del 10 ottobre 2022 (c.d. Riforma Cartabia), infatti, le attività di trattazione della causa (in particolare le tre memorie di trattazione di cui all'art. 183, c. 6, c.p.c. prev.) si svolgevano dopo l'udienza ex art. 183 c.p.c., e quindi dopo il contatto tra parti e giudice: in questo caso poteva porsi la questione se il giudice dovesse chiarire alle parti di non trattare, nelle memorie "appendice", anche della domanda condizionatamente subordinata. La Riforma Cartabia ha invertito l'ordine: ora le tre memorie di trattazione e istruzione si collocano, a ritroso, prima dell'udienza ex art. 183 c.p.c. (secondo quando dispone l'art. 171-ter c.p.c.). Anche se prima di tali memorie il giudice pronuncia comunque un provvedimento (il decreto di cui all'art. 171-bis c.p.c.), nel quale potrebbe porsi pur sempre il problema di escludere o meno la trattazione relativa alla domanda subordinata. Di qui l'attualità della riflessione e delle conclusioni riportate.

È, poi, considerazione condivisa quella per cui il fenomeno delle domande proposte in via di cumulo subordinato nasce dalla ricerca di un mezzo per la realizzazione, nel processo, degli interessi attorei e, conseguentemente, è stato costruito solamente su tale parametro di confronto, non considerandosi le tendenzialmente antitetiche esigenze di parte convenuta che non possono, tuttavia, essere ignorate[208]. In questo è utile chiarire quale sia la posizione del convento rispetto all'ipotesi in cui contro di esso vengano proposte da parte attorea due domande in forma di cumulo subordinato.

In particolare, autorevole dottrina[209] tentò di attribuire al convenuto uno specifico potere che gli consentisse di rendere, per il tramite di una propria iniziativa processuale, incondizionato il dovere decisorio del giudice sul merito di entrambe le domande attoree, determinando la trasformazione del cumulo condizionale in un cumulo puro. Nello specifico, il potere processuale individuato da Allorio concretizzante l'iniziativa processuale del convenuto e che avrebbe potuto rendere incondizionata la domanda subordinata era il potere di proporre, in via riconvenzionale, una domanda di accertamento negativo relativamente alla causa introdotta in via subordinata dall'attore in modo tale da renderne sicura la decisione nel merito.

Se non che, in questo senso, si è adesivi alla critica mossa da Consolo verso tale ricostruzione[210]. Tale Autore, infatti, afferma che un'iniziativa del convenuto di tale natura non possa essere ricondotta nell'ambito della domanda riconvenzionale per svariate ragioni. In particolare, si è sempre convenuto che lo scopo dell'iniziativa riconvenzionale fosse la deduzione in giudizio di un diritto differente rispetto a

---

[208] "La necessità di non pretermettere tali esigenze [N.d.A.: le esigenze dell'altra parte del giudizio] si fa avvertire sotto una molteplicità di specifici profili applicativi (limiti di ammissibilità di tale forma di cumulo con riguardo alla presenza di un collegamento funzionale sul piano del diritto sostanziale fra le domande proposte; limiti di ammissibilità di modificazioni, in corso di processo, ad opera dell'attore del tipo di nesso condizionale inizialmente adottato; disciplina delle spese; determinazione delle ipotesi di soccombenza e così dell'ambito del potere di impugnazione di ciascuna parte; possibilità anche per il convenuto del potere di proporre, riconvenzionalmente, domande in via subordinata; etc.)" C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., pp. 355-356.

[209] E. ALLORIO, *Litisconsorzio alternativo passivo e impugnazione incidentale*, in *Giur. it.*, 1947, IV, p. 73 ss.

[210] C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., p. 360 s.

quello dedotto da parte dell'attore[211]. Non si pongono dubbi sul fatto che rispetto al diritto fatto valere dall'attore il convenuto possa richiedere pure una decisione di mero accertamento (se del caso, anche negativo), tuttavia resta fermo che debba trattarsi dell'accertamento di un effetto giuridico non ancora dedotto dall'attore nel processo in corso. Conseguentemente non potrebbe rinvenirsi un'iniziativa del convenuto volta a rendere incondizionata la domanda subordinata mediante una riconvenzionale di accertamento negativo di un diritto che è già stato fatto valere dall'attore. Quindi, "quando […] si parlò […] di riconvenzionale di accertamento negativo si trattò probabilmente di locuzione impropria ed esorbitante per designare, in modo sintetico ed immediatamente intellegibile, pursempre una iniziativa del convenuto più intensa di quella puramente difensiva, ma di indole strutturalmente diversa da quella della domanda riconvenzionale, di consistenza infatti strettamente endo-processuale e tale così da non alterare il (già preesistente) carattere cumulativo del giudizio promosso dall'attore, limitandosi unicamente a elidere il vincolo posto al potere del giudice di decidere il merito della seconda causa e a renderlo pertanto immediato e, quel che più conta, incondizionato, assumendosi a tal fine il relativo onere probatorio"[212].

Si tratta a questo punto di capire se e quando il convenuto sia titolare di un interesse meritevole a che vi sia una pronuncia sul merito della domanda subordinata anche quando l'evento condizionante non si verifichi, anziché al relativo assorbimento per il tramite di una sentenza di rito. La risposta dipende dall'intensità con cui le due domande condizionalmente proposte sono tra loro connesse dal punto di vista del diritto sostanziale. Se, infatti, il nesso tra le due domande fosse particolarmente stretto, come per esempio in casi di incompatibilità o concorrenza tra le pretese, allora la dichiarazione processuale di assorbimento della subordinata potrebbe implicare anche un assorbimento della fondatezza della domanda subordinata da parte della decisione di merito accogliente la domanda principale. Diversamente, fuori da tali casi, "al convenuto dovrà invece consentirsi di ottenere – se creda in concreto di avere a ciò interesse – una decisione di merito sulla domanda

[211] Si tratta di un diritto che risulterà essere in certi modi connesso, e talora pure incompatibile, con il diritto fatto valere dall'attore per il quale si tenta di ottenere tutela giurisdizionale cogliendo l'occasione della pendenza del processo tra le stesse parti.
[212] C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., p. 363.

subordinata, a pena di ledere il principio della parità delle armi e del trattamento tra le parti (oltre ad un'esigenza di economia processuale)"[213].

È questo, quindi, un tema che si collega in maniera particolarmente stringente al profilo dei limiti di ammissibilità del cumulo condizionale[214].

Sul punto, l'orientamento prevalente ritiene che, ai fini dell'ammissibile proposizione di domande condizionalmente cumulate, debbano sussistere specifici nessi che le colleghino sul piano del diritto sostanziale "in una prospettiva «omogenea»[215]".

Questa esigenza si traduce poi nella necessità che ricorra uno stesso quadro fattuale dal quale originano entrambe le domande; oppure che le due domande siano dirette a perseguire scopi tra loro analoghi (vuoi da un punto di vista giuridico, vuoi da un punto di vista pratico o economico) o situati su differenti gradini di una medesima scala di possibilità[216]. Se, come chiarito da tale orientamento, non è necessaria l'incompatibilità sostanziale tra due domande perché possano essere proposte tra loro in via subordinata, allora non è sempre vero che, qualora fosse ritenuta fondata la domanda principale, la dichiarazione di assorbimento della subordinata comporterà che, sul piano sostanziale, non residui per l'attore alcuna utilità ulteriore ricavabile dalla domanda subordinata, con la conseguenza che non sempre si potrebbe escludere la utile riproposizione, da parte dell'attore, in un nuovo giudizio, della domanda dichiarata assorbita (dichiarazione di assorbimento che, come tutti i rigetti in rito, non osta alla riproposizione della domanda).

Di qui, il fenomeno della coincidenza tra assorbimento dell'esame del merito sulla domanda subordinata ed assorbimento del suo pratico rilievo (comportante la preclusione della utile riproponibilità della subordinata) riguarda, all'interno del novero dei casi di cumulo condizionale di domande, il numero maggiore di ipotesi, ma non le esaurisce.

---

[213] C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., p. 364.

[214] Si tratta di un profilo, questo, da sempre oggetto di dispute e di posizioni non coincidenti. V. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., par. 8, spec. p. 365 ss.

[215] C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., p. 372.

[216] Si tratta della situazione in cui le due domande proposte mirino a raggiungere lo stesso obiettivo, solo con *quantum* differenti. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui due domande fossero tra loro proposte in via di cumulo subordinato, la prima per ottenere il risarcimento di una certa somma di denaro, la subordinata, invece, sempre per ottenere il risarcimento di una somma di denaro, la quale però è, da un punto di vista quantitativo, inferiore a quella domandata con la principale.

Proprio la circostanza che vi sono delle ipotesi nelle quali la dichiarazione di assorbimento della domanda subordinata non pone il convenuto al riparo da future azioni dell'attore tese a far valere il diritto oggetto di quella domanda, porta a concludere che vi sia un ambito di operatività, ancorché ristretto, per un'iniziativa del convenuto con la quale questi può rendere incondizionata la domanda subordinata (e quindi volta a ottenere una decisione di merito con efficacia di giudicato pure su quest'ultima) allorché solo in questa maniera egli possa cautelarsi nei confronti di una, altrimenti possibile, utile riproposizione della domanda assorbita[217].

3. Le vicende del cumulo condizionale di domande: le modificazioni del tipo di nesso

È, a questo punto della trattazione, essenziale fare una considerazione sul fatto che è indubitabile che il fenomeno del cumulo condizionale sia un fenomeno che non è immutabile nel corso della durata del processo. Il cumulo condizionale, infatti, può essere oggetto di modificazioni, sia per volontà delle parti sia per intervento del giudice, in diverse circostanze. In particolare, è possibile individuare due tipi di vicende che possono verificarsi nel corso del processo e che attengono, appunto, al cumulo condizionale di domande. Nello specifico, si tratta della possibilità che intervengano modificazioni del tipo di nesso condizionale sussistente tra le domande e della possibilità che il cumulo condizionale si instauri in corso di causa[218].

La prima delle vicende che possono interessare il cumulo condizionale è, quindi, la modificazione del tipo di nesso, ossia, in prima analisi, la possibilità di convertire un cumulo subordinato in un cumulo successivo e viceversa e, in secondo luogo, la possibilità di trasformare un cumulo condizionale (subordinato o successivo) in un cumulo alternativo e viceversa.

Consideriamo anzitutto la prima delle due possibilità – quindi quella relativa alla possibilità di mutare il nesso condizionale da subordinato a successivo e viceversa – in quanto più semplice. Si tratta, infatti, di un'ipotesi di scarso rilievo pratico in

[217] C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., p. 378.
[218] V. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., p. 388.

quanto può presentarsi solamente quando l'attore si accorga di essere incorso in un errore di scrittura nell'impostazione dell'abbinamento fra le domande ed il nesso che si vuole le condizioni. Ove ciò accadesse non vi sarebbero ostacoli di sorta alla possibilità di porvi rimedio e, anzi, la rettificazione del tipo di nesso relativo alle domande tra loro cumulate dovrebbe considerarsi, per l'attore, doverosa[219].

3.1 La possibilità di modificare il nesso condizionale in modo tale che, da un cumulo condizionale, si passi ad un cumulo alternativo di domande e viceversa: indagine sul cumulo alternativo

Per poter propriamente indagare la vicenda rappresentata dalla trasformazione di un cumulo condizionale di domande in cumulo alternativo delle medesime e viceversa è, prima, necessario indagare cosa sia tale cumulo alternativo di domande. È preliminarmente utile considerare quali siano le fattispecie tipiche in cui può venire a manifestarsi l'interesse dell'attore alla proposizione di domande in forma alternativa. In questo senso è possibile distinguere due macrocategorie giuridiche in cui, effettivamente, potrebbe sussistere un interesse di tale tenore: quella dell'incompatibilità sostanziale tra i diritti dedotti con le domande[220] e quella del concorso tra i diritti dedotti in giudizio[221].

Come, poi, si è visto al par. 1 del presente capitolo l'opinione tradizionale considera tale tipo di cumulo quale una terza tipologia di cumulo condizionale, il quale, in base a tale opinione, si differenzia rispetto al cumulo successivo e al cumulo

---

[219] Se, infatti, l'attore non provvedesse a tale rettificazione "l'effettivo legame sostanziale tra domande – malamente rispecchiato dal tipo di nesso condizionale loro impresso – renderebbe il cumulo senz'altro inammissibile nei termini in cui era stato in origine (erroneamente) impostato" C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., p. 412.

[220] Si tratta dei casi in cui tali diritti "non possono essere entrambi esistenti poiché i loro presupposti di fatto (e/o di diritto) divergono al punto che esistono o quelli dell'uno o quelli dell'altro. Il bene della vita cui tende la parte mediante la proposizione di domande incompatibili è per lo più unico e identico – eccezion fatta per le ipotesi di pretese incompatibili a beni assimilabili in senso pratico, in cui non vi è una prefetta coincidenza del *petitum*, che convergono nella categoria delle domande «complanari» […] quale sottospecie delle domande incompatibili – ciò che invece diverge è la qualificazione giuridica dei fatti costitutivi nel senso che le domande non possono essere né entrambe accolte e nemmeno entrambe fondate" E. ADOBATI, *Le domande alternative nel processo civile*, cit., p. 59 s.

[221] Si tratta dei casi in cui "i diritti non si escludono a vicenda in quanto le rispettive *causae petendi* possono coesistere. In questi casi, l'impossibilità per il giudice di accogliere entrambe le domande, che ben potrebbero essere tutte fondate, non dipende dalla loro incompatibilità sostanziale, ma dalla circostanza che l'accoglimento di una esaurisce l'interesse della parte all'accoglimento dell'altra" E. ADOBATI, *Le domande alternative nel processo civile*, cit., p. 60.

eventuale solamente per il modo in cui si atteggia il condizionamento imposto dalla parte alle domande. Il condizionamento, infatti, in tali casi è reciproco o bilaterale. Ciò significa che l'esame del merito di entrambe le domande è posto sotto la condizione che l'altra domanda già non sia stata accolta. In sostanza, l'attore proponendo due domande tra loro alternativamente condizionatamente cumulate mostra il proprio disinteresse verso l'accoglimento dell'una piuttosto che dell'altra e non impone al giudice un ordine di decisione delle due domande.

Fermo che entrambe le domande necessitano di essere decise e, quindi, quante sono le domande tanti devono essere i capi decisori[222], il grande nodo problematico, relativamente al cumulo alternativo, riguarda il tipo di pronuncia da emettere sulla domanda da non accogliere perché è incerto se possa qualificarsi quale pronuncia di assorbimento in rito, come sono qualificate le pronunce sulle domande secondarie quando il condizionamento operato dall'attore non dovesse verificarsi – e, quindi, quando, in caso di cumulo successivo, vi fosse il rigetto della domanda principale o, in ipotesi di cumulo subordinato, vi fosse l'accoglimento della domanda principale – ovvero quale una pronuncia di merito.

Tale problema è il riflesso delle due distinte opinioni che si fronteggiano sul tema della qualificazione del cumulo alternativo.

Già si è visto in precedenza che, secondo l'opinione tradizionale, il cumulo alternativo è un terzo tipo del *genus* cumulo condizionale. In base a questa interpretazione dell'istituto nella definizione delle domande alternative – intese come domande rispetto alle quali è richiesto l'accoglimento di una solamente, senza che l'attore abbia manifestato la propria preferenza per l'una o l'altra – è compresa pure la definizione di condizione reciproca o bilaterale, la quale consentirebbe all'organo giudicante di pronunciarsi con una decisione di mero assorbimento sulla domanda da rigettare purché emerga chiaramente l'intenzione della parte di condizionare l'esame nel merito di entrambe le domande all'esito dell'altra. Sostanzialmente, è come se la parte venisse ad introdurre un "presupposto processuale di origine volontaria"[223], il quale vincola il dovere decisorio (sul merito) del giudice in ordine alla domanda reciprocamente condizionata al mancato

[222] C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande: Il procedimento,* II, Padova, 1985, p. 773.
[223] Così si esprime E. MERLIN in *Inscindibilità dei giudizi e riproposizione di domande fra litisconsorti nelle fasi di gravame*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2013, p. 1293.

accoglimento dell'altra. Alcuni corollari di un'impostazione di tale portata e che si possono ricavare in via di deduzione sono rappresentati dal fatto che, qualora la domanda alternativa per prima considerata non realizzasse la condizione, l'altra domanda semplicemente dovrebbe restare assorbita con una pronuncia di rito e, pure, dal fatto che non vi è alcuna automatica instaurazione di cumulo condizionale anche quando le domande siano tra loro collegate da nessi sostanziali (e, quindi, si ribadisce la necessità che emerga la volontà della parte all'instaurarsi di un vincolo di condizionamento). L'unica eccezione che si ravviserebbe rispetto a tale impossibilità sarebbe rappresentata dalle domande tra loro concorrenti, le quali mirino al raggiungimento del medesimo risultato, e rispetto alle quali il cumulo necessariamente si presenta come condizionale a prescindere dal volere dell'attore[224].

Un'impostazione di questo tipo pone notevoli problemi pratici. Infatti, se l'attore fosse effettivamente indifferente all'accoglimento dell'una o dell'altra domanda e le avesse formulate in via di cumulo condizionale alternativo – per cui l'esame nel merito dell'una si dà solo qualora l'altra già non sia stata accolta – sarebbe, in sostanza, rimessa al giudice la scelta di quale domanda esaminare per prima. Una tale conseguenza è assolutamente incompatibile con il principio dispositivo sostanziale di cui all'art. 2907 c.c.

È, quindi, in relazione a questo cortocircuito proprio dell'opinione tradizionale che chi scrive ritiene più convincente l'opinione che sul cumulo alternativo ha formulato Consolo[225]. In particolare, l'Autore muove da una premessa circa cosa debba intendersi per alternatività. Egli sostiene che l'alternatività possa sì costituire un "nesso di condizionalità implicante la reciproca subordinazione dell'esame del merito di ciascuna domanda alla circostanza che già non sia stata accolta l'altra, in questo senso proposta «in alternativa»"[226], tuttavia egli sostiene anche che l'alternatività pure possa intendersi come la semplice incompatibilità sostanziale tra

[224] V. E. ADOBATI, *Le domande alternative nel processo civile*, cit., spec. pp. 18-22.
[225] V. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., spec. pp. 404-412, e più di recente, in relazione al cumulo alternativo litisconsortile (quando l'attore popone la stessa domanda contro due convenuti, reputandone uno solo suo debitore, pur non sapendo quale), in *Cumulo alternativo litisconsortile di domande e gravame (come l'attore vittorioso potrà mantenere in vita la domanda contro l'altro convenuto pure vincitore?)*, cit., 2340 ss.
[226] C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., p. 404.

le domande della quale l'attore è consapevole; ecco perché sarebbe ben soddisfatto della circostanza per cui qualora una delle due domande fosse accolta, l'altra sarebbe giocoforza rigettata in quanto infondata.

Al primo significato di alternatività, però, possono accedere solamente quelle ipotesi in cui ad essere dedotte in giudizio siano pretese tra loro concorrenti, in cui unico è il bene della vita perseguito sulla base di diverse *cause petendi*, le quali, quindi, rappresenterebbero l'unico caso in cui si dispiega il fenomeno del cumulo condizionale c.d. alternativo[227] con la relativa peculiarità data dal modo di atteggiarsi reciproco del condizionamento per cui accolta l'una, l'altra deve dichiararsi assorbita.

Quanto, invece, al secondo significato che l'alternatività assume – quale semplice incompatibilità sostanziale tra le domande proposte rispetto alle quali l'attore è conscio del fatto che solo una è fondata e, quindi, aspira all'accoglimento solamente di una, prognosticando, di fatto, il rigetto dell'altra perché infondata – esso non può che essere ricondotto entro il perimetro di funzionamento del fenomeno del cumulo puro di domande nel quale entrambe le domande proposte sono destinate ad essere decise nel merito.

In sostanza, non è da considerarsi necessitato che la deduzione in giudizio di un'alternativa di diritti venga ricondotta al fenomeno del cumulo condizionale di domande posto che tale deduzione può ben avvenire incondizionatamente, avendosi così un'ipotesi di cumulo puro di domande, le quali sono entrambe proposte in quanto l'incertezza dell'attore cade sull'individuazione della domanda fondata tra le due e, quindi, questi vuole che il processo sciolga tale incertezza. Tale modo di procedere della parte è certamente ammissibile in quanto il fatto che l'attore riconosca e dichiari che una delle due domande è infondata non ne pregiudica l'efficacia processuale. Tale conclusione "discende proprio dalla considerazione che l'esternazione del convincimento dell'attore di proporre ad un tempo una domanda fondata ed una, correlativamente, non fondata non incide affatto sulla struttura e sostanza giuridico-processuale del giudizio introdotto, che rimane ciònondimeno configurato quale ordinario cumulo puro di cause connesse"[228],

[227] V. G. TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 291 s.
[228] C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., p. 407.

quindi, la manifesta consapevolezza attorea circa la parziale infondatezza della propria iniziativa processuale non determina per il giudice vincoli differenti da quello solito di applicare il diritto sostanziale alle fattispecie dedotte con le domande[229]. In altre parole, Consolo sostiene che l'alternativa (e, quindi, l'incompatibilità sostanziale) dei diritti sostanziali fatti valere non costituisca una condizione preliminare di ammissibilità del fenomeno delle domande in alternativa, bensì una materia della decisione di merito da assumere (per il giudice) in esito al processo, il quale è da intendersi quale ipotesi di cumulo puro. Di qui se l'alternatività tra i diritti mancasse potrebbero, in ipotesi, essere riconosciuti come sussistenti entrambi.

In sintesi, l'Autore ritiene che sia "potenzialmente fuorviante"[230] includere entrambi i significati – e le relative ipotesi – di alternatività precedentemente delineati all'interno del *genus* «domande alternative». Infatti, solo con riferimento al primo significato attribuito al termine alternatività si configura un fenomeno di alternatività processuale[231], mentre il secondo significato esprime invece un caso di

---

[229] "Potendo così, per avventura (ove cioè l'attore abbia fatto male i propri conti in ordine al collegamento fra le cause), perfino risultare la fondatezza di entrambe le domande e con ciò la (intatta) esigenza per il giudicante di accoglierle entrambe" C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., p. 407.

[230] Espressione di C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., p. 409; sull'opportunità di qualificare quali domande alternative le domande con cui l'attore deduce diritti che dichiara essere tra loro incompatibili, e, quindi, che qualora fosse accolta l'una l'altra dovrebbe essere rigettata in quanto infondata v. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., p. 407 s., in cui l'A. sostiene che l'affermazione dell'attore circa l'alternatività sostanziale, non essendo altro che una mera e parziale prognosi circa l'esito del giudizio di merito che non incide né la sua ammissibilità né il risultato, non si traduce processualmente in un cumulo alternativo di azioni tra loro reciprocamente condizionate e, conseguentemente, non si traduce nemmeno nell'alternatività della potestà decisoria di merito in ordine alle due cause introdotte. Per l'A. le domande sono alternative solo secondo le aspettative dell'attore perché appena si lasci tale piano (delle aspettative attoree) e si scenda su quello del "concreto assetto strutturale impresso al giudizio introdotto con le due domande" non vi è un sufficiente fondamento per parlare di "proposizione in alternativa di due azioni" (e, quindi, sarebbe più corretto parlare di proposizione di azioni dichiaratamente incompatibili). Diversamente il rischio che si corre è quello di denominare analogamente fenomeni differenti quali quello poc'anzi menzionato e quello in cui l'attore effettivamente richieda l'accoglimento di una e la correlata dichiarazione di assorbimento dell'altra (cumulo alternativo di azioni concorrenti).

[231] Di tale cumulo alternativo processuale, che si darebbe quando le domande proposte dall'attore avessero ad oggetto diritti tra di essi "non escludenti" [N.d.A: espressione di C. CONSOLO in *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale, Il Corriere Giuridico*, 2016, p. 968 ss. spec. 971] – per cui la *causa petendi* dell'uno può esistere anche qualora esista quella dell'altro – e senza che l'attore esprima una preferenza su quale delle due vuole vedere accolta con precedenza, può dirsi che esso suscita perplessità quanto alla sua stessa ammissibilità in quanto essa porrebbe dei problemi in relazione al principio della domanda: spetterebbe, infatti, al giudice scegliere d'ufficio da quale, tra le due pretese fatte valere, cominciare l'accertamento. Non solo, il cumulo alternativo condizionato (o processuale) di due o

cumulo puro, il quale è solo accompagnato da un avvertimento – né necessario né giuridicamente rilevante – sull'incompatibilità sostanziale tra i diritti dedotti in giudizio. Ma non solo, in quest'ultimo caso, ritiene non siano tra loro distinguibili la richiesta di accertamento, la quale è relativa al merito di entrambe le cause, e la richiesta di accoglimento, relativa invece ad una solamente[232]. Infatti, una volta richiesto l'accertamento di merito sulle domande proposte in maniera incondizionata, la decisione sull'accoglimento (o meno) e sulla relativa portata dipenderanno esclusivamente dal risultato finale dell'accertamento.

L'accoglimento di questa impostazione pone un rimedio alla irrisolta problematica, propria dell'opinione tradizionale sul cumulo alternativo, per cui è il giudice, con una scelta d'ufficio, a dettare l'ordine di trattazione ed esame delle cause che fossero proposte in via di cumulo condizionale alternativo, con ciò violando il principio dispositivo per le ragioni di cui già si è discusso in precedenza. Infatti, secondo la ricostruzione anche da noi accolta, a fronte di domande deducenti diritti tra loro incompatibili da un punto di vista sostanziale (come sono le domande contrattuali o di risarcimento e la domanda di arricchimento indebito), il dovere decisorio del giudice si estende al merito di entrambe le domande e da ciò deriva l'irrilevanza dell'ordine in cui questi le esamina.

Indagato quindi l'istituto del cumulo alternativo si può ritornare alla modificazione del tipo di nesso da condizionale subordinato (in quanto il problema mai dovrebbe porsi in relazione al cumulo successivo) ad alternativo e viceversa[233].

In questo senso, non emergono particolari criticità quando l'attore abbia inizialmente proposto due domande senza condizioni o riserve, le quali sono dichiaratamente incompatibili da un punto di vista sostanziale, con l'intento che il giudice accolga indifferentemente l'una o l'altra, e poi volesse successivamente modificare il nesso condizionale proponendone una in via subordinata rispetto all'altra. Tale situazione è aproblematica in ragione del fatto che la possibilità di introdurre in un momento successivo e unilateralmente una struttura condizionale rispetto ad una proposizione originaria delle domande in forma pura non è ammessa

più pretese tra loro compatibili potrebbe avere ripercussioni nel senso di indeterminatezza della pretesa vantata effettivamente dall'attore e, di qui, dell'oggetto del giudizio.

[232] C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., p. 409 s.

[233] V. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., p. 410 ss.

nel nostro ordinamento. Infatti, questa trasformazione deve ritenersi inammissibile perché comporterebbe una riduzione *ex post* dei poteri inizialmente attribuiti al giudice e, al tempo stesso, limiterebbe e disattenderebbe l'aspettativa legittima della controparte circa l'esercizio del potere decisorio di merito. In altri termini, se tale trapasso fosse ammissibile, si introdurrebbe un vincolo processuale che, al momento della proposizione iniziale delle domande, non esisteva.

Diverso è il caso in cui l'attore volesse passare da un cumulo subordinato a un cumulo puro, ovvero incondizionato, di domande. Nello specifico, se le domande proposte tra loro in via subordinata fossero tra loro incompatibili e fosse in giudizio riconosciuta la loro "pratica fungibilità"[234], la loro trasformazione in domande alternative pure non dovrebbe porre alcun problema in quanto si tratterebbe semplicemente di eliminare un vincolo all'operato del giudice, senza introdurre nuove restrizioni o condizioni.

Quanto invece al passaggio da un cumulo subordinato a un cumulo alternativo condizionale, esso pure, ad opinione di chi scrive, dovrebbe ritenersi aproblematico, posta l'adesione all'idea che il fenomeno del cumulo alternativo condizionato sia, a ben vedere, inammissibile per un inconciliabile contrasto con il fondamentale principio della domanda[235], e la questione, di conseguenza dovrebbe essere risolta nel senso dell'inammissibilità della vicenda modificativa il tipo di nesso condizionale.

4. (Segue) La possibilità che il nesso condizionale si instauri in corso di causa: la tesi della pluralità dei diritti quale premessa per l'ammissibilità delle cc.dd. domande complanari e relativo sviluppo del fenomeno

La seconda vicenda riguardante il cumulo condizionale di domande è, appunto, rappresentata dalla relativa instaurazione in corso di causa. L'ipotesi è, quindi, quella in cui fosse originariamente proposta una sola domanda (deducente un certo diritto) da parte dell'attore e poi, entro certi termini processuali – si tratta della prima memoria di cui all'art. 171-ter c.p.c. – i quali sono perentori (ossia a pena di preclusione), ne fosse introdotta un'altra (deducente un diritto diverso dal primo)

[234] Espressione di C. CONSOLO in *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., p. 411.
[235] V. *supra* nota 231.

alla quale viene imposto dal proponente un condizionamento (a ben vedere il condizionamento potrebbe essere imposto pure a quella che era la domanda originariamente proposta)[236].

[236] In questo senso è ben possibile che il cumulo condizionale sia la conseguenza di domande subordinate provenienti da parte del convenuto, in via riconvenzionale, da formularsi necessariamente già in comparsa di risposta tempestivamente depositata. Un esempio in merito è certamente quello dell'attore il quale agisca in adempimento, chiedendo la propria prestazione (o meglio, la prestazione a cui ha diritto) nei confronti della controparte contrattuale a fronte della conclusione di un contratto a prestazioni corrispettive, e del convenuto, il quale non solo eccepisca la nullità del contratto, ma pure richieda in subordine (in caso di accoglimento della domanda attorea e correlativo rigetto dell'eccezione di nullità) la controprestazione (si tratta, quindi, di un'ipotesi di cumulo successivo). Il fatto che la seconda domanda sia proposta dalla parte che, con la principale, è stata convenuta in giudizio – dando luogo ad un'ipotesi di cumulo condizionale sopravvenuto – anziché dall'attore non è fatto idoneo, infatti, ad alterare il nesso fra le cause, le quali sono comunque (anche se per il tramite di modi diversi) "confluite nell'unico processo" e ciò assicura "l'endoprocessualità della condizione apposta alla domanda riconvenzionale" [N.d.A: Espressioni di C. CONSOLO in *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., p. 382]. L'instaurazione sopravvenuta di cumulo condizionale per il tramite della proposizione di domanda riconvenzionale da parte del convenuto è ipotesi che, non essendo astrattamente configurabile in ordine alle azioni causali e all'azione di arricchimento, non verrà approfondita in questa sede quanto ai modi con cui essa si cala concretamente nel processo e ai correlativi problemi dalla stessa posti.
Ulteriore ipotesi in cui è possibile assistere ad una instaurazione sopravvenuta di cumulo condizionale tra domande è rappresentata, in primo luogo, (1) dal caso in cui il processo avesse originariamente ad oggetto solamente una causa, la quale si caratterizza, tuttavia, per la sussistenza nel corso del suo *iter* decisorio di una questione pregiudiziale di merito in senso stretto, relativa all'esistenza o meno di un certo effetto giuridico, appunto, pregiudiziale rispetto a quello dedotto con la causa originaria. In questi casi la norma di riferimento è l'art. 34 c.p.c., il quale dispone che "il giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti" ritiene sia "necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartiene per materia o valore alla competenza di un giudice superiore, rimette tutta la causa a quest'ultimo, assegnando alle parti un termine perentorio per la riassunzione della causa davanti a lui". In particolare, da tale norma è possibile ricavare un principio per cui, nei casi in cui la legge lo preveda espressamente e nei casi in cui una delle parti del processo ne faccia un'esplicita richiesta (per il tramite di una specifica domanda di accertamento incidentale), è imposto al giudice l'accertamento della questione pregiudiziale di merito con efficacia di giudicato, anziché pronunciarvisi con efficacia *incidenter tantum*, determinando così l'instaurazione di una causa ulteriore a tutti gli effetti. In tale evenienza si verrà a formare un cumulo oggettivo di cause legate da un nesso di pregiudizialità-dipendenza, il quale certamente permette che due cause vengano tra loro abbinate in via c.d. condizionale, cioè in modo tale che l'esame nel merito della causa dipendente sia subordinato ad un certo esito relativamente alla causa pregiudiziale. Tendenzialmente l'esito della pregiudiziale deve essere favorevole alla parte originariamente proponente la dipendente affinché vi possa essere l'esame nel merito di quest'ultima (costituendo, quindi, un'ipotesi di cumulo condizionale successivo). Tuttavia, non è da escludersi che l'esito della causa pregiudiziale possa essere anche una decisione sfavorevole quando sussistano casi di c.d. pregiudizialità negativa, ossia casi in cui l'effetto giuridico dipendete può esistere solo in quanto quello pregiudiziale sia carente (dando luogo, quindi, ad ipotesi di cumulo condizionale eventuale o subordinato).
Di tale maniera alla relazione di dipendenza sostanziale tra gli effetti giuridici in gioco se ne viene a sovrapporre una di stampo processuale perché attinente, più che alla fondatezza della causa dipendente, alla decidibilità nel merito della medesima. In sintesi, quindi, il processo originariamente non cumulativo può divenire tale (e ciò è vero se la domanda di accertamento incidentale sia proposta entro la prima memoria ex art. 171-bis c.p.c.) nella forma del c.d. cumulo puro (il giudice dovrebbe in tal caso decidere entrambe le cause con una sentenza di merito), salvo che l'attore originario non intenda subordinare all'esito decisorio sulla causa pregiudiziale la decidibilità nel merito (in origine e fino ad allora incondizionata) della causa dipendente.

Il caso che più di tutti è emblematico e, soprattutto, pregno di significato in relazione all'oggetto della presente tesi (in quanto rappresenta l'ipotesi con cui, nella totalità dei casi, il cumulo subordinato della domanda di arricchimento ingiustificato può venire a realizzarsi in via sopravvenuta nel processo) è quello, appunto, della proposizione di una domanda diversa rispetto alla prima che assurge alla categoria delle domande cc.dd. complanari.

L'ipotesi di riferimento è quella di un giudizio che, originariamente, si caratterizza per l'unicità del proprio oggetto – è inizialmente proposta una sola domanda, che nel caso che ci interessa, può essere la domanda di adempimento contrattuale o la domanda di risarcimento del danno derivante da responsabilità contrattuale o extracontrattuale – e che, successivamente, anche a seguito delle difese del convenuto, vede ampliato il proprio oggetto per effetto della proposizione di una domanda diversa dalla prima per *petitum* e/o *causa petendi* – ossia la domanda di arricchimento ingiustificato ex art. 2041 c.c. – la quale è in una relazione di incompatibilità con la prima. Tale incompatibilità si rende manifesta nel fatto che delle due solamente una può astrattamente essere fondata perché, qualora ciò fosse

---

Ma ancora, altre ipotesi in cui è possibile assistere ad una sopravvenuta instaurazione di un cumulo condizionale di domande sono date: (2) dall'ipotesi di chiamata in garanzia di un terzo; (3) dall'ipotesi di intervento volontario o della chiamata per comunanza di causa. Queste, a ben vedere, rappresentano ipotesi in cui si verifica un cumulo litisconsortile sopravvenuto, il quale può essere condizionale. Nello specifico, i requisiti che devono essere soddisfatti affinché possa ritenersi ammissibile il cumulo condizionale litisconsortile sono maggiormente rigorosi rispetto a quelli richiesti per un intervento od una chiamata incondizionata posto che le domande devono tra loro essere in una relazione di dipendenza (cui seguirà un cumulo condizionale strutturato in modo c.d. improprio), o, tra i diritti che esse deducono, deve correre una relazione di connessione qualificata tale per cui i diritti, i quali si basano su di una medesima vicenda fattuale, tendono alla realizzazione di un "risultato analogo o comunque compatibile" [N.d.A: Espressioni di C. CONSOLO in *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., p. 392] (da tale situazione segue la realizzazione di un cumulo condizionale subordinato).

Un'ulteriore ipotesi in cui può realizzarsi un cumulo condizionale di tipo sopravvenuto è quella in cui (4) due cause siano tra loro connesse – per dipendenza o concorrenza o, semplicemente, perché vi è una connessione qualificata dei relativi diritti – e, se a ragione di ciò esse pur potrebbero in astratto essere tra loro abbinate condizionalmente, vengano, tuttavia, proposte e rese pendenti separatamente. In tali casi è possibile che le due cause vengano riunite ai sensi dell'art. 40 c.p.c. e qualora ciò avvenisse (e si instaurasse un processo cumulativo) all'attore – quando esso sia tale per entrambe le domande – dovrebbe consentirsi di imprimere il carattere condizionale al cumulo realizzatosi. Di regola, poi, il nesso di subordinazione è contemporaneo all'instaurarsi del cumulo alla luce del fatto che la relativa adozione non costituisce un pregiudizio per la controparte e, tanto meno, "disorienta l'ordinato corso della trattazione delle due cause" [N.d.A: Espressioni di C. CONSOLO in *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., p. 399]. Non solo, la riassunzione della causa c.d. prevenuta dovrebbe pure poter avvenire in forma "modificativa" [N.d.A: Espressioni di C. CONSOLO in *Il cumulo condizionale di domande,* I, cit., p. 399], ossia potrebbe ben essere l'attore a precisare il carattere subordinato o successivo della domanda, appunto, prevenuta rispetto all'altra.

vero, allora necessariamente l'altra, in quanto incompatibile, sarà, per converso, infondata. L'incompatibilità tra le domande, poi, altro non è che il riflesso dell'incompatibilità sostanziale corrente tra i diritti che esse deducono.

Fondamentale è a questo punto tracciare, in via di premessa, un quadro relativamente ad una questione tutt'oggi dibattuta a livello dottrinale, anche se pacifica a livello giurisprudenziale, ossia quella dell'unicità o della pluralità dei diritti con riguardo alle ipotesi di domande tra loro incompatibili in quanto dalla soluzione in un senso o nell'altro di tale questione discende l'ammissibilità o meno delle complanari, la cui definizione è, quindi, rimandata.

L'identità della domanda è la soluzione che la dottrina prevalente sembra favorire e che comporta vera e propria svalutazione del ruolo della fattispecie legale al fine dell'individuazione del diritto, per cui in tutti i casi in cui, in relazione ad una medesima vicenda sostanziale, l'applicazione di una differente fattispecie legale sia in rapporto di esclusione rispetto a quella posta a fondamento della domanda originaria, con la conseguenza che solamente una delle due può applicarsi, "la domanda dovrebbe considerarsi unitaria"[237] e così unico pure il diritto sostanziale che costituisce oggetto del giudizio.

Uno dei più grandi fautori della soluzione rappresentata dall'unicità del diritto sostanziale è stato Cerino Canova[238], il quale (ma non lui solamente) è stato certamente influenzato da un problema proprio del sistema giudiziario italiano, ossia quello dalla eccessiva durata dei processi, il quale, a sua volta, ha determinato il tentativo "di riempire il più possibile di contenuti il frutto di una così lunga gestazione"[239] allo scopo di renderlo impermeabile rispetto a nuove iniziative relative alla medesima vicenda sostanziale[240].

---

[237] E. MERLIN, *Ammissibilità della* mutatio libelli *da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, *Riv. dir. proc. civ.*, 2016, p. 807 ss., spec. p. 809.

[238] A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario al codice di procedura civile*, E. ALLORIO (diretto da), II, Torino, 1980, p. 176 ss., spec. 186 ss.

[239] S. A. VILLATA, *Domanda di adempimento e domanda di arricchimento ingiustificato:* mutatio libelli *e opposizione a decreto ingiuntivo*, *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1573 ss. spec. p. 1574.

[240] "La negazione del concorso pone un limite fermo alla ripetibilità del processo per la tutela di uno stesso bene della vita. Se unico è il diritto e correlativamente unica è l'azione, la pronuncia consuma tutte le difese delle parti ed impedisce un reiterato esercizio della funzione giurisdizionale, con la sola e generale riserva per i fatti sopravvenuti. […] Se il processo è irrimediabilmente lento, vien fatto di proclamare, almeno sia conclusivo della controversia" A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 233.

In particolare, l'impianto costruito dall'Autore da ultimo menzionato, volto a sostenere la tesi dell'unicità del diritto, trova il proprio fondamento nel criterio dell'effetto giuridico quale criterio individuatore della domanda giudiziale. Egli, infatti, sosteneva che "l'effetto giuridico invocato dall'attore introduce tutte le fattispecie idonee a sorreggerlo; alla stregua di queste fattispecie devono essere apprezzati i fatti per essere inquadrati in quella più adatta"[241]. Di qui, per l'Autore, il problema dell'unicità o della pluralità dei diritti non poteva che esser definito dalla "relazione dei fatti con i diritti" e quindi dalle "fattispecie legali che costituiscono da tramite per le due nozioni"[242]. Allora, nell'evenienza in cui ad una medesima vicenda sostanziale fossero astrattamente riferibili più fattispecie legali esse lo sarebbero, tuttavia, in vista di un effetto giuridico unitario e, se ciò è vero, allora unico sarebbe il diritto esistente[243]. In sintesi, nella sua costruzione, Cerino Canova individua la *res in judicium deducta* direttamente nel diritto fatto valere, rispetto al quale il fatto costitutivo ha sì un importante ruolo individuatore, ma è meramente strumentale ed in ragione di ciò, anche a fronte della sussunzione di fatti differenti, si rende necessario il relativo inquadramento nella fattispecie legale di riferimento e il confronto delle relazioni correnti tra le molteplici sussunzioni: se tali plurime sussunzioni convergono in una pluralità di effetti in quanto esse hanno rilevanza autonoma, allora plurimi sono pure i diritti dedotti in giudizio; per converso, se le plurime sussunzioni fossero tra loro coordinate al raggiungimento di un solo effetto giuridico, allora unico sarebbe pure il diritto affermato nel giudizio[244].

---

[241] A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 189.
[242] A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 189.
[243] "Si pensi ad un esempio molto semplice: l'attore, che fa valere un credito pecuniario fondato su un determinato contratto, si sente eccepire dal convenuto un vizio di illegittimità. L'attore deduce quindi un altro fatto costitutivo, rispetto al quale il contratto inizialmente richiamato aveva funzione novativa o riproduttiva. Ebbene la diversità dei fatti storici non può far dimenticare che le relative fattispecie giuridiche son o coordinate verso un unico e medesimo effetto, poiché esiste o il diritto originario o quello novato, oppure ha rilievo o il negozio riprodotto o quello riproduttivo" A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 190 s.
[244] A riprova delle sue tesi Cerino Canova invoca la giurisprudenza che nega (ma che, più correttamente, negava visti gli sviluppi giurisprudenziali recenti che hanno reso diritto vivente la tesi opposta a quella sostenuta dall'Autore, ossia quella della molteplicità dei diritti) che il passaggio dall'azione contrattuale all'azione ex art. 2041 c.c. costituisse ipotesi di *mutatio libelli*. In particolare Egli affermava che "la proposta di concepire un'azione, perché unico è il diritto fatto valere, può essere ancor più fortemente suggerita dalle soluzioni giurisprudenziali in tema di arricchimento senza causa. La Cassazione nega che vi sia *mutatio libelli* o domanda nuova in appello, quando viene

Altro autorevole sostenitore della tesi dell'unicità del diritto è Menchini, il quale tuttavia arriva a sostenerla non mancando di rilevare che il ricorso al criterio dell'effetto giuridico, quale criterio determinante ai fini dell'individuazione della domanda giudiziale, rischia di condurre ad un "circolo vizioso"[245] alquanto pericoloso. Infatti, Egli sostiene che, quando restino fermi il contenuto della prestazione (*petitum* mediato) e la vicenda sostanziale, l'eventuale differente qualificazione giuridica della stessa non si ripercuoterebbe sulla individuazione del diritto, con ciò criticando la teoria dell'individuazione, la quale, in primo luogo, si basa su un concetto di pretesa sostanziale che oggi risulta superato, poiché il sistema giuridico moderno non si fonda su azioni tipiche, bensì sulla tutela dei diritti soggettivi. In secondo luogo, tale teoria potrebbe favorire la riproposizione di più giudizi riguardanti lo stesso bene della vita posto che il diritto soggettivo, che è unico, viene artificiosamente suddiviso in diverse prospettive, generate dalle varie fattispecie legali, che però appaiono differenti solo a livello processuale. Infine, la teoria dell'individuazione potrebbe ridurre la flessibilità del processo, limitando sia le possibilità di *emendatio* sia il potere del giudice di ridefinire liberamente la qualificazione giuridica della fattispecie.

Secondo Menchini, in sostanza, per determinare se ci si trovi di fronte a un unico diritto o a una pluralità di diritti, è necessario analizzare le relazioni tra le diverse fattispecie legali dal punto di vista sostanziale. In altre parole, bisognerebbe verificare quando una certa vicenda fattuale, considerata sotto più prospettive giuridiche, dia origine a una sola situazione giuridica soggettiva o, al contrario, a più situazioni distinte, tante quante sono le fattispecie coinvolte.

Nel primo caso, anche se il fatto costitutivo può esser in tutto o in parte sussunto all'interno di più fattispecie, esso resta comunque un unico fatto giuridico costitutivo. Un esempio, in questo senso, si riscontra nel rapporto tra l'azione di adempimento contrattuale e quella di arricchimento senza causa, le quali sono tra loro in una relazione di esclusione[246]. Queste due fattispecie, infatti, condividerebbero un nucleo comune di fatti, ma ciascuna prevede un requisito

---

dedotto l'arricchimento in un giudizio promosso per il ristoro dei danni da inadempimento" A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 208.

[245] S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, p. 226 ss., 232 ss., 248 ss.

[246] S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 250.

ulteriore che esclude l'altra e, nello specifico, è la presenza di un valido contratto, la cui esistenza è incompatibile con l'elemento caratterizzante dell'altra fattispecie, che segna il discrimine tra le due. Di conseguenza, anche qualora esistessero due fattispecie tra loro alternative (sostanzialmente parlando), il diritto sostanziale resterebbe unico. Questo implicherebbe, in primo luogo, che le parti ben potrebbero passare da un'azione all'altra con una semplice *emendatio* della domanda, ma non solo, infatti, altra conseguenza sarebbe che il giudice avrebbe il potere di ridefinire la qualificazione giuridica della fattispecie senza, con ciò, violare il principio della domanda ed infine che, nell'ipotesi in cui una delle due domande fosse rigettata, non sarebbe possibile riproporre l'altra poiché la questione è già stata esaminata e decisa.

In sintesi, i sostenitori della tesi dell'unicità del diritto (e conseguentemente pure della domanda) concordano sul fatto che "ogniqualvolta l'applicazione della diversa fattispecie legale sia in rapporto di esclusione[247] rispetto a quella originariamente posta a fondamento della domanda (pur se eterodeterminata), di modo che solo una possa in realtà applicarsi, la domanda dovrebbe considerarsi unitaria e l'oggetto del giudizio non risulterebbe immutato ma al più semplicemente «modificato»"[248].

Tali teorizzazioni, che hanno come corollario necessitato l'impossibilità di proporre domande tra loro incompatibili (quali sono le complanari) in via di cumulo subordinato, nonostante abbiano il merito di rendere inattaccabile (per il tramite di una diversa qualificazione giuridica dei fatti costitutivi) il giudicato, e quindi sotto questo profilo limitare il futuro contenzioso, non risultano appieno convincenti a detta di altra parte della dottrina (quella, se vogliamo, minoritaria ma a cui si affianca la giurisprudenza).

---

[247] Rapporto di esclusione che si ritiene ravvisato nei casi in cui le differenti fattispecie giuridiche siano tra loro in rapporto di "incompatibilità, specialità sussidiarietà, assorbimento, coincidenza cronologica" [N.d.A: citazione di E. MERLIN, *Ammissibilità della* mutatio libelli *da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, cit., p. 809]. In sostanza, la giustificazione di tale rapporto di esclusione è ravvisabile nel "criterio della «simultaneità»" [N.d.A: citazione di E. MERLIN, *Ammissibilità della* mutatio libelli *da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, cit., p. 809] per cui se dall'applicazione delle diverse fattispecie non possono derivare due diritti distinti e cumulabili, ma soltanto può derivare un unico diritto legato a un unico bene della vita, allora l'oggetto del giudizio resta unico. In altre parole, l'inquadramento di un caso sotto una fattispecie piuttosto che un'altra non comporta per tale motivo la duplicazione dei diritti.

[248] E. MERLIN, *Ammissibilità della* mutatio libelli *da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, cit., p. 809.

In particolare Merlin ritiene che, in realtà, sul piano del processo "i diritti si affacciano in chiave di ipoteticità"[249] e, quindi, stabilire se le diverse e ipotetiche affermazioni debbano essere assunte in termini di unicità o pluralità degli oggetti del giudizio non può dipendere esclusivamente dal fatto che, in base al diritto sostanziale, uno solo sia il diritto effettivamente spettante. L'Autrice poi sostiene che ciò che rileva in ambito processuale è piuttosto un altro aspetto, ossia valutare se le diverse affermazioni ipotetiche facciano riferimento a diritti distinti – anche nel caso in cui, dal punto di vista sostanziale, essi non possano coesistere –, ove tale distinzione dipende dalla diversa utilità giuridica che ciascuna fattispecie legale assicura e, quindi, dal diverso bene giuridico che la domanda mira a tutelare nel processo. Pertanto, nei casi in cui a una pluralità di fattispecie legali alternativamente applicabili corrisponda una diversità di utilità giuridica, si dovrebbe concludere per la pluralità dei diritti e delle domande.

Per quanto la conclusione di tale elaborazione sia, in buona sostanza, analoga alla soluzione che riteniamo di condividere – quella sulla molteplicità dei diritti – il percorso argomentativo imboccato dall'Autrice non pare appieno convincente.

Il discorso, infatti, può molto più facilmente essere intrapreso disancorandosi dal concetto di utilità giuridica – la quale, può ben essere differente in senso formale, come lo sono l'adempimento della prestazione *ex contractu* e l'indennità di ingiustificato arricchimento, ma all'atto pratico essa può essere la medesima, infatti chi agisca prima per l'adempimento del contratto e poi in arricchimento lo fa per conseguire la stessa utilità pratica, solamente fatta valere sulla base di un differente titolo – e utilizzando quale parametro di riferimento il principio in base al quale, fermi i soggetti, al mutare di un singolo elemento oggettivo individuatore della domanda giudiziale (*petitum* e/o *causa petendi*), muta la domanda e correlativamente anche il diritto con essa dedotto.

L'incompatibilità sostanziale tra differenti fattispecie giuridiche[250] non implica che, dal punto di vista processuale, si sia in presenza di un unico diritto e di un unico

---

[249] E. MERLIN, *Ammissibilità della* mutatio libelli *da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, cit., p. 809.

[250] Nel caso emblematico delle domande di adempimento contrattuale e di arricchimento ingiustificato non solo il *petitum* mediato è differente (anche se, come si è visto, tale aspetto è suscettibile di perplessità alla luce del fatto che l'attore mira a conseguire lo stesso risultato pratico-economico), ma pure è differente la *causa petendi*, il titolo in base al quale è avanzata la pretesa. È

thema decidendum. La sentenza, molto semplicemente (e qualora non ritenga infondati entrambi i diritti), accertando l'esistenza dell'uno, correlativamente, dovrà dichiarare l'inesistenza dell'altro – o l'assorbimento della seconda domanda nelle ipotesi in cui la parte avesse impresso una condizione all'esame nel merito di quest'ultima – nel rispetto del principio di non contraddizione e del diritto sostanziale. In sostanza, il fatto che la sentenza non possa dichiarare la fondatezza di entrambe le domande che sono tra loro in una relazione di incompatibilità sostanziale non significa che essa non decida di due diversi diritti[251].

Chiarita, quindi, la nostra adesione alla tesi per cui v'è la deduzione di una pluralità di diritti quando ad essere proposte, in via di cumulo subordinato originario o sopravvenuto, siano domande tra loro incompatibili, è opportuno definire la categoria delle domande cc.dd. complanari (la cui esistenza dipende dall'adesione alla predetta tesi).

Il tema delle domande complanari ha acquisito rilevanza nel panorama processuale italiano, grazie all'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali, con due pronunce abbastanza recenti[252], hanno contribuito a delinearne i contorni.

In particolare, la ben accolta conclusione – che la domanda diversa per *petitum*, *causa petendi* o entrambi, se formulata entro un certo termine perentorio (all'epoca la prima memoria ex art. 183, co. 6, c.p.c.) non doveva sempre e comunque ritenersi inammissibile – cui addivenivano le Sezioni Unite con la prima delle due sentenze, ossia la n. 12310/2015, costituiva un punto di rottura rispetto all'orientamento

---

diverso dire che una certa somma di denaro è dovuta *ex contractu* o che essa e dovuta a titolo di arricchimento ingiustificato in quanto i fatti costitutivi di tali fattispecie giuridiche sono parzialmente differenti.

[251] "Si tratta del resto di un fenomeno non sconosciuto al nostro ordinamento laddove il processo si debba occupare di diritti legati da un nesso di esclusione o incompatibilità; si pensi all'ipotesi in cui attore e terzo interventore (ex art. 105 c.p.c.) si pretendano entrambi titolari di un medesimo diritto di credito nei confronti del convenuto – l'attore invocando l'intervenuta cessione del credito del quale il terzo lamenta invece l'invalidità – e propongano pertanto, ciascuno, un'autonoma domanda di accertamento avente ad oggetto il rispettivo (preteso) diritto. È evidente che sul piano sostanziale, fermi i fatti costitutivi comuni alle due fattispecie, o esiste il diritto dell'attore (perché il credito è stato validamente ceduto) ovvero esiste il diritto del terzo (perché la cessione è invalida): ciò nonostante la sentenza deciderà sull'esistenza di due situazioni sostanziali autonome; il processo, in altri termini, avrà due distinti oggetti" S. A. VILLATA, *Domanda di adempimento e domanda di arricchimento ingiustificato*, cit., p. 1576.

[252] Cass. civ. Sez. Unite, 15 giugno 2015, n.12310; Cass. civ. Sez. Unite, 13 settembre 2018, n. 22404.

tradizionale – in base al quale dovevano ritenersi inammissibili le domande c.d. nuove, salvi casi eccezionali[253], ove a tale categoria assurgevano tutte le domande diverse rispetto a quella originaria – a cui si è addivenuti in maniera definitiva per il tramite del chiarimento di che cosa dovesse intendersi per "modificazioni della domanda" contemplate e consentite dal previgente comma 6, n. 1, dell'art. 183 c.p.c.[254]. A questo riguardo le menzionate Sezioni Unite dichiaravano, nella prima parte del principio di diritto posto, che "la modificazione della domanda ammessa a norma dell'art. 183 c.p.c., può riguardare anche uno o entrambi gli elementi identificativi della medesima sul piano oggettivo (*petitum* e *causa petendi*)", e, quindi, che se si fossero cambiati tali elementi la domanda, pur non essendo la stessa, ma integrando domanda diversa, a determinate condizioni poteva considerarsi ammissibile ai sensi del previgente art. 183 c.p.c.

Nello specifico, le condizioni affinché la domanda diversa potesse ritenersi ammissibile vengono individuate nella seconda parte del principio di diritto posto, quand'esso invece afferma "che la domanda così modificata" deve risultare "in ogni caso connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio, e senza che perciò solo [N.d.A: ossia che per la modifica della domanda] si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte ovvero l'allungamento dei tempi processuali"[255].

---

[253] Si pensi alle ipotesi di *reconventio reconventionis* di cui al vecchio comma 5 dell'art. 183 c.p.c. o di proposizione di domanda di risoluzione del contratto per inadempimento, la quale poteva essere proposta anche nel corso del giudizio di condanna ad adempiere.

[254] Esso recitava: "Se richiesto, il giudice concede alle parti i seguenti termini perentori: 1) un termine di ulteriori trenta giorni per il deposito di memorie limitate alle sole precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte".

[255] V. C. CONSOLO, *Le S. U. aprono alle domande "complanari": ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, *Il Corriere Giuridico*, 2015, p. 961 ss. ove si afferma che, a ben vedere, l'ammissibilità di tale domanda diversa e qualificabile come complanare, dà effettività ai principi che governano il processo nel senso che, in primo luogo, realizza il principio di economia processuale in quanto, per questa via, non solo non si corrono rischi di allungamento dei tempi processuali – ciò era vero sia per come il processo era solito configurarsi *ante* riforma, dove i tempi erano sempre quelli delle tre memorie di cui all'art. 183 c.p.c., ma ciò è vero (a maggior ragione) anche in relazione a come il processo risulta configurato a seguito della riforma Cartabia –, ma è pure possibile si verifichi una riduzione dei tempi legati alla giustizia in quanto, sempre riconoscendo l'ammissibilità delle complanari, è possibile evitare nuovi processi i quali potrebbero eventualmente essere instaurati allo scopo di proporre la domanda complanare. In secondo luogo, anche la stabilità delle decisioni e l'effettività della tutela giudiziale sarebbero preservate mediante il riconoscimento dell'ammissibilità delle domande complanari perché non può considerarsi effettiva una decisione che, ancorché favorevole, sia incapace di fornire uno strumento di tutela dell'interesse della parte. Infine, nell'ammissibilità di tali domande c.d. complanari non è nemmeno possibile ravvisare alcun nocumento alla piena esplicazione del contraddittorio e se questo era vero al tempo in cui la sentenza

La sentenza in parola, poi, definisce tali domande che costituiscono un'ammissibile modifica della domanda originaria in termini di "alternatività" ed in tale scelta lessicale si è scorto l'implicito riconoscimento della categoria delle domande complanari. Una domanda, quindi, può dirsi complanare quando "viaggi complanarmente verso una meta sostanziale unitaria, seppur – come oggetto del giudicato – tutt'altro che identica, e che condivide quindi con la prima [N.d.A: domanda originariamente proposta] l'identità dell'episodio socio-economico di fondo (ed ovviamente l'identità di soggetti), e che assai spesso origina da concorsi di pretese ad un unico *petitum*, o – come nel caso de quo [N.d.A: il riferimento è alla vicenda processuale che ha preceduto la pronuncia delle Sezioni Unite, appunto, nei precedenti gradi di giudizio] – da diversi *petita* conseguenti a diverse qualificazioni della *causa petendi*"[256].

In altre parole, perché una domanda possa assurgere alla categoria della complanarietà (e quindi, a rigore, costituire un'ipotesi in cui la *mutatio libelli* è ammissibile) essa, in primo luogo, deve dedurre un diritto attinente alla medesima vicenda sostanziale cui già si riferisce il diritto dedotto con la domanda originaria; in secondo luogo, la domanda deve esser proposta nei confronti del medesimo convenuto e, quindi, deve instaurarsi tra le stesse parti già coinvolte con la prima domanda; infine, tale seconda domanda deve tendere (quantomeno parzialmente) alla stessa utilità finale perseguita con quella originariamente proposta, salva la differenza formale del *petitum* mediato, e, per ciò, essere con quest'ultima in una relazione di incompatibilità sostanziale.

Il regime di ammissibilità delle domande complanari è stato poi completato nell'ambito di un secondo intervento delle Sezioni Unite che ha deciso – con la sentenza n. 22404/2018 – un caso il quale è estremamente vicino alla vicenda di cui ci occupiamo ossia il cumulo subordinato o alternativo della domanda di arricchimento ex art. 2041 c.c., rispetto alle domande proposte con azione causale. Nello specifico, tali ultime Sezioni Unite hanno compiuto una precisazione

è stata pronunciata – in cui il sistema delle memorie post udienza di trattazione, e la limitazione dell'ammissibile modifica della domanda originaria nella domanda complanare alla prima delle tre, consente la piena esplicazione del diritto di difesa di controparte – ancor più lo si deve ritenere nel sistema processuale odierno.

[256] C. CONSOLO, *Le S. U. aprono alle domande "complanari"*, cit., p. 962.

necessaria a superare il dubbio[257] che, tra i requisiti di ammissibilità della domanda complanare, vi fosse pure quello dell'essere svolta in sostituzione della domanda originaria.

La risposta a tale quesito non può che essere negativa e ciò è facilmente desumibile da quanto si legge nel principio di diritto per cui è ammissibile "la domanda di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c. proposta, in via subordinata, con la prima memoria ex art. 183 c.p.c., comma 6[258], nel corso del processo introdotto con domanda di adempimento contrattuale, qualora si riferisca alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, trattandosi di domanda comunque connessa (per incompatibilità) a quella inizialmente formulata". Conseguentemente la domanda complanare non dovrà per forza di cose sostituirsi alla domanda originaria perché ben potrebbe ad essa cumularsi in via secondaria o quale domanda principale.

A questo punto un ulteriore aspetto che si ritiene opportuno analizzare riguarda il tipo di cumulo che può instaurarsi tra la domanda originaria e quella complanare. Si tratta, in sostanza, di capire se l'introduzione in corso di causa di un diritto in rapporto di alternatività sostanziale con quello in origine dedotto e, quindi, la formulazione della domanda complanare possa avvenire in via di "cumulo alternativo sostanziale"[259] con la domanda per prima proposta o se la proposizione della domanda complanare in corso di causa costringa l'attore a imporvi un nesso condizionale di subordinazione. In questo senso "il riferimento operato dalle Sezioni Unite del 2015 alla «sostituzione» della domanda complanare a quella

---

[257] Dubbio, questo, scaturente da un passaggio della sent. n. 12310/2015 in cui le Sez. Un. affermavano che "con la modificazione della domanda iniziale l'attore, implicitamente rinunciando alla precedente domanda, mostra chiaramente di ritenere la domanda come modificata più rispondente ai propri interessi e desiderata rispetto alla vicenda sostanziale ed esistenziale dedotta in giudizio".

[258] Il principio di diritto fa riferimento alla normativa previgente, oggi infatti esso deve essere riletto alla luce della nuova scansione processuale e, in particolare, ciò che emerge è il termine entro cui può essere proposta la domanda complanare è sempre quello della prima memoria, la differenza è rappresentata dal fatto che, ex art. 171-ter c.p.c., la prima memoria (come anche le successive due) deve realizzarsi prima, e non dopo, della prima udienza.

[259] V. C. CONSOLO-F. GODIO, *Le Sezioni Unite di nuovo sulle domande cc.dd complanari, ammissibili anche se introdotte in via di cumulo (purché non incondizionato) rispetto alla domanda originaria*, *Il Corriere Giuridico*, 2019, p. 263 ss. spec. par. 5 ove si chiarisce che si tratta di locuzione che designa un fenomeno di cumulo semplice o puro. Nell'ipotesi, diversa rispetto a quella che è in corso di trattazione *infra* testo, in cui l'attore avesse *ab origine* proposto entrambe le domande tra loro connesse per incompatibilità – in ragione del nesso di alternatività sostanziale corrente tra i diritti dedotti con le medesime – senza nulla specificare è fuori di ogni discussione che tale fenomeno di cumulo avrebbe le caratteristiche del c.d. "cumulo alternativo sostanziale".

originaria, e le, prevedibili del resto e previste infatti, precisazioni offerte al riguardo dalle Sezioni Unite del 2018 circa la ammissibile formulazione in via subordinata di tale domanda, debbano portare a concludere che l'attore non potrà limitarsi a formulare la domanda complanare, ma dovrà chiarire […] quale nesso di subordinazione corre tra questa e la domanda originariamente svolta"[260]. Ecco che allora il nesso di subordinazione potrà vedere la domanda complanare divenire domanda principale sostituendosi a quella proposta originariamente, la quale viene degradata a domanda secondaria e subordinata; ovvero, può pure avvenire che la complanare sia proposta in via subordinata al rigetto della domanda originariamente proposta, la quale resta la principale. In ogni caso, quando la domanda complanare venga ad essere formulata nella prima memoria ex art. 171-ter c.p.c. (in genere in conseguenza delle difese di controparte) essa necessariamente riceve un condizionamento e, per converso, non potrebbe essere introdotta in via di cumulo incondizionato.

5. L'azione ex art. 2041 c.c. nel processo in relazione al fenomeno del cumulo di domande

Conclusa l'analisi degli istituti che entrano in gioco quando nel giudizio di primo grado l'azione di arricchimento è cumulata rispetto all'azione causale è giunto il tempo di considerare gli aspetti più pratici della vicenda.

Il punto di partenza nell'esame delle modalità con cui l'azione di arricchimento ex art. 2041 c.c. può essere cumulata rispetto alle azioni c.d. causali è la specificazione che il cumulo può essere realizzato perché si tratta di azioni e, quindi, di domande deducenti diritti tra loro connessi da una relazione di incompatibilità. L'ipotesi è quella di un cumulo oggettivo di domande, il quale viene dalla parte realizzato in quanto esse riguardano la medesima vicenda sostanziale, la quale, a sua volta, è inquadrata dalla parte che propone le domande all'interno di differenti fattispecie legali, non perché siano tutte accolte – a rigore ciò non potrebbe nemmeno avvenire alla luce dell'incompatibilità sostanziale corrente tra i diritti dedotti con la domanda di adempimento contrattuale o di risarcimento del danno e la domanda di

[260] C. CONSOLO-F. GODIO, *Le Sezioni Unite di nuovo sulle domande cc.dd* complanari, cit., par. 5.

arricchimento senza causa –, ma per fare in modo di elevare le possibilità che almeno una tra le pretese vantate possa dirsi fruttuosamente esperita. Ciò significa, come già più volte è stato ribadito, che solamente una tra le due domande che stiamo considerando può essere fondata in base al diritto sostanziale e, qualora ciò fosse vero, necessariamente l'altra sarebbe infondata.

Come già visto anche all'inizio del paragrafo, proprio l'incompatibilità, in cui si esaurisce la connessione tra le domande con cui è esperita l'azione causale e le domande con cui viene fatta valere l'azione generale di arricchimento, è il motivo per il quale esse possono, quando cumulate, subire un vincolo condizionale tale per cui l'esame nel merito dell'una possa dirsi subordinato al rigetto dell'altra – e qualora ciò non si verificasse, ma si desse accoglimento della domanda principale, essendo il contenuto di tale decisione assorbente rispetto alla subordinata, quest'ultima dovrà essere decisa, molto semplicemente, con una decisione di rigetto in rito per assorbimento – configurando un'ipotesi di cumulo subordinato; dall'incompatibilità sostanziale dei diritti che con le domande in esame sono dedotti discende, tuttavia, anche la possibilità che le domande vengano ad essere cumulate in forma alternativa, ma – come abbiamo avuto modo di vedere in particolare nel corso del par. 3.1 – non si tratterebbe di una forma di cumulo condizionale, bensì di un cumulo semplice o puro di domande sulle quali il giudice ha, per entrambe, un dovere decisorio esteso al merito e che non pone problemi di sorta relativamente alla sua costruzione[261].

Come poi si è evidenziato nel corso della trattazione del presente capitolo, il cumulo tra azione causale e azione di arricchimento può essere realizzato dall'attore fin dal momento iniziale della controversia, ossia già a partire dall'atto di citazione, il quale ben potrebbe contenere sia la domanda di arricchimento sia la domanda contrattuale o di risarcimento. Il tema è, a questo punto, quello di capire il modo in cui, qualora le azioni fossero tra di esse cumulate *ab origine*, debba essere realizzato il cumulo[262].

---

[261] Salvo il fatto che, tale forma di cumulo, non sarebbe ammissibile quando il fenomeno del cumulo si instaurasse a processo in corso in relazione alle domande complanari come visto sul finire del par. 4 *supra*.

[262] Il riferimento è al solo cumulo condizionale in quanto la proposizione di due domande tra loro incompatibili, quali quella di arricchimento e quella contrattuale o di risarcimento del danno, in forma alternativa rappresentando anche per chi scrive, semplicemente, un'ipotesi di cumulo puro

Infatti, l'azione di arricchimento ingiustificato oltre a connotarsi per il carattere previsto *ex lege* dall'art. 2042 c.c. della sussidiarietà, ha pure la funzione di costituire un rimedio c.d. di chiusura (e su questa funzione dell'istituto trova spiegazione il carattere della sussidiarietà), il quale è applicabile solo quando non siano disponibili altri strumenti di tutela. Da tale caratterizzazione della domanda di arricchimento senza causa consegue che, nei casi in cui venga proposta congiuntamente ad un'altra domanda e, a tale cumulo così realizzato, l'attore decidesse di imporre un condizionamento con riguardo all'esame nel merito di una domanda, essa – la domanda di arricchimento – necessariamente dovrebbe essere quella proposta in via subordinata rispetto alla domanda esercitata con l'azione causale[263]. Ciò a ragione del fatto che il giudice potrebbe legittimamente esaminare nel merito la domanda di arricchimento solo con riferimento al caso in cui decidesse di rigettare la domanda *ex contractu* o di risarcimento del danno. Infatti, in base al più volte citato principio di diritto posto dalle Sezioni Unite con la sent. 33954/2023 l'esame nel merito, con possibile accoglimento, della subordinata azione di arricchimento potrebbe avvenire solo per i casi in cui la principale azione causale (fondata su contratto, legge o clausole generali) si dovesse rivelare carente *ab origine* del titolo giustificativo. Se, infatti, il rigetto della principale avvenisse a motivo di prescrizione o decadenza del diritto con essa azionato, ovvero a motivo della mancata soddisfazione dell'onere della prova circa l'esistenza del pregiudizio subito, ovvero, ancora, a motivo della nullità del titolo contrattuale, ove la nullità derivi dall'illiceità del contratto per contrasto con norme imperative o con l'ordine

non pone alcun tipo di problema essendo che il giudice è tenuto ad esaminarle entrambe nel merito posto che non è, come invece nel caso di cumulo condizionale, obbligato ad esaminare le domande secondo il vincolo impresso dalla parte che le ha proposte.

[263] "È, in altre parole, sempre necessario che quella fra le domande che eventualmente abbia natura pregiudiziale sul piano sostanziale, in quanto la sua decisione influenzi il tenore del giudizio sul merito dell'altra domanda, venga proposta quale domanda quale domanda principale e incondizionatamente. Ciò è di evidenza addirittura intuitiva nel cumulo condizionale «improprio» o «conseguenziale», che specialmente in tale relazione di pregiudizialità sostanziale rinviene anzi la sua eminente ragion d'essere e la sua più certa sfera di applicabilità […]. Ma il richiamo a tale vincolo non è meno vero per il cumulo subordinato in senso proprio, ove la pregiudizialità potrà venire in considerazione piuttosto nella sua forma negativa – cioè quale situazione in cui la fondatezza dell'una domanda implichi la carenza di uno degli elementi costitutivi dell'altra –. Si è così, ad esempio, a suo tempo veduto come […] non potrebbe proporsi principalmente l'azione di arricchimento senza causa rispetto all'azione di adempimento contrattuale o di risarcimento dei danni derivanti da inadempimento contrattuale (o da fatto illecito)" C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, II, cit., p. 593 ss.

pubblico, non potrebbe accogliersi la domanda di arricchimento in quanto tale azione dovrebbe ritenersi preclusa e la relativa decisione dovrebbe essere resa nei termini di un rigetto nel merito posto che non risulta integrato il requisito della sussidiarietà (che, come visto al capitolo precedente, a ben vedere coincide con il requisito della mancanza di giusta causa) – e non essendo esso un presupposto di decidibilità della causa nel merito, bensì un elemento normativo della fattispecie di cui all'art. 2041 c.c. la cui carenza incide sulla stessa fondatezza della domanda –.

Chiarito come il cumulo subordinato tra la domanda di arricchimento e la domanda *ex contractu* o risarcitoria vada strutturato quand'esso sia imposto fin dall'atto di citazione, è giunta l'ora di vedere invece come il cumulo subordinato possa instaurarsi e strutturarsi a processo in corso.

I casi, in questo senso, potrebbero essere due. Il primo, quello che è più facile si verifichi, è quello dell'attore il quale agisca con azione contrattuale o con azione risarcitoria nei confronti del convenuto, facendo valere quindi il proprio diritto alla prestazione dovuta o alla risoluzione del contratto, in caso di inadempimento contrattuale del convenuto, o il proprio diritto al risarcimento del danno, a fronte di illecito contrattuale o extracontrattuale di controparte, ed il quale (attore) si veda, rispettivamente, eccepire la nullità del contratto ovvero contestare che il fatto abbia costituito illecito contrattuale o extracontrattuale o che, in realtà, non vi sia nesso causale tra la condotta e il danno patito. In questi casi, per effetto anche delle difese del convenuto che, se il giudice ritenesse fondate, potrebbero portare al rigetto della domanda per prima proposta, potrebbe darsi l'interesse dell'attore alla ammissibile proposizione della domanda di arricchimento senza causa, in quanto domanda complanare[264], entro, e non oltre, la prima memoria *ante* udienza ex art. 171-ter

[264] Tale qualifica è stata implicitamente riconosciuta dalle Sez. Un. sent. n. 22404/2018 ove nel par. 8.1 affermano: "Occorre, pertanto, verificare se, come pure evidenziato dal Collegio rimettente, la domanda di arricchimento senza causa, come proposta nel giudizio all'esame con la memoria ex art. 183 c.p.c., comma 6, sia riconducibile alla nozione di "domanda modificata" ritenuta ammissibile con la sentenza n. 12310 del 2015. Al riguardo si osserva che va accertato se, tra la domanda inizialmente proposta e quella poi successivamente formulata con la memoria ex art. 183 c.p.c., comma 6, sussista quel rapporto di connessione per "alternatività" od "incompatibilità" cui si fa riferimento in quella decisione. Nella specie, entrambe le domande proposte (di adempimento contrattuale e di indebito arricchimento) si riferiscono indubbiamente alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, intesa come unica vicenda in fatto che delinea un interesse sostanziale; sono attinenti al medesimo bene della vita, tendenzialmente inquadrabile in una pretesa di contenuto patrimoniale (pur se, nell'una, come corrispettivo di una prestazione svolta e, nell'altra, come indennizzo volto alla reintegrazione dell'equilibrio preesistente tra i patrimoni dei soggetti coinvolti); sono legate da un rapporto di connessione "di incompatibilità", non solo logica ma

c.p.c. (da depositarsi almeno quaranta giorni prima dell'udienza di cui all'art. 183 c.p.c.), con la precisazione, sempre da parte dell'attore, di come vuole essa si introduca: se in sostituzione della domanda originaria ovvero se in via di cumulo subordinato rispetto a quest'ultima[265] (alla luce del fatto che, per le ragioni *supra* viste, essa non può che essere proposta in via condizionata al rigetto della principale). Sotto questa prospettiva già si erano introdotti i presupposti[266] per chiarire che la domanda di arricchimento senza causa deducesse in giudizio un diritto differente ed incompatibile rispetto a quelli dedotti con le domande principali e questo, a ben vedere, non solo per il fatto che con la domanda di arricchimento ingiustificato il *petitum* mediato è diverso in termini di qualificazione – indennità o restituzione del bene contro la prestazione oggetto del contratto ovvero il risarcimento del danno – anche se poi l'utilità pratica concretamente perseguita è la medesima, ma pure è diversa la *causa petendi* in quanto i fatti costitutivi delle due fattispecie legali ascrivibili alla medesima vicenda sono tra loro parzialmente differenti.

In particolare, è nell'incompatibilità del diritto dedotto dall'azione di arricchimento rispetto ai diritti introdotti con le altre domande che si ha la conferma che si tratti di domanda complanare e non di una c.d. *reconventio reconventionis*[267].

Il secondo caso è invece quello dell'attore che agisca inizialmente proponendo l'azione di arricchimento ingiustificato e che, a fronte delle difese sollevate dal convenuto – che, nello specifico, potrebbe difendersi contestando che esiste un titolo giustificatore del proprio arricchimento e del correlativo impoverimento – proponesse l'azione cautelare in quanto tra le due domande c'è rapporto di complanarietà che ne consente, appunto, la proposizione fino alla prima delle tre

---

addirittura normativamente prevista, stante il carattere sussidiario dell'azione di arricchimento, ai sensi dell'art. 2042 c.c., e tale nesso giustifica ancor di più il ricorso al *simultaneus processus*".

[265] "E' ammissibile la domanda di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c. proposta, in via subordinata, con la prima memoria ex art. 183 c.p.c., comma 6, nel corso del processo introdotto con domanda di adempimento contrattuale, qualora si riferisca alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, trattandosi di domanda comunque connessa (per incompatibilità) a quella inizialmente formulata" Cass. civ., Sez. Unite, Sent., 13/09/2018, n. 22404

[266] V. *supra* par. 4.

[267] Sul punto v. C. CONSOLO-F. GODIO, *Le Sezioni Unite di nuovo sulle domande cc.dd* complanari, cit., par. 4 in cui è chiarito che con la domanda riconvenzionale dell'attore ad essere dedotto è un diritto diverso rispetto a quello originariamente introdotto, ma che è rispetto ad esso compatibile, sì che ambedue le domande, quella originaria e la *reconventio reconventionis* potrebbero astrattamente essere accolte.

memorie di cui all'art. 171-ter c.p.c. Non solo, in tal caso, infatti, la domanda introdotta con l'azione causale nell'ambito della prima memoria, qualora non fosse dall'attore proposta in sostituzione della domanda di arricchimento, e, quindi, per converso, fosse a quest'ultima cumulata assurgerebbe al ruolo, per così dire, di domanda principale, divenendo quindi essa la domanda proposta in via incondizionata, mentre la domanda di arricchimento, in ragione della propria natura sussidiaria e della propria funzione, da incondizionatamente proposta in via autonoma necessariamente diventerebbe, delle due, la domanda sottoposta a condizione.

Sta di fatto che anche nei casi in cui il cumulo subordinato tra la domanda di arricchimento e le domande fondate su un contratto o le domande di risarcimento del danno fosse sopravvenuto, l'esame nel merito della domanda di arricchimento da parte del giudice è subordinato al rigetto della domanda principale, rigetto che però, per il carattere sussidiario dell'azione di cui all'art. 2041 c.c. e del modo in cui esso viene interpretato anche all'esito delle recenti Sezioni Unite del 2023, di per sé non determina l'automatico accoglimento della domanda di arricchimento, in questo senso è compito del giudice quello di effettuare un esame ed un controllo circa i motivi del rigetto[268].

Infine, invece, in relazione all'ipotesi, tanto di cumulo subordinato originario, quanto di cumulo subordinato sopravvenuto per effetto della proposizione della domanda complanare, in cui fosse accolta la domanda principale – quindi quella introdotta con l'azione causale – l'accoglimento della medesima avrebbe un contenuto assorbente l'esigenza dell'esame nel merito della domanda di arricchimento che, quindi, andrebbe rigettata con una decisione di rito che la dichiari assorbita. È vero che le decisioni di rito non sono idonee al giudicato[269] e, quindi, uno dei rischi che, in linea teorica, potrebbe corrersi è quello della riproposizione della domanda di arricchimento; tuttavia la relazione di

[268] Sui contenuti che il rigetto deve assumere perché possa darsi l'accoglimento della domanda di arricchimento v. *retro* cap. II par. 5.

[269] "Il giudicato vincola, infatti come noto, le parti in relazione al diritto oggetto della pronuncia, nonché 'ad ogni effetto', in relazione ai diritti da quest'ultimo dipendenti. Ora è indubbio che non vi sia né identità né alcun legame di pregiudizialità-dipendenza positiva tra domanda di adempimento e ex art. 2041 c.c." S. A. VILLATA, *Domanda di adempimento e domanda di arricchimento ingiustificato*, cit., p. 1576.

incompatibilità corrente tra i diritti a livello sostanziale – per cui l'esistenza del diritto alla prestazione dovuta o al risarcimento del danno esclude il diritto all'indennità da arricchimento – impedisce che possa fondatamente svilupparsi un nuovo giudizio sull'altro diritto e, di conseguenza, accolta la domanda dedotta con l'azione causale, un ipotetico successivo giudizio di arricchimento senza causa troverebbe nel precedente giudicato un impedimento meritale all'accoglimento della pretesa ex art. 2041 c.c. posto che i due diritti non possono dirsi entrambi esistenti in relazione alla medesima vicenda sostanziale[270].

[270] In questo caso opererebbe uno degli effetti del giudicato sostanziale, quello c.d. conformativo, che opera quando il nuovo processo non ha ad oggetto la medesima situazione giuridica soggettiva che aveva ad oggetto il primo processo all'esito del quale si è formato il giudicato (altrimenti opererebbe l'effetto negativo-preclusivo del giudicato, da *ne bis in idem*), ma opera quando il nuovo processo ha ad oggetto un diritto nella cui fattispecie costitutiva rientra il diritto oggetto del primo processo e sul quale si è formato il giudicato (v. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., spec. 106 e ss.). Nel caso in esame, infatti, è l'art. 2042 c.c. a chiarire che per aversi diritto all'indennizzo ex art. 2041 c.c. è necessario il requisito della sussidiarietà (ossia l'insussistenza di un diritto di fonte contrattuale o extracontrattuale), che invece nella prospettiva qui in esame è stato tra le stesse parti già riconosciuto da una sentenza passata in giudicato.

Conclusioni

Giunti al termine di questo studio dedicato alle modalità con cui l'azione di arricchimento ex art. 2041 c.c. si cala nel processo, ed in particolare nel primo grado di giudizio, è tempo di formulare qualche considerazione conclusiva sui principali risultati che si sono raggiunti.

In particolare, è risultato chiaro che il legislatore abbia inteso costruire l'azione in parola quale rimedio di chiusura dell'ordinamento, ossia un rimedio a cui ricorrere per i casi in cui il soggetto senza causa depauperato non disponesse di altri strumenti di tutela per correggere la situazione di squilibrio patrimoniale verificatasi nei suoi confronti, piuttosto che quale rimedio di portata generale ispirato ad un principio che – in altri ordinamenti, quale quello tedesco, è principio cardine e che – pone il divieto di arricchirsi ingiustamente. Proprio in virtù di tale considerazione è implicitamente possibile desumere il carattere sussidiario dell'azione ed è quindi possibile concludere che, a ben vedere, una norma quale l'art. 2042 c.c., che ne esplicita tale carattere, a rigore non sarebbe nemmeno stata necessaria e, dopotutto, potrebbe essere riguardata quale norma pleonastica.

Alla luce di questo rilievo, gli elementi costitutivi che caratterizzano l'azione ex art. 2041 c.c. sono, all'esito dell'attenta analisi di ciascuno dei presupposti che si è svolta nel corso dei capitoli I e II, quattro; nello specifico si tratta di: arricchimento, impoverimento, correlazione tra questi due elementi e assenza di giusta causa o sussidiarietà.

Tali elementi, quindi, devono tutti emergere quando colui che pretende di essersi senza causa impoverito in favore di altri propone domanda ex art. 2041 c.c., tanto nei casi in cui tale domanda sia introdotta successivamente al giudicato di rigetto sulla domanda causale per prima proposta o in via di cumulo alternativo o subordinato (*ab origine* o in corso di causa) rispetto a quest'ultima, quanto nei casi in cui sia introdotta autonomamente e per prima.

In particolare, è fondamentale che tali elementi risultino per la puntuale enucleazione sia del *petitum* (sia mediato che immediato) che della *causa petendi* della domanda.

Nello specifico, la ricerca che si è svolta ha permesso di stabilire, in primo luogo, che il provvedimento che la parte impoverita deve richiedere all'autorità giudiziaria cui si rivolge (ossia il *petitum* immediato) di emanare, è una sentenza di condanna con la quale si chiede non solamente l'accertamento della corretta sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta, ma pure la condanna alla restituzione della *res* che ha rappresentato l'arricchimento o, nella misura in cui tale restituzione non fosse sufficiente a ristabilire l'equilibrio o non fosse concretamente possibile, il pagamento dell'indennizzo dovuto in base alle risultanze del giudizio.

In secondo luogo, dalla ricerca svolta è emerso che è essenziale che l'attore specifichi il bene della vita per il quale agisce (ossia il *petitum* mediato). In questo senso è determinante stabilire il *quantum* dell'obbligazione restitutorio-indennitaria che costituisce oggetto del giudizio. A questo scopo è utile distinguere le ipotesi in cui la pretesa abbia ad oggetto un'indennità, dalle ipotesi in cui il *petitum* mediato sia la *res*.

In relazione alla quantificazione dell'obbligazione nel primo ordine di casi si è studiato di come siano diverse le componenti che devono considerarsi – senza contare che pure delle differenze nella determinazione del *quantum* della pretesa si danno a seconda che l'arricchimento senza causa sia derivato da iniziativa dell'arricchito o, viceversa, da iniziativa dell'impoverito (ove sono più pregnanti le esigenze di bilanciare le posizioni di chi ha sostenuto delle spese con quella dell'arricchito, evitando imposizioni di responsabilità non giustificate) – al punto che si tratta di una sorta di saldo tra voci attive e passive (in questo senso, ad opinione di chi scrive dovrebbero considerarsi le conseguenze complessive del fenomeno arricchimento nel patrimonio dell'arricchito in quanto da esso potrebbero, in ipotesi, derivare pure delle perdite).

In questa prospettiva ciò che è emerso è che il criterio generale per la determinazione dell'indennizzo è ricavabile già dall'art. 2041 c.c. Infatti, da tale articolo è possibile desumere che la locupletazione del soggetto arricchito costituisce solo il limite massimo della pretesa in arricchimento e, conseguentemente, l'indennizzo dovrebbe quantificarsi nella minor somma tra arricchimento e impoverimento patito dall'attore. Un'altra questione rilevante in ordine alla definizione del *petitum* mediato riguarda il momento della valutazione

dell'arricchimento, quand'esso abbia subito delle variazioni nel relativo valore addirittura fino a venire completamente meno nel patrimonio dell'arricchito. In questo senso, è affiorato che tradizionalmente si riteneva necessaria la persistenza dell'arricchimento al momento della domanda perché questa fosse fondatamente proposta (l'arricchimento, d'altronde, è un elemento costitutivo della fattispecie legale di cui all'art. 2041 c.c.). Questa impostazione può tuttavia ritenersi superata, ancorché solamente con riferimento all'ipotesi in cui l'arricchito fosse in mala fede, sulla base, appunto, dello stato soggettivo di quest'ultimo. Di qui, qualora non vi fosse la buona fede del soggetto locupletato (ed in questo senso l'onere di provare la mala fede della controparte grava sul soggetto impoverito) la domanda è fondatamente proponibile anche qualora l'arricchimento non sussistesse più, essendo sufficiente il fatto che esso si sia verificato in un determinato momento storico del passato.

Nelle ipotesi in cui, invece, fosse possibile la restituzione della *res*, l'individuazione del bene della vita richiesto si dovrebbe esaurire semplicemente nell'individuazione della *res* stessa. In particolare, qualora la *res* fosse costituita da beni fungibili, l'obbligazione restitutoria dovrebbe avere ad oggetto la restituzione in natura del *tantundem*. Se, per converso, l'arricchimento avesse ad oggetto un bene specifico, l'art. 2041, comma 2, c.c. impone la restituzione in natura in tutti i casi in cui il bene fosse ancora disponibile. Tuttavia, nei casi in cui esso non fosse più disponibile, in quanto alienato prima della proposizione della domanda ex art. 2041 c.c. trovano allora applicazione i principi della surrogazione reale in base ai quali l'arricchito deve restituire il corrispettivo ottenuto (artt. 535 e 2038 c.c.), al netto delle spese per migliorie o alienazione, ma senza dedurre il costo originario di acquisto.

Quanto invece alla *causa petendi* della domanda ex art. 2041 c.c., ferma l'adesione alla tesi della individuazione della medesima – in base alla quale la *causa petendi* stessa non è data solamente dai fatti che costituiscono il fondamento della domanda, ma anche dalla qualificazione giuridica che di tali fatti è data dall'attore – abbiamo appurato che è fondamentale che, perché la domanda di arricchimento ex art. 2041 c.c. sia fondatamente proposta, siano allegati – e, a fronte di contestazione specifica da parte del convenuto, ex art. 115 c.p.c., provati – i fatti costitutivi della fattispecie

allegata dall'attore (ex art. 2697 c.c.), i quali corrispondono con i presupposti dell'azione individuati dal legislatore agli artt. 2041 e 2042 c.c. nella definizione della fattispecie legale ossia: arricchimento, impoverimento, correlazione tra i due ed, infine, assenza di giusta causa o sussidiarietà.

Quanto all'arricchimento, nel corso dello studio non solo si è definito che esso può consistere sia in un incremento tangibile del patrimonio del soggetto, sia in un risparmio di spesa (quindi un'evitata compressione patrimoniale), ma pure che esso deve essere valutato in senso oggettivo – cioè deve essere valutata oggettivamente l'utilità derivata al soggetto locupletato, senza considerare eventuali situazioni soggettive che di per sé potrebbero escludere qualsivoglia utilità pratica per quest'ultimo –. In questo senso, a fronte della specifica contestazione da parte del convenuto che il proprio arricchimento, in realtà, non ha avuto luogo, è risultato che l'attore, per provare tale fatto costitutivo, dovrebbe far riferimento al valore di mercato del bene, a prove documentali di natura contabile o finanziaria o, infine, a perizie stragiudiziali.

Quello dell'impoverimento è invece risultato essere un tema più delicato, anzitutto in ragione della teoria del profitto creato (che sta riscuotendo consensi da parte di quella dottrina che aspira ad ampliare l'ambito di applicazione dell'azione in modo simile a quanto avviene nei paesi di *common law* e in Germania), in base alla quale teoria il pregiudizio patito dal soggetto impoverito, addirittura, non assurgerebbe a presupposto della fattispecie ex art. 2041 c.c. in quanto vi sarebbero diverse ipotesi in cui all'arricchimento senza causa dell'arricchito non corrisponderebbe una perdita patrimoniale dell'impoverito.

Dallo studio di tale ricostruzione è emerso che il pregiudizio sarebbe integrato dalla condotta lesiva posta in essere dal soggetto arricchito ed, in relazione a ciò, la perdita patrimoniale patita dall'impoverito altro non sarebbe che una conseguenza naturale ma non necessaria della condotta e, quindi, tale perdita non rileverebbe in assoluto ai fini della domanda di arricchimento (l'eventuale assenza di una perdita patrimoniale non sarebbe, infatti, nemmeno fatto impeditivo il quale può essere reso oggetto di eccezione da parte del convenuto). Da questo punto di vista, nel corso del presente studio, si è però mostrato perché si ritiene più persuasiva la teoria tradizionale in base alla quale si reputa invece il pregiudizio patito dall'impoverito

un requisito essenziale ai fini del fondato esperimento dell'azione di arricchimento ingiustificato, posto che l'arricchimento, in base al dettato normativo, deve essere correlato alla perdita patrimoniale subita dall'impoverito in quanto sua conseguenza. Non solo, è altresì risultato che la perdita patrimoniale cui fa riferimento l'art. 2041 c.c. non corrisponde al danno risarcibile ex artt. 1218 e 2043 c.c.

Se infatti lo scopo di tali ultime due disposizioni è quello di riportare il patrimonio di colui il quale agisca in giudizio per il risarcimento del danno nella stessa situazione in cui sarebbe trovato qualora l'illecito non si fosse verificato e, perciò, il danno risarcibile ammonta alla somma tra danno emergente e lucro cessante, diversamente nell'ipotesi in cui fosse esperita l'azione di arricchimento, il cui scopo altro non è che ripristinare lo squilibrio senza causa verificatosi – vuoi in conseguenza dell'iniziativa dell'arricchito, vuoi in conseguenza dell'iniziativa dell'impoverito –, il pregiudizio patito non può che corrispondere al solo danno emergente (ossia la perdita patrimoniale concretamente subita). Si è poi considerato che l'attore, per adempiere all'onere della prova che potrebbe divenire attuale in relazione a tale elemento costitutivo della fattispecie legale per effetto della contestazione avversaria, potrebbe e dovrebbe ricorrere a strumenti di prova analoghi a quelli individuati per la prova dell'arricchimento.

Questi due elementi (arricchimento avversario e impoverimento dell'attore), poi, devono tra loro essere correlati, appunto, in base al tenore letterale della norma di cui all'art. 2041 c.c. In questo senso è emerso che tale correlazione deve esplicarsi nei termini di una c.d. necessità storica tra i due fenomeni. In altre parole, è risultato che chi intenda proporre la domanda di arricchimento deve anzitutto allegare (e poi, se del caso – ossia, di nuovo, se tale onere diviene attuale per effetto della contestazione del convenuto ex art. 115 c.p.c. – provare) che l'impoverimento dell'attore abbia effettivamente contribuito a determinare o rendere possibile l'arricchimento del convenuto. Questo legame causale può anche essere indiretto, purché sia fondato su una connessione concreta e verificabile tra i due eventi. Per fornire la prova, quando necessaria, della correlazione tra arricchimento e pregiudizio patito (inteso nel senso di perdita patrimoniale) l'attore può avvalersi di diversi strumenti probatori quali documenti che attestino il proprio impoverimento

o che dimostrino che il convenuto ha tratto un vantaggio economico direttamente collegato alla perdita subita dall'attore ovvero presunzioni semplici, ma in ogni caso ciò chi rileva è che questi sia in grado di dimostrare che l'impoverimento non è un evento isolato e che è funzionale all'arricchimento del convenuto.

Quanto, infine, agli ultimi due presupposti della fattispecie legale si è tentato, nel corso dello studio, di dimostrare come essi, in realtà, altro non siano che diverse prospettive di un medesimo fatto costitutivo. Che l'assenza di giusta causa, e quindi di riflesso anche la sussidiarietà, sia fatto costitutivo della fattispecie è emerso del resto all'esito di uno studio sulle differenze che la dottrina pone tra fatti costitutivi e fatti impeditivi delle fattispecie legali, ed una tale conclusione è presupposta anche di quella giurisprudenza (v. Cass. civ., Sez. III, Ord., 02/09/2024, n. 23471) sull'onere della prova dell'assenza di giusta causa in relazione all'art. 2041 c.c.

In particolare, all'esito di uno studio sostanziale svolto sui due presupposti (v. cap. I par. 8, 9, 9.1 e 9.2) dell'azione ex art. 2041 c.c. si è chiarito che pare preferibile precisare il concetto di giusta causa in riferimento ai singoli casi di arricchimento e che, a ben vedere, la sussidiarietà – intesa quale assenza di altri rimedi a cui l'attore possa ricorrere perché possa dirsi fondatamente esperita l'azione di arricchimento – altro non è che, appunto, un riflesso della carenza di un titolo giustificativo dell'arricchimento verificatosi. In particolare, l'analisi sulla mancanza di una giusta causa deve considerare quelle che sono le concrete circostanze idonee ad escluderne l'assenza ed in questo senso è risultato che la carenza di un giustificato motivo che sorregga l'arricchimento non sussiste – e, quindi, qualora proposta domanda ex art. 2041 c.c. essa sarebbe infondata per la carenza di uno dei fatti costitutivi – quando, a monte, vi sia un valido contratto, un intento liberale o una specifica disposizione di legge in base ai quali l'impoverimento e il correlato arricchimento possono dirsi giustificati. A ben vedere, infatti, in tali ipotesi in cui manca una giusta causa dell'arricchimento non sussisterebbe altro rimedio al di fuori dell'azione di arricchimento per eliminare lo squilibrio verificatosi e, perciò, è in tali casi che l'azione ex art. 2041 c.c. è sussidiaria.

Naturalmente l'obbligo di provare l'assenza di giusta causa diviene attuale a condizione che il convenuto contesti specificamente l'assenza di un titolo giustificativo allegando, per converso, che una giusta causa dell'arricchimento in

realtà sussiste. In questo senso un caso emblematico riguarda la difesa del convenuto basata sull'esistenza di un contratto valido. In tal caso, l'attore dovrebbe provare la nullità del contratto per dimostrare l'inesistenza della giusta causa. Tuttavia, la nullità è una questione giuridica più che fattuale, e, conseguentemente, si è concluso che la prova nella maggior parte dei casi si basa sulle argomentazioni giuridiche di parte piuttosto che su elementi concreti.

Una volta chiariti quali sono gli elementi caratterizzanti la domanda ex art. 2041 c.c. che devono sempre essere allegati e – a seconda dello svolgimento della dinamica processuale – provati, lo studio è poi proseguito valutando le modalità con le quali l'azione di indebito arricchimento può essere calata nel primo grado di giudizio.

In questo senso, fermo il fatto che l'esperimento diretto e unico dell'azione in parola è ipotesi residuale, si è anzitutto indagata l'ipotesi in cui l'azione ex art. 2041 c.c. è esperita a fronte di un giudicato di rigetto della domanda causale proposta per il tramite di azione contrattuale o risarcitoria, e poi quella in cui la domanda di arricchimento ingiustificato è proposta in via di cumulo alternativo o subordinato rispetto alla domanda causale, introdotta appunto con le azioni contrattuale o risarcitoria.

Quanto alla prima ipotesi è emerso che la possibilità di proporre la domanda di cui all'art. 2041 c.c. successivamente ad un giudicato di rigetto della domanda causale precedentemente introdotta dipende essenzialmente dal motivo per cui quest'ultima è stata rigettata. Se, infatti, il giudicato di rigetto trova la propria ragione nella carenza di una condizione di decidibilità della causa nel merito – con ciò integrando un rigetto di rito –, la domanda di arricchimento sarà senz'altro proponibile: nessun giudicato sostanziale, preclusivo o conformativo, si sarà formato.

Diversamente, qualora il rigetto passato in giudicato fosse un rigetto nel merito, la questione si è mostrata più complessa: la conclusione cui si è giunti è che la ammissibile (non preclusa da precedente giudicato) e, in *parte qua* fondata (non soggetta all'effetto conformativo del precedente giudicato), proponibilità della domanda di arricchimento dipende dal motivo che regge il rigetto nel merito della domanda causale.

In questo senso l'analisi delle ipotesi che possono venire in considerazione si è condotta partendo dal principio di diritto posto dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 33954/2023, le quali hanno chiarito che la domanda di arricchimento sarebbe fondatamente proponibile senza infrangersi contro un sicuro rigetto nel merito per assenza del requisito della sussidiarietà, solo nelle ipotesi in cui la domanda causale per prima proposta fosse stata rigettata per carenza *ab origine* del titolo giustificativo, perché solamente in tali casi non sarebbe stato escluso, dal primo giudicato, il requisito della sussidiarietà. Diversamente, la domanda di arricchimento senza causa sarebbe infondata per carenza di sussidiarietà qualora il rigetto della domanda causale avesse a motivo la prescrizione o la decadenza del diritto causale, il mancato raggiungimento della prova del pregiudizio patito o la nullità per illiceità (ossia contrarietà a norme imperative o all'ordine pubblico) del contratto.

È emerso che la tassonomia delle situazioni impeditive è tutt'altro che condivisibile così come impostata dalle Sezioni Unite, in particolare alla luce del principio della ragione più liquida, secondo cui il giudice può iniziare a valutare la causa a partire dalla questione, allegata dal convenuto o rilevata d'ufficio, che in ipotesi gli consentirebbe di non dover guardare altre questioni in quanto gli permetterebbe, da sola, di rigettare la domanda. In questo senso la prescrizione è certamente la questione più liquida in quanto, se fondata, consentirebbe al giudice di rigettare la domanda senza dover necessariamente valutare la corretta sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta né la effettiva nascita del diritto. Ecco perché reputiamo che quando il giudice rigetta la domanda causale per prescrizione, non si possa automaticamente escludere che la successiva domanda di arricchimento rispetti il requisito della sussidiarietà: la valutazione circa la corretta individuazione della fattispecie legale azionata con la prima domanda causale, non è affatto detto si sia svolta.

In sostanza, facendo valere l'azione ex art. 2041 c.c. successivamente ad un giudicato di rigetto della domanda causale che si basa sulla prescrizione del diritto, è determinante mostrare che, per il principio della ragione più liquida, la precedente sentenza di rigetto non contiene alcuna valutazione sulla correttezza della qualificazione della vicenda sostanziale nei termini effettuati dall'attore con la

domanda causale – e che se una tale valutazione si fosse compiuta sarebbe emerso che, per esempio, il contratto posto a titolo della pretesa era, invece, nullo – e perciò sarebbe ben possibile, pure a fronte di un giudicato di rigetto per prescrizione, la proposizione della domanda di arricchimento ingiustificato ex art. 2041 c.c. in quanto non sarebbe gioco forza carente il requisito della sussidiarietà.

L'analisi è poi proseguita con la verifica della correttezza del principio in relazione all'ipotesi per cui l'eventuale e successiva domanda di arricchimento ex art. 2041 c.c. dovrebbe essere rigettata per infondatezza nei casi in cui la domanda causale fosse stata rigettata nel merito per mancata prova del pregiudizio subito dall'attore. In questa prospettiva si è trovata una lettura coerente con tale principio nelle ipotesi in cui l'attore abbia dimostrato gli elementi costitutivi della fattispecie invocata con la domanda causale, ma non sia riuscito a provare l'attualità della propria pretesa. In tali circostanze, nel primo giudizio è stata già effettuata una valutazione sulla corretta sussunzione dei fatti nella fattispecie causale invocata. Di conseguenza, in tali casi, può dirsi già escluso, tra le parti seppur in un altro precedente giudizio, il requisito della sussidiarietà – o meglio, della mancanza di giusta causa, perché una giusta causa che sorreggeva l'azione causale era effettivamente sussistente – richiesto per l'azione di arricchimento, che, se proposta successivamente, dovrebbe essere respinta per mancanza di uno degli elementi costitutivi previsti dagli artt. 2041 e 2042 c.c.

Infine, l'ultima ipotesi di rigetto per infondatezza della domanda di arricchimento conseguente al giudicato di rigetto nel merito si verifica nei casi in cui il giudicato di rigetto della domanda causale sia fondato sulla nullità del contratto per illiceità. In particolare, se la nullità deriva dall'illiceità, si viene a configurare una situazione peculiare e problematica ove il problema risiede proprio nella causa di nullità, ossia l'illiceità del contratto, che attribuisce al rapporto un disvalore così elevato da escludere il diritto alla restituzione per la parte che abbia eseguito la prestazione. Infatti, la restituzione delle prestazioni rese in base a un contratto illecito non è ammessa, poiché, pur mancando un titolo giustificativo, la prestazione è stata eseguita nell'ambito di un rapporto giuridico viziato da illiceità. In tal modo, le Sezioni Unite hanno voluto evitare che un rimedio restitutorio potesse rappresentare, anche solo indirettamente, un incentivo a comportamenti illeciti. A

ben vedere, tuttavia, tale specificazione non sarebbe nemmeno stata necessaria, dal momento che chi esegue una prestazione in esecuzione di un contratto illecito compie un'operazione giuridicamente incommerciabile, che, per sua stessa natura, non può costituire oggetto di restituzione.

Quanto, infine, all'ipotesi in cui l'azione di arricchimento ex art. 2041 c.c. venisse proposta in via di cumulo subordinato o alternativo rispetto all'azione causale – dopo aver analizzato gli istituti coinvolti nel cumulo dell'azione di arricchimento – è emerso che essendo le due domande – di arricchimento e causale – tra loro in un rapporto di incompatibilità sostanziale il cumulo delle medesime è ben possibile. Tali domande riguardano, infatti, la stessa vicenda sostanziale, la quale viene semplicemente sussunta entro differenti fattispecie legali al fine non di ottenere l'accoglimento di entrambe – ciò sarebbe impossibile data l'incompatibilità tra i diritti dedotti con le due pretese –, ma di aumentare le possibilità di successo di almeno una delle pretese. Conseguentemente, solo una delle due domande potrà essere accolta, mentre l'altra risulterà necessariamente infondata.

L'alternatività sostanziale che collega le domande comporta che esse possano essere tra loro cumulate, anzitutto, in via di cumulo condizionale subordinato. In tal caso, l'esame della domanda subordinata dipende dal rigetto della principale. Se la domanda principale fosse accolta, quella subordinata dovrebbe essere rigettata con una sentenza di rito che ne dichiari l'assorbimento. La decisione di rito, poiché inidonea al giudicato sostanziale, potrebbe legittimare la riproposizione della domanda subordinata, tuttavia la relazione di incompatibilità tra le domande (perché alternativi sono i diritti che esse deducono) ne impedisce la riproposizione all'atto pratico: il diritto all'adempimento del contratto o al risarcimento esclude il diritto all'indennizzo da arricchimento senza causa. Di conseguenza, un successivo giudizio ex art. 2041 c.c. troverebbe nel precedente giudicato un ostacolo insormontabile all'accoglimento della pretesa.

L'incompatibilità sostanziale tra i diritti dedotti consentirebbe pure la strutturazione del cumulo in forma alternativa. In questo senso, gli sviluppi che si sono tratti poggiano sulla convinzione che, quando le domande siano tra loro in rapporto di incompatibilità sostanziale, il fenomeno del cumulo alternativo non possa assurgere alla categoria del cumulo condizionale di domande in ragione del fatto che, posto

che la parte in tali casi non esprime alcuna preferenza quanto ad una domanda da decidersi con priorità, sarebbe violato il fondamentale principio dispositivo sostanziale (art. 2907 c.c.), poiché il giudice nel decidere la domanda da esaminarsi per prima, compirebbe una scelta d'ufficio che invece tale principio rimette solo alla parte. È, quindi, emerso che il cumulo alternativo di domande incompatibili necessariamente si atteggia quale un cumulo puro di domande, le quali sono quindi entrambe proposte incondizionatamente, e rispetto alle quali è indifferente l'ordine con cui il giudice procede all'esame in quanto, necessariamente, dovrà rendere delle decisioni nel merito per ciascuna domanda.

In particolare, poi, si è visto che l'attore può realizzare il cumulo fin dall'atto di citazione. In questo caso, la questione principale riguarda la corretta impostazione del cumulo. Infatti, poiché l'azione di arricchimento è rimedio residuale applicabile solo in assenza di altri strumenti di tutela se fosse proposta insieme ad altra domanda in via di cumulo condizionale subordinato, essa dovrebbe necessariamente essere formulata in via subordinata rispetto alla domanda causale, che, per converso, costituirebbe domanda principale. Il giudice, infatti, potrebbe e dovrebbe esaminare il merito della domanda di arricchimento senza causa solo qualora rigetti la domanda contrattuale o risarcitoria. Ma non solo, è infatti emerso che ai fini dell'accoglimento della domanda di arricchimento senza causa il rigetto nel merito della domanda principale dovrebbe assumere i contenuti che già si erano visti in relazione all'ipotesi di esperimento dell'azione successivamente al giudicato di rigetto della domanda causale, e, quindi, in caso di rigetto per carenza *ab origine* del titolo giustificativo la domanda causale o rigetto per prescrizione quando il giudice non abbia valutato la corretta sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta.

Oltre al cumulo iniziale delle domande (il quale, quindi può essere sia subordinato che alternativo puro), è poi risultato dalla ricerca svolta che è possibile che il cumulo tra le domande si instauri in corso di causa, comunque entro e non oltre la prima memoria ex art. 171-ter c.p.c., posto che la domanda di arricchimento ex art. 2041 c.c. e le domande causali sono domande c.d. complanari, sì che la proposizione di una di esse nell'ambito di un processo introdotto con l'altra costituisce un'ipotesi di ammissibile *mutatio libelli*. In questo senso si è accertato

che sono domande complanari quelle domande deducenti un diritto attinente alla medesima vicenda sostanziale (che si verifica tra gli stessi soggetti), le quali tendono (quantomeno parzialmente) alla stessa utilità finale, salva la differenza formale del *petitum* mediato, e, per ciò, tra loro in relazione di incompatibilità sostanziale.

In questa prospettiva è emerso che due sono le ipotesi principali. Quella in cui l'attore agisca inizialmente con l'azione causale e quella in cui l'attore agisca inizialmente con l'azione ex art. 2041 c.c. Nel primo caso, a fronte dello studio delle sentenze che hanno riconosciuto tale categoria di domande (Cass. civ. Sez. Unite, 15 giugno 2015, n.12310; Cass. civ. Sez. Unite, 13 settembre 2018, n. 22404), è emerso l'attore deve specificare se intenda sostituire la domanda originaria con quella di arricchimento o proporre quest'ultima in via subordinata, non essendo possibile la formazione sopravvenuta di un cumulo alternativo di domande. Nel secondo caso, invece, la domanda causale cumulata a quella di arricchimento necessariamente assurgerebbe al ruolo di domanda principale e, di conseguenza, la domanda di arricchimento originariamente proposta assumerà il ruolo di domanda subordinata quando non del tutto sostituita. In entrambi i casi, se il giudice rigetta la domanda principale, dovrà esaminare la subordinata, ma ciò non comporta automaticamente il suo accoglimento: occorrerà verificare se sussistano i presupposti dell'azione di arricchimento.

In conclusione, quel che è emerso dal presente studio è che l'azione di indebito arricchimento ex art. 2041 c.c. gode di una certa vitalità nell'ambito del processo pur avendo un ambito di applicazione alquanto limitato data la sua natura di rimedio residuale. La residualità del rimedio e, in particolare, la stringente – ma comunque più attenuata rispetto al passato all'esito della sentenza n. 33954/2023 delle Sezioni Unite e della chiave di lettura che nel corso del presente studio si è dato del relativo principio di diritto – interpretazione che di tale carattere è data dalla giurisprudenza assicura che a tale azione si possa fondatamente ricorrere solamente nei casi in cui effettivamente non vi fossero altre tutele disponibili per il soggetto impoverito e, soprattutto, impedisce che di tale mezzo si faccia un grimaldello utile a scardinare la certezza del diritto ed istituti, quali la prescrizione, che alla sua tutela sono preposti. In virtù di tale carattere dell'azione di arricchimento perde ogni significato

l'art. 2042 c.c., il quale non fa che esplicitare qualcosa di già implicito nel sistema giuridico, e per tale ragione chi scrive reputa auspicabile l'abrogazione del medesimo anche e soprattutto alla luce della mole di cause e di giudizi che le errate interpretazioni di tale norma hanno generato nel corso degli anni, causando un appesantimento di un già saturo sistema della giustizia.

BIBLIOGRAFIA

ADOBATI E., (2022), *Le domande alternative nel processo civile, Tesi di dottorato*, Università degli studi di Milano.

ALBANESE A., (2003), *I miglioramenti nel codice civile*, in *Contratto e Impresa*, Padova, p. 910.

ALBANESE A., (2004), *Fatto illecito, fatto ingiusto e restituzione dell'arricchimento in assenza di danno*, in *Responsabilità civile e previdenza*, p. 538.

ALBANESE A., (2009), *L'arricchimento senza causa è, dunque, una clausola generale, autonoma dalla clausola di ingiustizia del danno*, in *Contratto e impresa*, p. 822.

ALBANESE A., (2017), *La collazione per imputazione dei terreni tra sopravvenuta edificabilità e arricchimento senza causa*, in *Il Corriere Giuridico*, p. 909.

ALLORIO E., (1947), *Litisconsorzio alternativo passivo e impugnazione incidentale*, in *Giurisprudenza Italiana*, IV, p. 73.

ANDREOLI G., (1940), *L'ingiustificato arricchimento*, Milano.

ANDREOLI G., (1941), *Osservazioni e proposte sulla seconda edizione del Progetto del libro quarto. Libro delle obbligazioni,* III (artt. 480-837), Roma, p. 969.

BALENA G., (2023), *Istituzioni di diritto processuale civile: I principi*, I, Bari.

BARBERO D., (1962), *Sistema del diritto privato italiano*, II, Torino.

BARBIERA L., (1964), *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli.

BELLISARIO E., (2024), *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento dopo le Sezioni Unite*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, p. 430.

BRECCIA U., (1984), *L'arricchimento senza causa*, in *Trattato di Diritto Privato,* RESCIGNO P. (a cura di), IX, Torino, p. 838.

CAPRIELLO L., (2018), *L'arricchimento ingiustificato*, Santarcangelo di Romagna.

CARUSI D., (2024), *Il principio di restituzione degli arricchimenti ingiustificati e la sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa*, in *Rivista di diritto civile*, p. 410.

CERINO CANOVA A., (1980), *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario al codice di procedura civile*, ALLORIO E. (diretto da), II, Torino, p. 172 ss.

CHIOVENDA G., (1923), *Principii di diritto processuale civile*, Napoli.

COMOGLIO L. P., (2010), *Le prove civili*, Torino.

CONSOLO C., (1985), *Il cumulo condizionale di domande: Struttura e Funzione*, I, Padova.

CONSOLO C., (1985), *Il cumulo condizionale di domande: Il procedimento*, II, Padova.

CONSOLO C., (1991), voce *Domanda giudiziale*, in *Digesto Discipline Privatistiche - Sezione Civile*, Torino.

CONSOLO C., (2015), *Le Sezioni Unite aprono alle domande "complanari": ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, in *Il Corriere Giuridico*, pp. 961.

CONSOLO C., (2016), *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, in *Il Corriere Giuridico*, p. 968.

CONSOLO C., (2023), *Spiegazioni di diritto processuale civile: le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale,* I, Torino.

CONSOLO C., (2023), *Spiegazioni di diritto processuale civile: il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, II, Torino.

CONSOLO C., (2024), *Cumulo alternativo litisconsortile di domande e gravame (come l'attore vittorioso potrà mantenere in vita la domanda contro l'altro convenuto pure vincitore?)*, in *Giurisprudenza Italiana*, p. 2340.

CONSOLO C.; GODIO F., (2019), *Le Sezioni Unite di nuovo sulle domande cc.dd complanari, ammissibili anche se introdotte in via di cumulo (purché non incondizionato) rispetto alla domanda originaria*, in *Il Corriere Giuridico*, p. 263.

FABBRIZZI G., (2020), *Risarcimento, ingiustificato arricchimento e sussidiarietà*, in *Giurisprudenza Italiana*, p. 1891.

GALLO P., (1996), *Arricchimento senza causa e quasi-contratti (I rimedi restitutori)*, in *Trattato di diritto civile*, SACCO R. (diretto da), Torino.

GALLO P., (2015), *Dell'Arricchimento senza causa*, in *Commentario del codice civile*, GABRIELLI E. (diretto da), *Della gestione di affari, del pagamento dell'indebito, dell'arricchimento senza causa*, LENER R. (a cura di), *sub* art. 2041, Torino, pp. 217-362.

GALLO P., (2024), *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento: il punto delle Sezioni unite*, in *Giurisprudenza Italiana*, p. 529.

GIGLIO F., (2000), *La actio de in rem verso nel sistema del codice civile*, in *Rivista di diritto civile*, p. 249.

LEONE F., (1915), *L'azione di arricchimento in diritto moderno*, Napoli.

LIEBMAN E. T., (1967), *L'ordine delle questioni e l'eccezione di prescrizione*, in *Rivista di diritto processuale civile*, p. 539 ss.

LUISO F.P., (2011), *Diritto processuale civile: principi generali*, I, VI ed., Milano.

MARSANO I., (2002), *Arricchimento senza causa*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, p. 537.

MENCHINI S., (1987), *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano.

MERLIN E., (2013), *Inscindibilità dei giudizi e riproposizione di domande fra litisconsorti nelle fasi di gravame*, in *Rivista di diritto processuale*, p. 1293.

MERLIN E., (2016), *Ammissibilità della* mutatio libelli *da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, in *Rivista di diritto processuale civile*, pp. 807-809.

MOSCATI E. (1987), *Arricchimento* (azione di) *nel diritto civile*, in *Digesto Discipline Privatistiche - Sezione Civile*, Torino.

PARDOLESI P., (2005), *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento.

PATTI S., (2021), *Le prove*, Milano.

RESCIGNO P., (1968), *Ripetizione dell'indebito*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XV, Torino, p. 1225.

ROTONDI M., (1924), *L'azione di arricchimento*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, I, p. 374.

SALCIARINI G., (1956), *Esequie dell'art. 2041 del codice civile?*, in *Giurisprudenza Italiana*, I, p. 689.

SASSANI F., (2012), *Art. 163 – Contenuto della citazione*, in *Commentario del codice di procedura civile*, COMOGLIO L. P., CONSOLO C., SASSANI B., VACCARELLA R. (diretto da), III, tomo I, Torino, p. 5 ss.

SASSANI F., (2012), *Art. 164 – Nullità della citazione*, in *Commentario del codice di procedura civile*, COMOGLIO L. P., CONSOLO C., SASSANI B., VACCARELLA R. (diretto da), III, tomo I, Torino, p. 32 ss.

SCHLESINGER P., (1957), in voce *Arricchimento, azione di* (diritto civile), in *Novissimo Digesto Italiano*, I, Torino.

TARUFFO M., (1995), voce *Onere della prova*, in *Digesto Discipline Privatistiche - Sezione Civile*, Torino.

TARZIA G., (1964), *Appunti sulle domande alternative*, in *Rivista di diritto processuale*, p. 291.

TRABUCCHI A., (1958), *Arricchimento* (Azione di) (Diritto civile), in *Enciclopedia del diritto*, III, Milano, p. 64.

TRIMARCHI P., (1962), *L'arricchimento senza causa*, Milano.

VILLA A., (2023), *La graduazione delle questioni di merito: ammissibilità e profili dinamici*, Torino.

VILLATA S. A., (2011), *Domanda di adempimento e domanda di arricchimento ingiustificato:* mutatio libelli *e opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Rivista di diritto processuale*, p. 1573.

RINGRAZIAMENTI

Scrivere questa tesi è stata un'esperienza che mi ha provato. In particolare, mi ha messo davanti ad una realtà che, nel corso di questi cinque anni e mezzo, non avevo mai sperimentato.
L'inadeguatezza.
Sono stati molti i momenti nel corso di questi sei mesi di lavoro in cui mi sono sentito incapace, insufficiente e inadatto rispetto al progetto che mi era stato affidato. Sono stati molti i momenti in cui ho pensato che non ce l'avrei fatta, in cui ho pianto per il nervoso di non riuscire in qualcosa che mi era sempre riuscita bene come lo studio. Sono stati molti i momenti in cui mi sono sentito fallibile.
Ma di questa esperienza sono grato. Sono grato perché mi ha dato consapevolezza del fatto che da soli, nella vita, si fa fatica. È faticoso svegliarsi alla mattina e imporsi una routine quando nella routine ci sei solo tu e il lavoro. È faticoso coricarsi la sera e pensare ad un domani uguale alla giornata appena trascorsa. Alla lunga diventa monotono e il rischio è di cadere nell'alienazione e nell'apatia senza trovare più un senso nelle cose che si fanno.
Per questo motivo ora mi trovo a scrivere queste parole per ringraziare le persone che, nel corso di questo ultimo periodo, ma più in generale nel corso della mia vita, accademica e non, mi sono state vicine e che mi hanno aiutato a capire che vado bene anche se sono inadeguato, che vado bene anche se sono fallibile, che vado bene proprio perché sono fallibile. Senza di loro non sarei mai riuscito ad uscire dalla convinzione che, nella vita, se non sei in grado di portare risultati da solo allora non sei nessuno.
Ringrazio, quindi, la mia Relatrice, la Professoressa Federica Godio, per la sua disponibilità e il suo entusiasmo. È grazie a Lei e alla Sua passione per la materia, trasmessa nelle lezioni di clinica, se ho deciso di scrivere la tesi in diritto processuale civile, che, giusto per informazione, è stato l'esame in cui ho preso il mio voto più basso. Nel corso di questi sei mesi è sempre stata presente per un confronto o un colloquio e, posso dire con certezza, è stata un faro nel mare che è il diritto processuale civile.

Ringrazio poi San Giuseppe da Copertino, protettore degli studenti e degli esaminandi. Il suo aiuto e la sua assistenza sono stati tangibili in numerosissimi esami in cui, nonostante una preparazione lacunosa, "fatalità" mi venivano chieste solamente le cose che sapevo. In questo senso, i miei compagni di corso sono stati testimoni di come la fortuna mi abbia sempre assistito nel corso delle quindici sessioni d'esame affrontate e, per questo, ci tenevo a rendere pubblico che non era fortuna, era semplicemente San Giuseppe.

Ringrazio la mia famiglia.

Ringrazio mio papà e mia mamma. Le parole non bastano ad esprimere la gratitudine che ho nei vostri confronti. Vi ringrazio per avermi dimostrato con i fatti, e non solamente con le parole, cosa voglia dire amare. Amare non è per forza comodo, amare è mettersi al servizio di chi ami nonostante possa risultare difficile. Voi mi avete mostrato questo amore tutti i giorni nel corso della mia vita nelle piccole e nelle grandi cose. Nel fatto che la mamma abbia rinunciato alla sua carriera lavorativa per educarci. Nel fatto che il papà, tornato dal lavoro la sera, non si mettesse a riposare, ma aiutasse in casa e parlasse con noi. Vi ringrazio perché non mi avete mai messo pressioni nelle scelte scolastiche e universitarie e perché non avete mai preteso nulla da me in termini di voti o risultati. Questa serenità mi ha permesso di diventare dottore in giurisprudenza (checché ne dica il dottor De Renoche).

Ringrazio i miei fratelli: Michele, Benedetta, Noemi e Filippo (e anche la Ambra). Vi ringrazio per avermi sopportato (e supportato) finora sperando lo possiate fare ancora per un po'. Vi ringrazio per non esservi lamentati (eccessivamente) delle mie passeggiate per casa mentre ripetevo ad altra voce prima degli esami. Ma, soprattutto, vi ringrazio per il modo in cui mi amate. So benissimo di essere un fratello maggiore pigro, un po' rigido, egoista e (così mi dicono) troppo sarcastico e per questo colgo l'occasione per chiedervi scusa. Scusa per le mie mancanze. Scusa per i miei commenti che sono sicuro in certi casi vi abbiano ferito. Cercherò di migliorare.

Ringrazio le nonne. In particolare ringrazio la nonna Mima che mi ha sempre stimolato a dare il massimo a suon di "coppette", che mi ha sempre rimproverato bonariamente quando mi prendevo all'ultimo a studiare e che, spesso, ha gioito più

di me per i risultati che raggiungevo. So che anche i nonni sarebbero orgogliosi di questo mio traguardo.

Ringrazio Rachele. Ringrazio che gli studi ti abbiano portata a Padova e non a Verona perché hai portato il sole di Reggio nella mia vita. Anche per te, le parole non bastano ad esprimere la gratitudine che provo. Mi hai conosciuto che ero lo spettro di me stesso, sei stata presente nel periodo più buio della mia vita e tu sai. Ringrazio di aver aperto gli occhi e di averti vista perché con te mi sento vivo come non mi ero mai sentito. Cercavo una Rachel, sono felice di aver trovato te.

Ringrazio tutti i miei parenti. Voi mi avete visto crescere e trasformarmi da bambino iperattivo in un uomo fatto (anche se sono ancora lontano dall'essere finito). Sono contento di passare con voi questo giorno così importante per me.

Ringrazio i miei amici del Circolino: Pego, Pietro, Anna, Maddalena, Veronica e Luca. In voi ho trovato gli amici che mi mancavano e che ho sempre cercato. Con voi non mi sono mai sentito l'ultima ruota del carro e di questo vi ringrazio infinitamente, ne avevo bisogno.

Ringrazio poi tutti i miei amici di Giurisprudenza che mi hanno accompagnato nel corso di questi lunghissimi anni e di diversi aperitivi. L'elenco è lungo e spero di non dimenticarmi nessuno. Ringrazio, quindi, Antonio, Marta, Francesca, Giulia, Giulia, Alice, Lorenza, Marco, Lucia, Veronica, Anna (anche se sei durata solo sei mesi, ma prima c'era il Calvi).

In particolare, ringrazio le mie amiche di Tempus Lugendi e del Gruppo vacanze Bressanone.

Ringrazio Giulia. Sei una persona meravigliosa. Sono contento di aver bevuto assieme a te il mio primo caffè universitario. In te ho trovato una ragazza spontanea e allegra che non si è arresa agli ostacoli incontrati nella vita. Per me sei un esempio di tenacia. Ti voglio un mondo di bene.

Ringrazio Matilde. Sei un animo gentile. Sono contento di averti incontrata il primo giorno di università. Ho scoperto una ragazza che inizialmente era fragile, ma che nel corso degli anni ha acquistato autostima e anche una buona dose di determinazione. Ti voglio un mondo di bene.

Ringrazio Lavinia. Sii sempre te stessa. Vuoi sempre sembrare una persona forte che è in grado di spaccare il mondo, ma sono state la tua sensibilità e fragilità che

ti hanno fatta diventare una persona per me importante e su cui so di poter contare sempre (anche semplicemente per essere nutrito come a Bressanone). Ti voglio un mondo di bene.

Ringrazio Valentina. Sei un'amica preziosa. Spero tu riesca a trasportare la tua determinazione e la tua spensieratezza anche nei momenti in cui ti senti più insicura e in cui non credi in te stessa perché se dovessi riuscirci chi potrebbe fermarti? Ti voglio un mondo di bene.

Infine, per giurisprudenza, ringrazio Valentina. Sei fantastica. Con te mi sono aperto come con poche altre persone e da parte tua ho sempre trovato disponibilità ad ascoltarmi (e qualche consiglio interessante). Hai una personalità strabordante e un amore per gli amici che difficilmente ho trovato in altre persone. Ti voglio un mondo di bene.

Ringrazio i miei amici delle superiori. Ringrazio Paolo, il mio compagno di banco per la vita. Anche se ci vediamo meno quando succede è sempre come fosse passato solamente un giorno. Sei speciale. Ringrazio Gianlu, Marco, Giane, la Greta, Vittoria, Erika e Aurora. Siete quelli della 5BF che più di tutti mi sono rimasti nel cuore per le esperienze vissute assieme nel corso delle superiori (Malaga in particolare) e per le reunion fatte poi.

A proposito di superiori ringrazio anche il Professor Stefano Piazza, è grazie a lui se è nata la mia passione per il diritto che mi ha portato prima ad iscrivermi a Giurisprudenza e poi a questo giorno.

Infine, ma non per importanza, ringrazio la mia comunità, i miei catechisti e Dio. Ciascuno dei miei fratelli di comunità è stato importante nel mio percorso di crescita. Grazie a voi ho capito che non posso essere, e che non sono, il centro dell'universo, che non sono l'unico ad avere problemi in questo mondo. Siete testimonianza ai miei occhi che Dio opera concretamente nelle vite delle persone e che sta a noi (anche grazie all'aiuto dei catechisti che, in questo senso, non si risparmiano) mettere gli occhiali giusti per leggere i fatti con cui ci parla.