

Ingiustificato arricchimento

Cassazione Civile, SS.UU., 13 settembre 2018, n. 22404 - Pres. Rordorf - Rel. Scrima - P.M. Sorrentino (conf.) - F.A., B.D., (avv.ti Vinti, Angeletti) c. Comune di Chivasso (avv.ti Squicquero, Papa)

Nel processo introdotto mediante domanda di adempimento contrattuale è ammissibile la domanda di indennizzo per ingiustificato arricchimento formulata, in via subordinata, con la prima memoria ai sensi dell'art. 183, comma 6, c.p.c., qualora si riferisca alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, trattandosi di domanda comunque connessa per incompatibilità a quella originariamente proposta.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass., SS.UU., 15 giugno 2015, n. 12310 (in relazione all'ammissibilità di domande complanari); solo in parte conformi Cass. 15 aprile 2010, n. 9042; Cass. 18 novembre 2008, n. 27406 e Cass. 14 giugno 2000, n. 8119, le quali considerano ammissibile la domanda ex art. 2041 c.c. in corso di causa, ma in forza dell'argomento per cui si tratterebbe di diversa qualificazione (rispetto a quella contrattuale) della pretesa già azionata in giudizio.
Difforme	Con specifico riguardo al giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo ed alla proponibilità, da parte dell'opposto in un momento successivo alla comparsa di costituzione e risposta, di domanda ex art. 2041 c.c., Cass., SS.UU., 27 dicembre 2010, n. 26128, e successive, conformi, pronunce.

La Corte (*omissis*).

Ragioni della decisione

omissis

2. Con il secondo motivo si lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 2041 c.c. e art. 183 c.p.c. e dei principi che regolano l'azione di ingiustificato arricchimento, contestando la ritenuta inammissibilità della domanda subordinata di indennizzo per arricchimento senza causa perché non proposta in citazione ma con la memoria ex art. 183 c.p.c., comma 6, n. 1).

Al riguardo i ricorrenti rappresentano di aver formulato tale domanda con la predetta memoria, a seguito dell'eccezione di nullità della delibera di incarico e del contratto relativo sollevata dal Comune di Chivasso nella comparsa di risposta, e, comunque, sulla base di circostanze di fatto già allegare nell'atto introduttivo con riferimento alla domanda di adempimento contrattuale; deducono, altresì, di aver riproposto la domanda in parola nella comparsa di costituzione in appello.

3. La questione rimessa all'esame di queste Sezioni Unite che, come già sopra evidenziato, consiste nello stabilire "se nel giudizio promosso nei confronti di una Pubblica Amministrazione per l'adempimento di un'obbligazione contrattuale la parte possa modificare la propria domanda in una richiesta di indennizzo per arricchimento senza causa con la memoria ex art. 183 c.p.c., comma 6, n. 1", rileva proprio per l'esame del secondo motivo.

4. Questa Corte si è più volte pronunciata sulla questione se la proposizione della domanda di azione di arricchimento costituisca, ove formulata dopo che sia stata proposta azione di adempimento contrattuale, emendatio o mutatio libelli e se e in che termini la proposizione di una tale domanda incorra nelle preclusioni previste dal codice di rito.

4.1. Le Sezioni Unite di questa Corte, nel comporre il contrasto di giurisprudenza relativamente alla novità della domanda di indennizzo per arricchimento senza causa

rispetto a quella originariamente proposta di adempimento contrattuale, con la sentenza 22 maggio 1996 n. 4712, pronunciata in un giudizio iniziato in primo grado nel 1986 e, quindi, disciplinato dalle norme processuali di cd. vecchio rito, anteriori cioè alle modifiche di cui alla L. 26 novembre 1990, n. 353, hanno affermato che la domanda di indennizzo per arricchimento senza causa integra, rispetto a quella di adempimento contrattuale originariamente formulata, una domanda nuova - come tale inammissibile a norma dell'art. 184 c.p.c. in difetto di accettazione del contraddittorio -, in quanto dette domande non sono intercambiabili e non costituiscono articolazioni di un'unica matrice, riguardando entrambe diritti cosiddetti "eterodeterminati" (per l'individuazione dei quali è indispensabile il riferimento ai relativi fatti costitutivi, che divergono sensibilmente tra loro ed identificano due distinte entità), e l'attore, sostituendo la prima alla seconda, non solo chiede un bene giuridico diverso (indennizzo, anziché il corrispettivo pattuito), così mutando l'originario *petitum*, ma, soprattutto, introduce nel processo gli elementi costitutivi della nuova situazione giuridica (proprio impoverimento ed altrui locupletazione e, in caso di domanda di arricchimento proposta contro la P.A., anche il riconoscimento della *utilitas* della prestazione), che erano privi di rilievo, invece, nel rapporto contrattuale (in senso v. pure Cass. 29 settembre 1997, n. 9507; Cass. 29 gennaio 1998, n. 915; Cass. 6 ottobre 1999, n. 11123; Cass. 12 giugno 2000, n. 7979; Cass. 20 dicembre 2001, n. 16063; Cass. 27 novembre 2001, n. 15028; Cass. 29 marzo 2001, n. 4612; Cass. 24 ottobre 2003, n. 16005; Cass. 11 maggio 2003, n. 7378; Cass. 2 dicembre 2004, n. 22667; Cass. 26 maggio 2004, n. 10168; Cass. 2 agosto 2007 n. 17007).

4.2. Anche successivamente a tale arresto delle Sezioni Unite, si rinviene un orientamento minoritario - soprattutto, ma non solo, in tema di domanda ex art. 2041 c.c. proposta dall'opposto nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo -, che si polarizza su due essenziali varianti argomentative: 1) l'una, che valorizza la natura del procedimento in cui la domanda è inserita, ovvero quello di opposizione a

decreto ingiuntivo, ai sensi dell'art. 645 c.p.c., il quale sarebbe proprio finalizzato ad esaminare la fondatezza della domanda del creditore; in base, quindi, a tutti gli elementi offerti dallo stesso, e contrastati dall'ingiunto (Cass. 23 giugno 2009 n. 14646); l'altra - maggiormente seguita - che sottolinea, non tanto il tipo di procedimento adottato, quanto il fatto che nel giudizio siano già presenti tutti gli elementi costitutivi dell'azione di indebito arricchimento, considerata, quindi, come una diversa qualificazione dei fatti già introdotti (Cass. 15 aprile 2010, n. 9042; Cass. 18 novembre 2008, n. 27406; Cass. 14 giugno 2000, n. 8110; Cass. 28 novembre 1997, n. 12009).

Con sentenza 27 dicembre 2010, n. 26128, queste Sezioni Unite, chiamate a pronunciarsi in tema della proponibilità, da parte dell'opposto, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, della domanda di ingiustificato arricchimento, ai sensi dell'art. 2041 c.c., quale domanda riconvenzionale, in considerazione della sua posizione sostanziale di attore, e non di convenuto, nel giudizio conseguente all'opposizione, hanno affermato il principio così massimato: "Le domande di adempimento contrattuale e di arricchimento senza causa, quali azioni che riguardano entrambe diritti eterodeterminati, si differenziano, strutturalmente e tipologicamente, sia quanto alla *causa petendi* (esclusivamente nella seconda rilevando come fatti costitutivi la presenza e l'entità del proprio impoverimento e dell'altrui locupletazione, nonché, ove l'arricchito sia una P.A., il riconoscimento dell'*utilitas* da parte dell'ente), sia quanto al *petitum* (pagamento del corrispettivo pattuito o indennizzo). Ne consegue che, nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo - al quale si devono applicare le norme del rito ordinario, ai sensi dell'art. 645, comma 2, e, dunque, anche l'art. 183 c.p.c., comma 5, è ammissibile la domanda di arricchimento senza causa avanzata con la comparsa di costituzione e risposta dall'opposto (che riveste la posizione sostanziale di attore) soltanto qualora l'opponente abbia introdotto nel giudizio, con l'atto di citazione, un ulteriore tema di indagine, tale che possa giustificare l'esame di una situazione di arricchimento senza causa. In ogni altro caso, all'opposto non è consentito di proporre, neppure in via subordinata, nella comparsa di risposta o successivamente, un'autonoma domanda di arricchimento senza causa, la cui inammissibilità è rilevabile d'ufficio dal giudice".

Il percorso argomentativo seguito da queste Sezioni Unite nella sentenza in parola, richiamata pure nell'ordinanza interlocutoria n. 7079 del 2017 della Seconda Sezione, può così sinteticamente schematizzarsi: a) le domande di adempimento contrattuale e di arricchimento senza causa sono strutturalmente e tipologicamente diverse, integrando, quest'ultima, rispetto a quella originariamente formulata, una domanda nuova; b) tali domande differiscono quanto al *petitum*, costituito nella prima dal pagamento del corrispettivo pattuito e nella seconda dall'indennizzo, e quanto alla *causa petendi*, essendo estranei all'azione contrattuale gli elementi dell'impoverimento e dell'altrui locupletazione, che costituiscono i presupposti dell'azione generale di arricchimento (si evidenzia che la pronuncia in parola

richiama anche l'ulteriore presupposto dell'*utilitas* da parte dell'ente, la cui natura di elemento integrativo dell'azione di arricchimento è stata successivamente esclusa dalla sentenza delle Sezioni Unite del 26 maggio 2015, n. 10798); c) si tratta, quindi, di domande non intercambiabili e che non "costituiscono articolazioni di un'unica matrice", poiché i fatti costitutivi che rispettivamente le individuano "identificano due distinte entità, nessuna delle quali può dirsi potenzialmente contenente l'altra e potenzialmente in essa contenuta", d) nel passaggio dall'una all'altra azione in parola non può parlarsi di semplice emendatio libelli, ma di vera e propria *mutatio*, consentita all'attore nei limiti fissati dall'art. 183 c.p.c., comma 5; e) tali limiti ineriscono anzitutto alla fase della formazione del *thema decidendum*, consentendo la modifica della domanda originaria soltanto come conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto, il quale abbia così introdotto nel giudizio un nuovo tema di indagine; f) vi sono altresì limiti temporali per l'esercizio di tale facoltà, che deve ritenersi consentito nell'udienza fissata per la comparizione delle parti e la trattazione, perché questa rappresenta il primo atto difensivo utile, in quanto temporalmente successivo a quello che ne determina la proponibilità; nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo il limite temporale preclusivo alla proponibilità della domanda di arricchimento senza causa deve farsi risalire alla comparsa di costituzione e risposta dell'opposto, che è il primo atto difensivo di quest'ultimo, a seguito delle difese contenute nell'atto di opposizione a d.i. dell'opponente; g) al di fuori di tali ristretti termini, la domanda di ingiustificato arricchimento non può essere proposta nel giudizio originato da un'azione contrattuale e la sua tardiva proposizione è soggetta al rilievo officioso, indipendentemente dall'atteggiamento processuale della controparte, in quanto il regime di preclusioni introdotto nel rito civile ordinario riformato - applicabile anche nel giudizio di opposizione a d.i. - è finalizzato a tutelare non solo l'interesse di parte ma anche l'interesse pubblico al corretto e celere andamento del processo.

5. Con la sentenza n. 12310 del 15 giugno 2015, queste Sezioni Unite, chiamate a risolvere il contrasto sulla questione relativa alla modificabilità, con la memoria prevista dall'art. 183 c.p.c., comma 5 (nella formulazione *ratione temporis* applicabile), della domanda costitutiva ex art. 2932 c.c. in domanda di accertamento dell'avvenuto effetto traslativo), hanno affrontato in termini più generali il tema dello *ius variandi*, operando un'ampia rivisitazione dello stesso alla luce dei mutamenti del quadro normativo di riferimento ad opera del legislatore - anche costituzionale - e dei corrispondenti mutamenti nella giurisprudenza di legittimità, soprattutto a Sezioni Unite (pure se non specificamente riferibili alla problematica da esaminare in quella sede) riguardanti, in una prospettiva più generale, non solo la disciplina dei nova nel processo ma anche le problematiche ad essa collegate, "nella consapevolezza che l'esegesi della normativa processuale deve sempre salvaguardare la coerenza circolare del sistema e che l'intervento nomofilattico compositivo è necessario quante volte occorra riportare a sintesi univoca e manifesta il

tormentato processo di adeguamento della ermeneutica giuridica al contesto legislativo e culturale in trasformazione”.

La sentenza muove da una ricognizione della struttura dell’udienza di cui all’art. 183 c.p.c. evidenziando che, in relazione all’esercizio dello *ius variandi*, la giurisprudenza afferma il tradizionale principio secondo il quale sono ammissibili solo le modificazioni della domanda introduttiva che costituiscono semplice emendatio libelli, ravvisabile quando non si incide né sulla *causa petendi* né sul *petitum*, mentre sono assolutamente inammissibili quelle modificazioni della domanda che costituiscono *mutatio libelli*, ravvisabile quando si avanzi una pretesa obiettivamente diversa da quella originaria, introducendo nel processo un *petitum* diverso e più ampio oppure una *causa petendi* fondata su situazioni giuridiche non prospettate prima, ed in particolare su di un fatto costitutivo differente, così ponendo al giudice un nuovo tema d’indagine e spostando i termini della controversia, con l’effetto di disorientare la difesa della controparte ed alterare il regolare svolgimento del processo.

Si sottolinea nella sentenza in parola che tale principio è però solo in apparenza uniformemente applicato, in quanto sottende una realtà più frastagliata in relazione a diverse fattispecie, in base ad “una logica del caso per caso”.

Nella medesima sentenza si evidenzia poi che non è dato rinvenire un esplicito divieto di domande nuove nell’ambito dell’udienza di cui all’art. 183 c.p.c. paragonabile a quello espresso nell’art. 345 c.p.c., per il giudizio di appello, e che l’art. 189 c.p.c., in tema di rimessione della causa al collegio, prevede che il giudice istruttore invita le parti a precisare davanti a lui le conclusioni che intendono sottoporre al collegio “nei limiti di quelle formulate negli atti introduttivi o a norma dell’art. 183”, in tal modo ribadendo, ove vi fossero dubbi, che a norma dell’art. 183 c.p.c. le parti possono cambiare le domande e conclusioni avanzate nell’atto introduttivo in maniera sensibilmente apprezzabile (quindi non limitata a mere qualificazioni giuridiche o precisazioni di dettaglio).

Al fine di una maggiore comprensione della effettiva portata del cambiamento ammissibile ai sensi dell’art. 183 c.p.c., nella sentenza de qua si osserva che, in rapporto alla domanda originaria, nell’economia della suddetta norma risultano previsti altri tre tipi di domande: le domande “nuove”, le domande “precisate” e le domande “modificate”. Si evidenzia, con riguardo alle domande “nuove”, che, pur non riscontrandosi un esplicito divieto come quello di cui all’art. 345 c.p.c., questo può essere implicitamente desunto dal fatto che risultano specificamente ammesse per l’attore le domande e le eccezioni “che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto”, ben potendo l’affermazione suddetta leggersi nel senso che sono (implicitamente) vietate tutte le domande nuove ad eccezione di quelle che per l’attore rappresentano una reazione alle opzioni difensive del convenuto. Si afferma che domande “precisate” sono le stesse domande introduttive che non hanno subito modificazioni nei loro elementi identificativi, ma semplici

precisazioni, per tali intendendosi tutti quegli interventi che non incidono sulla sostanza della domanda iniziale ma servono a meglio definirla, puntualizzarla, circostanziarla, chiarirla. Si specifica che “la vera differenza tra le domande “nuove” implicitamente vietate e le domande “modificate” espressamente ammesse non sta ... nel fatto che in queste ultime le “modifiche” non possono incidere sugli elementi identificativi, bensì nel fatto che le domande modificate non possono essere considerate “nuove” nel senso di “ulteriori” o “aggiuntive”, trattandosi pur sempre delle stesse domande iniziali modificate - eventualmente anche in alcuni elementi fondamentali-, o, se si vuole, di domande diverse che però non si aggiungono a quelle iniziali ma le sostituiscono e si pongono pertanto, rispetto a queste, in un rapporto di alternatività”. Si rimarca che, “con la modificazione della domanda iniziale l’attore, implicitamente rinunciando alla precedente domanda (o, se si vuole, alla domanda siccome formulata nei termini precedenti alla modificazione), mostra chiaramente di ritenere la domanda come modificata più rispondente ai propri interessi e desiderata rispetto alla vicenda sostanziale ed esistenziale dedotta in giudizio”.

La sentenza n. 12310 del 2015 perviene quindi, alle seguenti conclusioni: a) la modifica della domanda iniziale può riguardare anche gli elementi identificativi oggettivi della stessa, a condizione che essa riguardi la medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio con l’atto introduttivo o comunque sia a questa collegata, regola, questa, ricavabile da tutte le indicazioni contenute nel codice di rito in relazione alle ipotesi di connessione a vario titolo e in particolare al rapporto di connessione per “alternatività” o “per incompatibilità”; b) una siffatta interpretazione risulta maggiormente rispettosa dei principi di economia processuale e ragionevole durata del processo, posto che, non solo non incide negativamente sulla durata del processo nel quale la modificazione interviene, ma determina, anzi, una indubbia incidenza positiva più in generale sui tempi della giustizia, in quanto è idonea a favorire una soluzione della complessiva vicenda sostanziale ed esistenziale portata dinanzi al giudice in un unico contesto, invece di determinare la potenziale proliferazione dei processi, c) la concentrazione favorita da tale interpretazione risulta inoltre maggiormente rispettosa della stabilità delle decisioni giudiziarie, anche in relazione alla limitazione del rischio di giudicati contrastanti, nonché della effettività della tutela assicurata, sempre messa in pericolo da pronunce meramente formalistiche; d) una simile interpretazione non determina alcuna “sorpresa” per la controparte né ne mortifica le potenzialità difensive, in quanto l’eventuale modifica avviene sempre in riferimento e in connessione alla medesima vicenda sostanziale in relazione alla quale la parte è stata chiamata in giudizio e a tale parte è, in ogni caso, assegnato un congruo termine per potersi difendere e controdedurre anche sul piano probatorio.

Conclusivamente, con la sentenza in parola, è stato espressamente affermato il seguente principio di diritto: “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*), sempre che la domanda così modificata risulti in ogni caso connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio, e senza che per ciò solo si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte ovvero l'allungamento dei tempi processuali. Ne consegue che deve ritenersi ammissibile la modifica, nella memoria all'uopo prevista dall'art. 183 c.p.c., della iniziale domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto in domanda di accertamento dell'avvenuto effetto traslativo".

6. Il principio appena riportato risulta essere stato ribadito da successive decisioni di legittimità, con riferimento ad un variegato ambito oggettivo, non circoscritto al solo diritto contrattuale, pur se talvolta esso è stato richiamato a conforto di una decisione la cui *ratio* non collima del tutto con le indicazioni interpretative offerte dalla richiamata pronuncia del 2015 e si conforma, in realtà, a convincimenti già acquisiti da tempo.

Al riguardo si fa riferimento, a mero titolo esemplificativo, in tema di modificazione della domanda da parte dell'attore nel giudizio regolato dal cd. rito societario, alla decisione di questa Corte del 3 gennaio 2017, n. 29, in cui si afferma che, nel rito societario già disciplinato dal D.Lgs. n. 5 del 2003, le domande nuove che l'attore può proporre ai sensi dell'art. 6, comma 2, lett. b), devono essere conseguenza "delle difese proposte dal convenuto", in tale ampia espressione dovendosi ricomprendere ogni possibile deduzione difensiva di quest'ultimo, e quindi, non solo le eccezioni, in senso stretto o lato, ma anche le mere difese. In senso sostanzialmente conforme si è espressa la sentenza di questa S.C. del 19 gennaio 2016, n. 816, secondo cui nel rito societario già disciplinato dal D.Lgs. n. 5 del 2003, la modificazione della domanda, ivi consentita tramite la memoria ex art. 6, può riguardare anche uno o entrambi i suoi elementi oggettivi (*petitum e causa petendi*), sempre che la domanda così modificata riguardi la medesima vicenda sostanziale dedotta in lite o sia ad essa collegata, sicché, qualora la parte abbia chiesto, con l'atto di citazione, l'accertamento della nullità di un contratto di intermediazione finanziaria, è ammissibile la proposizione, con la suddetta memoria, della domanda di risarcimento del danno, ove, in particolare, non siano mutati gli elementi di fatto introdotti in giudizio.

In tema di mutamento quantitativo della domanda originaria, si richiama pure la sentenza di questa Corte. n. 26782 del 22 dicembre 2016, con la quale è stato affermato che la modificazione della domanda ammessa ex art. 183 c.p.c. può riguardare anche uno o entrambi gli elementi oggettivi della stessa (*petitum e causa petendi*), sempre che la domanda così modificata risulti comunque connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio e senza che, per ciò solo, si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte, ovvero l'allungamento dei tempi processuali. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva dichiarato inammissibile il mutamento quantitativo della domanda riconvenzionale proposta dall'opponente a decreto ingiuntivo e riconnessa all'intervenuta

rescissione del contratto rispetto alla precedente domanda di risoluzione, trovando la richiesta del riconoscimento di un maggiore importo fondamento nella medesima situazione sostanziale dedotta in giudizio con l'atto introduttivo).

In punto di ammissibilità della domanda di risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2050 c.c., formulata dopo un'iniziale domanda risarcitoria fondata sulla violazione del generale dovere del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c., si è altresì espressa questa Corte con la sentenza n. 10513 del 17 marzo 2017, applicando argomentatamente il principio espresso dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 12310 del 2015.

7. Osserva il Collegio che, pur se l'applicazione dell'uno o dell'altro dei principi affermati con le decisioni di queste Sezioni Unite n. 26128/10 e n. 26168/2015 sopra ricordate è, in tesi, foriera di soluzioni contrastanti con riferimento al caso concreto all'esame, come prospettato nell'ordinanza interlocutoria della Seconda Sezione, va, tuttavia, evidenziato che non sussiste un reale contrasto tra dette due sentenze. Ed invero, la decisione più recente, prendendo le mosse dalle questioni sottoposte al suo esame, persegue l'obiettivo di adeguare alla mutata realtà normativa l'intera disciplina processuale in tema di nova e di ridefinire la fase della trattazione a tale riguardo; ha, quindi, una portata ben più ampia della prima delle ricordate decisioni, la quale, oltre a riferirsi ad un ambito ben specifico e, per così dire, settoriale, si fonda sul criterio della diversità di *petitum e causa petendi* fra le due domande in quel giudizio proposte, criterio che, invece, la più recente delle sentenze in parola dichiara espressamente di voler superare e disattendere.

8. Ritiene il Collegio che va data continuità all'indirizzo indicato con la sentenza di queste Sezioni Unite n. 12310 del 2015, proprio per la valenza sistematica, in tema di esercizio dello *ius variandi* nel corso del processo, della decisione da ultimo richiamata, che, superando in senso evolutivo il precedente criterio della differenziazione di *petitum e causa petendi* su cui si basava il precedente orientamento cui pure si è fatto riferimento, sposta l'attenzione dell'interprete dall'ambito circoscritto di una valutazione relativa alla invarianza degli elementi oggettivi (*petitum e causa petendi*) della domanda modificata rispetto a quella iniziale, in una prospettiva di più ampio respiro, volta alla verifica che entrambe tali domande ineriscano alla medesima vicenda sostanziale sottoposta all'esame del giudice e rispetto alla quale la domanda modificata sia più confacente all'interesse della parte.

Milita in tal senso, altresì, la considerazione che l'interpretazione adottata in questa sede risulta maggiormente rispettosa dei principi di economia processuale e ragionevole durata del processo, in quanto non solo incide sulla durata del processo in cui la modificazione interviene ma influisce positivamente anche sui tempi della giustizia in generale, in quanto favorisce la soluzione della complessiva vicenda sostanziale sottoposta all'esame del giudice in un unico contesto, evitando la proliferazione dei processi.

8.1. 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 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*.

9. Il secondo motivo di ricorso risulta, pertanto, fondato in base al seguente principio di diritto: “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, 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”.
(*omissis*).

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 *di Claudio Consolo e Federica Godio (*)*

Con la sentenza in commento le SS.UU. tornano ad occuparsi delle c.d. domande complanari, per specificarne ulteriormente il regime ed i requisiti di ammissibilità. In particolare viene oggi chiarito quanto già auspicato da una parte della dottrina: la domanda complanare, ammissibile se formulata in corso di causa purché entro la I memoria ex art. 183, comma 6, c.p.c., non necessariamente dovrà sostituirsi alla domanda originaria, da considerarsi quindi rinunciata, ma potrà ad essa cumularsi (in cumulo subordinato o anche semplice, è quesito su cui lo scritto si interroga, e che risolve nel primo senso). L’intero, condivisibile, argomentare delle SS.UU. si fonda su di un presupposto (esso pure per gli A. condivisibile, ma) non incontrovertito in dottrina, quello per cui la domanda di arricchimento senza causa vada qualificata come domanda complanare, ossia deducibile in giudizio un diritto diverso da quello fatto valere con la domanda di condanna contrattuale. Anche tale profilo viene preso in esame dallo scritto, che analizza altresì, in chiusura, le diverse conseguenze delle due possibili ricostruzioni della fattispecie decisa dalle SS.UU. (concorso di norme o di diritti).

1. La fattispecie: eccezione di nullità del titolo della pretesa contrattuale e domanda di arricchimento ex art. 2041 c.c. svolta (solo) con la I memoria ex art. 183, comma 6, c.p.c.

Il caso sottoposto alle Sezioni Unite è presto riassunto (e, nelle sue linee generali, tutt’altro che infrequente): l’attore - un ingegnere - agisce per ottenere la condanna del convenuto - quasi ovviamente: un Comune - al pagamento del corrispettivo contrattuale per la prestazione resa. Il convenuto, con la comparsa di costituzione, eccepisce la nullità del titolo (nella specie per

nullità delle delibere di affidamento dell’incarico poiché mancanti sia della quantificazione dell’ammontare complessivo dovuto, sia dell’individuazione dei mezzi per farvi fronte). L’attore allora, con la I memoria ex art. 183, comma 6, c.p.c., propone, in via subordinata rispetto alla domanda di adempimento contrattuale, che quindi tiene ferma, residuale domanda di arricchimento ex art. 2041 c.c.

Il Tribunale accoglie la domanda principale dell’attore; il convenuto appella; l’attore ripropone in appello la domanda (rimasta in primo grado assorbita) ex art. 2041 c.c.; la Corte d’Appello, in riforma della sentenza

(*) I paragrafi 1-3 sono da attribuirsi a Federica Godio; i paragrafi 4-6 sono da attribuirsi a Claudio Consolo.

di I grado, rigetta nel merito la domanda contrattuale (per nullità delle delibere di affidamento dell'incarico), e rigetta in rito, ecco il punto: per tardività, la domanda *ex art. 2041 c.c.*, in quanto svolta solo con la I memoria *ex art. 183, comma 6, c.p.c.*, anziché già a verbale all'udienza, *ex art. 183, comma 5, c.p.c.* Non era stata svolta alcuna istanza di rimessione in termini *ex art. 153 c.p.c.*, pur prudenzialmente pensabile.

Gli eredi dell'originario attore propongono ricorso per cassazione censurando sia il rigetto della domanda di condanna all'adempimento (I motivo), sia la declaratoria di inammissibilità della domanda *ex art. 2041 c.c.* (II motivo).

Su questo secondo motivo la Sez. II della S.C. - dopo aver qualificato come infondato il I motivo di ricorso (con valutazione confermata poi dalle Sezioni Unite, che l'hanno formalmente rigettato) - ha ritenuto dunque rilevante e necessario interpellare le Sezioni Unite (Ord. interlocutoria 20 marzo 2017, n. 7079) sul tema della supposta tardività della domanda di arricchimento senza causa.

2. La domanda di adempimento contrattuale e quella *ex art. 2041 c.c.* sono domande aventi sicuramente ad oggetto diritti diversi?

La domanda *ex art. 2041 c.c.* proposta dall'attore che originariamente abbia chiesto la condanna all'adempimento del contratto risponde alla stessa logica della c.d. *reconventio reconventionis* (onde premunirsi contro una eccezione, seppur in senso lato, e da svolgere quindi all'udienza *ex art. 183 c.p.c.*, secondo quando dispone il suo comma 5), oppure è domanda

modificata, ammissibile sino alla I memoria *ex art. 183, comma 6, c.p.c.*?

Questo il quesito sul quale la Sez. II interroga, e le Sezioni Unite rispondono, nel secondo liberale senso.

Partiremo allora da qui, con una preliminare avvertenza però. L'alternativa prospettata postula che la domanda *ex art. 2041 c.c.* sia domanda realmente nuova, nulla di simile ad una *emendatio*, rispetto a quella di adempimento contrattuale, con la quale dunque l'attore deduce in giudizio un diritto diverso per titolo e *petitum* da quello oggetto della sua originaria domanda.

Lo dicono espressamente sia l'ordinanza interlocutoria che la sentenza in commento, la quale si richiama al precedente delle SS.UU., 22 maggio 1996, n. 4712 (1), ove già l'affermazione per cui le due domande deducono in giudizio diritti diversi, perché contraddistinti da diverse *causae petendi*. Lo dimostra, del resto, la stessa alternativa qualificatoria prospettata. Se infatti, come evidenziato in dottrina, la figura della domanda ammissibilmente modificata *ex art. 183, comma 6, n. 1, c.p.c.* non si esaurisce nella domanda nuova (ossia avente ad oggetto un diritto diverso) ma complanare, poiché anche in relazione a diritti eterodeterminati è possibile che all'introduzione in giudizio di fatti principali costitutivi nuovi e diversi (e dunque alla modifica della *causa petendi*) non corrisponda la deduzione di un nuovo diritto (2); è parimenti vero che il riferimento alla riconvenzionale (volta a reagire ad una eccezione, magari anche rilevata *ex officio*) da parte dell'attore presuppone certamente la deduzione in giudizio di un diritto

(1) V. in questa *Rivista*, 1996, 1248 ss., con nota di M. Fabiani, *Vecchio rito e nuove domande: le Sezioni Unite ripudiano l'accettazione presunta del contraddittorio*, e di G. Guarnieri, *Inammissibile la proposizione in corso di causa della domanda di indennizzo per ingiustificato arricchimento*. In tale arresto si legge che "entrambe le domande ... riguardano diritti eterodeterminati, per la cui individuazione è indispensabile il riferimento ai relativi fatti costitutivi, [si che] occorre chiedersi se questi, nelle due ipotesi indicate, costituiscono articolazioni di una matrice, in definitiva, unica, si da potersi dire che le due domande sono in qualche modo intercambiabili intorno ad un identico nucleo di fatto, o se non sia vero invece che i fatti costitutivi, che rispettivamente le individuano, divergono sensibilmente fra loro e identificano due distinte entità, nessuna delle quali può dirsi potenzialmente contenente l'altra o potenzialmente in essa contenuta". Ed al quesito le Sezioni Unite rispondevano che "appare semplificante affermare che l'attore, nel proporre in corso di causa l'azione di arricchimento, muta la situazione di fatto da lui già versata nel giudizio, limitandosi, in presenza di una causa di nullità del contratto non stipulato nelle forme di legge, a proporre una qualificazione giuridica alternativa del proprio diritto al compenso. In realtà l'attore, sostituendo alla originaria domanda contrattuale quella di arricchimento, non solo chiede un bene giuridico diverso (indennizzo) rispetto al pagamento del corrispettivo pattuito, così immutando il *petitum* mediato della propria originaria azione, ma altresì e

soprattutto introduce nel processo gli elementi costitutivi propri della nuova situazione giuridica, vale a dire la presenza e l'entità del proprio impoverimento e dell'altrui locupletazione, che costituiscono gli assi portanti della architettura fattuale della nuova pretesa e che viceversa erano privi di ogni rilievo nel rapporto contrattuale, stante la vincolatività, per se stessi, dei reciproci pesi e vantaggi delle parti in quanto previamente pattuiti".

(2) V. Merlin, *Ammissibilità della mutatio libelli da "alternatività sostanziale" nel giudizio di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 816 ss., ove si riportano, quali esempi di ipotesi in cui al mutare dei fatti costitutivi allegati in giudizio non corrisponde il mutamento dell'oggetto della domanda (e del giudizio), e dunque il diritto pur sempre eterodeterminato dedotto in giudizio, i casi di "allegazione dei fatti integranti una responsabilità per l'esercizio di attività pericolose o per danno da cose in custodia *ex art. 2050-2051 c.c.* rispetto ad una domanda inizialmente fondata sulla responsabilità 'ordinaria' *ex art. 2043 c.c.*; oppure di allegazione del compimento dell'atto dispositivo impugnato in via revocatoria dopo il sorgere del credito rispetto alla iniziale allegazione del suo compimento in epoca antecedente, o, ancora, alla allegazione dell'esecuzione di una prestazione sanitaria con violazione del dovere di raccolta del consenso informato rispetto ad una domanda risarcitoria inizialmente fondata sulla negligente esecuzione della prestazione" (spec. 818).

ulteriore e diverso da quello oggetto della originaria domanda.

Senonché, il fatto che la domanda di adempimento contrattuale e quella *ex art. 2041 c.c.* siano domande diverse, perché aventi ad oggetto due diritti diversi, è affermazione condivisa dalla giurisprudenza di legittimità, ma abbastanza stranamente tutt'altro che indiscussa in dottrina, come meglio si dirà oltre (v. *infra*, par. 5, anche per una rapida rassegna circa le differenti conseguenze che, sul piano processuale, una innaturale considerazione unitaria dell'oggetto integrale del giudizio e dunque del diritto ivi dedotto comporterebbe, abbandonando la logica delle idee e concetti chiari e distinti).

3. Le origini dell'alternativa qualificatoria *reconventio reconventionis*/domanda complanare e la soluzione delle Sezioni Unite

L'alternativa *reconventio reconventionis*/domanda complanare che la Sez. II prospettava e la sentenza in epigrafe n. 22404/2018 scioglie origina da due arresti delle Sezioni Unite: la sent. 27 dicembre 2010, n. 26128 (3), e la successiva sent. 15 giugno 2015, n. 12310 (4).

Con la prima, pronunciata a composizione di un contrasto sorto nella giurisprudenza delle sez. semplici circa l'ammissibilità, nell'ambito del giudizio di opposizione a d.i., della domanda *ex art. 2041 c.c.* proposta dal convenuto-opposto-attore sostanziale, le Sezioni Unite - accolta la premessa per cui la domanda *ex art. 2041 c.c.* è domanda ben diversa da quella di adempimento contrattuale (v. sopra, par. 2) - giunsero ad ammettere la proponibilità, da parte dell'opposto-attore sostanziale, della domanda *ex art. 2041 c.c.* Purché, però, tale domanda rispettasse i requisiti di ammissibilità dell'unico tipo di domanda che, all'epoca (ossia prima dell'intervento delle SS.UU. n. 12310/2015, che ha superato la dicotomia *lecita-emendatio/inammissibile-mutatio*), si riteneva sì nuova ma ammissibilmente formulabile dall'attore in corso di causa: la *reconventio reconventionis* appunto. E dunque purché la domanda *ex art. 2041 c.c.* configurasse reazione ad una difesa della controparte, e reazione *tempestiva* (e quindi da svolgere

alla prima occasione, ovvero addirittura entro la udienza *ex art. 183 c.p.c.*, nel giudizio di cognizione ordinaria, e, nel giudizio di opposizione a d.i., nella comparsa di costituzione e risposta, quale primo momento utile per reagire alla difesa avversaria svolta con l'atto di citazione in opposizione).

Quanto all'altro precedente, com'è noto con la fondamentale sent. n. 12310/2015 (rel. Di Iasi) le Sezioni Unite hanno chiarito che la modifica della domanda, che l'art. 183, comma 6, n. 1, c.p.c. ammette sino alla prima delle tre memorie *post* udienza, può riguardare (ed anzi, tipicamente riguarderà, altrimenti vertendosi in ambito di mera precisazione: ma v. sopra, par. 2, quanto detto sulla modifica dei fatti costitutivi del diritto eterodeterminato senza deduzione di un diritto diverso) i suoi elementi costitutivi oggettivi, ossia *petitum e/o causa petendi*. Sì che l'attività che l'art. 183, comma 1, n. 6, c.p.c. consente può certo risolversi nella formulazione di una domanda nuova, perché deducendo un diritto diverso (per oggetto e/o per titolo) da quello oggetto della domanda originaria.

Quel che rende ammissibile la introduzione in giudizio di un diritto diverso da quello originariamente fatto valere oltre la barriera preclusiva segnata dall'udienza *ex art. 183 c.p.c.*, e che quindi consente di distinguere la domanda che tale diritto deduce dalla domanda riconvenzionale di cui si occupa il comma 5, è il carattere che uno degli A. ha proposto definire come della teleologica "complanarità" (5): il diritto così introdotto in giudizio deve attenere alla medesima vicenda sostanziale già dedotta, correre tra le stesse parti, tendere dopo tutto alla realizzazione, almeno in parte, salva la differenza tecnica di *petitum* mediato, dell'utilità finale già avuta di mira dalla parte con la sua iniziativa giudiziale e dunque risultare *incompatibile* con il diritto originariamente dedotto in giudizio.

Ed è proprio questo che si richiedeva allora alle Sezioni Unite di chiarire: se tra la domanda di adempimento contrattuale e quella *ex art. 2041 c.c.* (e tra i diritti - di credito e all'indennizzo - con esse dedotti in giudizio) corresse o meno quel rapporto di complanarità (alternatività od incompatibilità, come si legge al par. 8.1 della sentenza) che avrebbe consentito la

(3) V. in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1573 ss., con nt. di S.A. Villata, *Domanda di adempimento e domanda di arricchimento ingiustificato: mutatio libelli e opposizione a decreto ingiuntivo*.

(4) Ampiamente commentata: v., senza pretese di completezza, in questa *Rivista*, 2015, 7, 961 ss., con commento di Consolo, *Le S.U. aprono alle domande "complanari": ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*; in *Riv. dir. proc.*, 2016, 807 ss., con commento di Merlin, *Ammissibilità della mutatio libelli da "alternatività sostanziale" nel giudizio di primo grado*; in *Foro it.*,

2015, 3190 ss., con nt. Motto, *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale*; ed ivi, 2016, 255 ss., con nt. Cea, *Tra "mutatio" ed "emendatio libelli": per una diversa interpretazione dell'art. 183 c.p.c.*

(5) Così Consolo, *Le S.U. aprono alle domande "complanari": ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, cit., 968 ss., spec. 969-970, cui rinviamo anche per l'analitica ricostruzione dei caratteri della domanda complanare, in rapporto pure alla, diversa, *reconventio reconventionis*.

proposizione della seconda sino alla memoria ex art. 183, comma 1, n. 6, c.p.c.

Quesito cui, giustamente, le Sezioni Unite danno risposta positiva, rilevando che tanto la domanda di adempimento contrattuale quanto quella di arricchimento senza causa “si riferiscono indubbiamente alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio”; attengono al “medesimo bene della vita, tendenzialmente inquadrabile in una pretesa di contenuto patrimoniale” (bene economico della vita, non diritto soggettivo e quindi *petitum*); e “sono legate da un rapporto di connessione ‘di incompatibilità’, non solo logica ma addirittura normativamente prevista, stante il carattere sussidiario dell’azione di arricchimento, ai sensi dell’art. 2042 c.c.” (par. 8.1, sent.).

4. La giusta precisazione delle Sezioni Unite: ammissibilità del cumulo tra domanda originaria e domanda complanare

La soluzione adottata dalle Sezioni Unite non stupisce ed anzi rallegra. Una volta chiariti con precisione - come già avevano fatto le Sezioni Unite con l’arresto del 2015 - i confini tra domanda riconvenzionale dell’attore (avente ad oggetto un diritto diverso da quello introdotto con la domanda originaria, ma con questo compatibile, sì che entrambe le domande potrebbero trovare accoglimento) e domanda “complanare” (avente ad oggetto un diritto diverso da quello dedotto originariamente in giudizio, ma incompatibile/alternativo, sì che le due domande non potrebbero trovare entrambe accoglimento), la riconduzione della domanda ex art. 2041 c.c. a questa seconda categoria appariva, per vero, doverosa.

La sentenza in commento merita dunque di essere segnalata soprattutto per un *addendum*, una importante precisazione che vale a completare il regime di proponibilità della domanda complanare, ed a superare qualche incertezza che il precedente intervento del 2015 aveva lasciato agli interpreti.

Ci riferiamo al seguente passaggio della sent. n. 12310/2015: “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”. Di qui il dubbio: tra i requisiti di ammissibilità della domanda complanare v’è pure quello dell’essere svolta in via sostitutiva di quella originaria (oggetto quindi di rinuncia agli atti (6))?

La risposta non deve essere tanto drastica e giustamente non lo è per le Sezioni Unite, per le quali, come si legge nel principio di diritto, è ammissibile “la domanda di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c. proposta, *in via subordinata*, con la prima memoria ex art. 183, 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” (par. 9, sent. in commento).

Con il che risulta chiarito - dando così seguito ad una proposta ricostruttiva già prospettata da una parte della dottrina (7) all’indomani dell’arresto del 2015 - che la domanda complanare ex art. 183, comma 1, n. 6, c.p.c. non necessariamente dovrà sostituirsi alla domanda originaria, ma potrà ad essa cumularsi (quale domanda principale o) in via vicaria.

5. ... ammissibile anche il cumulo alternativo puro o solo il cumulo subordinato?

La giusta precisazione delle Sezioni Unite non elide ogni margine di incertezza circa il regime di proponibilità della domanda complanare ex art. 183, comma 1, n. 6, c.p.c. Tra i profili che meritano di essere ancora indagati v’è anzitutto il tipo di cumulo tra domanda originaria e domanda complanare. Quella di arricchimento, è chiaro, sarà svolta in subordine perché “rende meno” all’attore, quasi per definizione (salvo rari casi contratti in assoluta perdita per il fornitore, specie di servizi).

La “connessione per incompatibilità” - cui fanno riferimento sia le Sezioni Unite del 2015, per il

(6) Se così fosse, e dunque se davvero l’attore per proporre ammissibilmente la domanda complanare dovesse previamente rinunciare alla domanda originariamente svolta, si porrebbe la questione del se tale iniziativa attorea possa essere preclusa dalla controparte che si opponga alla rinuncia (così, in critica a questo passaggio della sent. n. 12310/2015, Motto, *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale*, cit., spec. 3196). Questione che - fermo quanto si dirà nel testo, che supera questo profilo di criticità del regime della domanda complanare - per noi avrebbe dovuto risolversi, già prima dell’intervento delle Sezioni Unite del

2018, nel senso che anche a ritenere necessaria in via generale la rinuncia dell’attore alla domanda originaria, l’iniziativa del convenuto che a tale rinuncia si fosse opposto avrebbe legittimato la deduzione in via di cumulo (non incondizionato: v. oltre) della domanda complanare a quella originaria.

(7) V. così Consolo, *Le S.U. aprono alle domande “complanari”:* ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno, cit., spec. 973 e Merlin, *Ammissibilità della mutatio libelli da “alternatività sostanziale” nel giudizio di primo grado*, cit., spec. 820.

caso di domanda *ex art. 2932 c.c.* e domanda di accertamento del già intervenuto passaggio di proprietà: v. parte finale del par. 3 della sent. n. 12310/2015; e le Sezioni Unite del 2018 per il caso di domanda di adempimento contrattuale e domanda *ex art. 2041 c.c.*: par. 8.1, sent. n. 22404/2018 - origina dal nesso di *alternatività sostanziale* che corre tra i diritti oggetto della domanda originaria e di quella complanare, poiché l'uno non può esistere se esiste l'altro. Abbandonata per un attimo la prospettiva della formulazione della domanda in corso di causa, e dunque nell'ottica dell'attore che agisca proponendo già, sin dalla citazione, entrambe le domande, questo nesso sostanziale che intercorre tra i diritti che ne sono oggetto dà luogo ad un *cumulo alternativo sostanziale* (o *cumulo alternativo per incompatibilità sostanziale*) (8). Locuzione che designa non un fenomeno di cumulo condizionale (nel quale, cioè, un certo esito decisorio di una domanda è condizione di decidibilità dell'altra, destinata altrimenti a rimanere assorbita), ma di cumulo semplice, o puro, poiché il giudice deciderà sempre sulla fondatezza di entrambe le domande (9).

L'interprete è quindi chiamato a chiarire se la introduzione del diritto legato da nesso di *alternatività sostanziale* in corso di causa, e dunque la formulazione della domanda complanare, potrà avvenire in via di cumulo semplice o puro con la domanda originaria (come sarebbe stato se l'attore avesse sin da subito proposto entrambe le domande); oppure se la proposizione della domanda in corso di causa imponga all'attore di imprimere un nesso condizionale, di subordinazione, e dunque di scelta preferenziale, tra le due domande così articolate.

Ebbene, a noi pare che il riferimento operato dalle Sezioni Unite del 2015 alla "sostituzione" della

domanda complanare a quella 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 (se del caso a ciò sollecitato dal giudice, *ex art. 101*, comma 2, c.p.c., in vista della soluzione della questione di inammissibilità della domanda complanare svolta in via di cumulo semplice) quale nesso di subordinazione corre tra questa e la domanda originariamente svolta. Nesso di subordinazione che potrà vedere la domanda complanare sostituirsi, in veste di domanda principale, a quella originariamente svolta, degradata a domanda subordinata; oppure - com'è stato nel caso deciso dalla sentenza in commento - mantenendo quale principale la domanda originaria, più "ricca", e svolgendo la complanare solo per il caso di suo rigetto.

Con l'ulteriore precisazione che in tali casi, poiché tra le due domande corre un cumulo condizionale, l'accoglimento della principale darà luogo all'assorbimento dell'altra.

6. Adempimento contrattuale e arricchimento senza causa: concorso di diritti o concorso di norme (e quali diverse conseguenze per il caso in esame)?

Resta sempre da inquadrare la questione affacciata in apertura, se davvero la domanda di adempimento contrattuale e quella *ex art. 2041 c.c.* siano domande diverse, perché deducibili in giudizio due differenti diritti.

Per la giurisprudenza, lo si è visto (sopra, par. 2), è così. La dottrina, invece, si mostra divisa.

(8) Sulla logica dell'*alternatività* non possiamo che rinviare al contributo di Tarzia, *Appunti sulle domande alternative*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 253 ss.

(9) Nel cumulo alternativo sostanziale, infatti, l'accoglimento di una delle due domande determinerà sempre la decisione nel merito, di rigetto, dell'altra, proprio in ragione del nesso di *alternatività sostanziale* che corre tra i diritti con esse azionati. Tale rigetto potrà se del caso essere implicito (il che avverrà quando il giudice ritenga fondata la prima delle domande esaminate senza nulla dire sull'altra; sarà invece sicuramente esplicito se il giudice ritenga infondata tale prima domanda e fondata l'altra), ma si tratterà pur sempre di un rigetto nel merito. V. al riguardo quanto già osservato da uno degli A.: Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985, 407 ss., ove - proprio in ragione di tale caratteristica (decisione nel merito di entrambe le domande, senza assorbimento dell'una o dell'altra) - proponevamo di evitare l'impiego della locuzione "cumulo alternativo" per descrivere la fattispecie in esame, e di riservare tale formula all'ipotesi di c.d. cumulo alternativo processuale. Ossia quel cumulo tra domande aventi ad oggetto diritti contraddistinti da *causae petendi* tra loro non escludenti (ad es.

diritto all'adempimento contrattuale e diritto alla risoluzione del contratto: la *causa petendi* "contratto" è comune ad entrambi i diritti azionati), che danno luogo ad un cumulo esso sì condizionale: la decisione merita di accoglimento dell'una, determina infatti assorbimento dell'altra. Per le problematiche legate alle ipotesi di cumulo alternativo processuale, ove l'attore non esprime (imprimendo un nesso di subordinazione) una preferenza per l'accoglimento dell'una o dell'altra domanda, e lascia così al giudicante la scelta tra quale delle due pretese valutare per prima (e quindi, eventualmente, accogliere), v., anche per ulteriori riferimenti ed indagini qui non consentiti, Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, I, cit., 407 ss., e anche 12 ss., nonché *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, in questa *Rivista*, 2016, 7, 977 ss., spec. 979 ss. (sul cumulo alternativo sostanziale) e 981 ss. (sul cumulo alternativo processuale), in commento a Cass., SS.UU., 19 aprile 2016, n. 7700, le quali pure - nell'indagare i rapporti tra riproposizione e appello incidentale - riconoscono che in ipotesi di cumulo alternativo sostanziale entrambe le domande verranno decise nel merito dal giudice adito.

Presupposto comune a tutte le ricostruzioni dottrinali che qui possiamo solo brevemente affacciare è che, sul piano sostanziale (beninteso, a fronte di una medesima vicenda fattuale narrata dall'attore), tra il diritto di credito all'adempimento contrattuale e quello da indennizzo *ex art. 2041 c.c.* corra un nesso di incompatibilità che ne esclude la possibilità di coesistenza. Il diritto al pagamento della somma azionato dall'attore potrà dirsi esistente o quale prestazione contrattuale (perché l'utilità erogata dall'attore al convenuto trova titolo in un contratto, di cui si chiede l'adempimento); oppure quale indennizzo *ex art. 2041 c.c.* (perché con il suo agire l'attore ha arricchito il convenuto in assenza di un vincolo giuridico giustificante quella attribuzione patrimoniale).

Senonché per una parte della dottrina dalla situazione descritta originerebbe un unico diritto al pagamento della somma, pur diversamente quantificabile ma costituente un unitario bene della vita in senso anche tecnico. Poiché sul piano sostanziale non è possibile la coesistenza tra il diritto ad ottenere la somma quale controprestazione ed il diritto ad ottenerla a titolo di arricchimento senza causa, la vicenda sostanziale narrata dall'attore potrebbe essere sussunta o nell'art. 1453, comma 1, c.c. o nell'art. 2041 c.c. in dipendenza solo della qualificazione giuridica data alla vicenda stessa (contrattuale o no). E la qualificazione giuridica dei

fatti (o, altrimenti detto, la fattispecie legale invocata dall'attore) non è fatta rientrare comunemente nella *causa petendi*, ossia non vale ad individuare il diritto dedotto in giudizio. A tal fine rileva esclusivamente il nucleo fattuale narrato dall'attore (un tempo si diceva il *Lebenssachverhalt*). Dunque se a tale nucleo fattuale si attagliano più fattispecie astratte e tra loro incompatibili, il mutare di queste non comporta la deduzione in giudizio di un diritto diverso (10).

Secondo altra parte della dottrina, invece, sarebbero qui configurabili due diritti e dunque due domande. Per alcuni tale conclusione è imposta dalla considerazione per cui le due fattispecie giuridiche sono caratterizzate da fatti almeno in parte diversi, e tale diversità darebbe per ciò luogo a diritti diversi (ancorché incompatibili sul piano sostanziale) (11). Altri, invece, convincentemente, fanno piuttosto leva sulla circostanza che l'impossibilità di coesistenza, sul piano sostanziale dei diritti originati dalle alternative fattispecie giuridiche astratte nelle quali i fatti narrati possono essere sussunti non è sufficiente a far ritenere unitario l'oggetto del giudizio, se da tali fattispecie derivano, per la parte, utilità giuridiche diverse. In questi casi, ferma l'impossibilità di coesistenza sul piano sostanziale, si dovrà riconoscere che la parte, riferendosi all'una o all'altra fattispecie, deduce in giudizio due diritti diversi (12).

(10) Per l'unicità del diritto, seppur con non marginali differenze, v. Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da Allorio, II, 1, Torino, 1980, spec. 209, e prima in *Interruzione della prescrizione ed arricchimento dedotto in corso del processo*, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 1230 ss. L'A., per vero, non si occupa direttamente della fattispecie in esame (somma di denaro dovuta a titolo di adempimento contrattuale o di arricchimento senza causa), ma di quella vicina, ove la somma sia pretesa o a titolo di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale o a titolo di arricchimento (anche alla luce dell'indirizzo giurisprudenziale allora vigente che escludeva si fosse in presenza di *mutatio* o domanda nuova in appello ove l'attore avesse dedotto l'arricchimento dopo aver chiesto il risarcimento dei danni da inadempimento). Per l'A., pur sussistendo qui una differenza tra le due figure (relativa non solo al *quantum* del diritto, ma anche alla diversità dei fatti rilevanti), avrebbe comunque dovuto ammettersi l'unicità dell'oggetto del giudizio, il "criterio risolutivo [sarebbe dato dalla] unicità del diritto generato dalle diverse fattispecie in cui l'accadimento può essere sussunto". V. altresì Menchini, *Il giudicato civile*, Torino, 2002, spec. 128-129, per il quale nell'ipotesi in discorso sarebbe configurabile un unico diritto perché unico è il fatto costitutivo in quanto tra le norme astrattamente rilevanti (1453, comma 1 e 2041 c.c.) v'è una relazione di esclusione, per cui l'accadimento storico può integrare alternativamente o l'una o l'altra (v. altresì Id., *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 250 ss., ove il caso in esame è ricondotto alle fattispecie legate da una "relazione di esclusione", poiché "hanno una parte in comune, ma ciascuna di esse prevede un elemento ulteriore, la cui sussistenza è incompatibile con quella della circostanza caratterizzante l'altra ... L'impossibilità di applicare alla medesima relazione di vita due norme, tra le quali corra una relazione di

questo tipo, è intuitiva; non potendo coesistere gli elementi, che contraddistinguono l'una fattispecie rispetto all'altra, il fatto storico non può, per definizione, integrarle entrambe, cosicché una sola è la pretesa sostanziale, che nasce in favore dell'interessato"). In generale, sul tema del concorso di norme, diritti ed azioni, e per l'attenta critica alla sua configurabilità, v. l'ampia trattazione di Chizzini, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Art. 2907, Milano, 2018, 553 ss., anche con esaustivi riferimenti alla dottrina tedesca.

(11) Così S.A. Villata, *Domanda di adempimento e domanda di arricchimento ingiustificato: mutatio libelli e opposizione a decreto ingiuntivo*, cit., 1583. Faceva leva sulla diversità della *causa petendi*, e quindi anche del *petitum*, già G. Guarnieri, *Inammissibile la proposizione in corso di causa della domanda di indennizzo per ingiustificato arricchimento*, cit., 1262.

(12) Così Merlin, *Ammissibilità della mutatio libelli da "alternatività sostanziale" nel giudizio di primo grado*, cit., spec. 823-824: "sul piano del processo i diritti si affacciano in chiave di ipoteticità, sicché stabilire se le diverse ipotetiche affermazioni vadano sussunte in termini di unicità o pluralità dei *thema decidendum* non può di per sé dipendere dal fatto che, secondo il diritto sostanziale, uno solo sia il diritto effettivamente spettante. Ciò che conta, sul piano processuale, è piuttosto se le ipotetiche affermazioni corrispondano a diritti diversi (anche se non suscettibili di coesistenza sul piano sostanziale) in ragione della diversità dell'utilità giuridica assicurata dall'applicazione dell'una o dell'altra fattispecie legale e dunque del bene giuridico che la domanda mette in gioco nella lite ... e non può dubitarsi, mi pare, che diverse siano le utilità del corrispettivo contrattuale o dell'indennità per indebito arricchimento ...". Concordiamo noi pure con tale rilievo che ci consente di meglio mettere a fuoco quanto osservato, ormai quasi trent'anni fa nella ns. voce (Consolo) *Domanda giudiziale*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, IV, Torino,

L'adesione a questa seconda impostazione non muta i termini del discorso come impostati dalle Sezioni Unite: poiché la domanda *ex art. 2041 c.c.* deduce in giudizio un diritto diverso da quello oggetto della domanda *ex art. 1453, comma 1, c.c.*, appare corretto discorrere di domanda (nuova sì, ma ammissibile perché) complanare. Altrettanto non può dirsi, invece, ove si acceda all'impostazione dottrinale, seducente ed autorevole, per prima ricordata, che ravvisa qui l'unicità dell'oggetto del giudizio. Più corretto risulta, in questo caso, parlare di domanda modificata, *ex art. 183, comma 1, n. 6, c.p.c.*

Poiché tanto l'attività di formulazione della domanda complanare quanto quella di modificazione della domanda già svolta (con allegazione di fatti, ovviamente non individuatori di un diverso diritto, ché altrimenti si ricadrebbe nella deduzione in giudizio di un diverso diritto) condividono il medesimo limite temporale - I memoria 183 -, l'alternativa prospettata in dottrina parrebbe priva di gran conseguenze in relazione al quesito che le Sez. Un. dovevano risolvere. A bene vedere, però, non è in tutto così irrilevante.

Infatti, è certo vero che la memoria *ex art. 183, comma 6, n. 1, c.p.c.* segna il limite temporale per l'allegazione dei fatti integranti la diversa e alternativa fattispecie giuridica (ad es. arricchimento altrui e depauperamento proprio, oppure avvenuta conclusione di un contratto, a seconda che la domanda fosse stata originariamente impostata dall'attore come domanda di adempimento contrattuale, o arricchimento senza causa). Questo, però, non perché si tratti di fatti individualizzanti il diritto (se così fosse la loro allegazione determinerebbe la deduzione in giudizio di un diritto diverso, che l'impostazione dottrinale che si sta seguendo esclude), ma perché tali fatti rileverebbero per la dimostrazione di esistenza del diritto e dunque fondatezza della domanda. La logica,

quindi, non sarebbe dissimile da quella che governa l'allegazione dei fatti costitutivi del diritto autodeterminato: tali fatti (essi pure non individualizzanti il diritto autodeterminato) dovranno essere allegati in vista della fondatezza della domanda, ed entro il limite della I memoria *ex art. 183, comma 6, c.p.c.*, per consentire che sugli stessi si svolga appieno il contraddittorio delle parti (13).

Tuttavia - e questa è una prima, non marginale, differenza rispetto all'ipotesi di reputata distinta domanda seppur complanare - se tali fatti risultassero già allegati dall'attore (14), oppure dal convenuto (15), nulla vieterebbe all'attore di valorizzarli formulando, in forza degli stessi, conclusioni relative alla fattispecie giuridica alternativa a quella originariamente invocata anche oltre il termine della I memoria 183. Diremmo sino all'udienza di p.c., ed anche in fase di gravame, non ostandovi il comma 1 dello art. 345, e neppure le inferenze traibili dal suo comma 2.

Inoltre (seconda differenza), poiché l'allegazione di tali fatti non comporta la deduzione in giudizio di un diritto diverso, non ci pare possa in forza del principio dispositivo sostanziale davvero richiedersi all'attore, al fine dell'ammissibilità della modificazione, di sciogliere il dubbio giuridico perlopiù sotteso alla incompatibilità e dunque specificare quale delle due possibili qualificazioni giuridiche (giustificate dai fatti allegati con la citazione, l'una, e con la I memoria 183 l'altra) prediliga veder accolta (mentre, si è visto, l'attore dovrà specificare il rapporto di subordinazione intercorrente tra domanda originaria e ogni vera, cioè distinta, domanda complanare: v. sopra, par. 5).

Infine (terza differenza) la diversa qualificazione giuridica dei fatti, purché allegati, potrebbe essere valorizzata anche d'ufficio dal giudice in vista dell'accoglimento della domanda alla luce della diversa fattispecie giuridica rilevata d'ufficio, secondo il

1990, spec. par. 28. È senz'altro vero che ragionando solo in termini di esclusione, in vista della individuazione del diritto dedotto in giudizio, della fattispecie legale, anche il caso esaminato dalle Sezioni Unite dovrebbe configurare mera modifica dell'originaria domanda ("nelle ipotesi che si sono chiamate di domande eterodeterminate, cambiare il fatto costitutivo implicherà un mutamento del diritto e quindi della domanda. Si noti: fatto costitutivo assunto qui non solo quale evento storico della vita, come è stato rilevato in tema di concorso di diritti; quindi non sarà contestabile che in corso di causa si possa passare, ad es., giusta le pur dibattute premesse sopra poste, e pur se talora ciò implichi allegazione di nuove circostanze di fatto, dall'azione contrattuale a quella extracontrattuale, da quella cambiaria a quella causale; dalla domanda contrattuale (ad es. basata sull'appalto o sulla somministrazione) a quella generale di arricchimento *ex art. 2041 c.c.*, caso nel quale ben si vede l'esigenza di allegazione di nuovi fatti"). È però parimenti vero che la alternatività tra fattispecie legali nell'ambito delle quali l'episodio della vita narrato dall'attore può astrattamente sussumersi non può portare ad

obliterare la divergenza eventualmente sussistente tra le stesse, e a configurare così non la deduzione di un unico diritto, pur se alternativamente giustificabile sul piano della *causa petendi*, ma la deduzione di due diritti, ancorché incompatibili sul piano sostanziale.

(13) V. Consolo, *Domande autodeterminate e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1406 ss., spec. 1407-1409.

(14) Che, ad es., in citazione, nel chiedere l'adempimento contrattuale abbia evidenziato le spese sostenute per porre in essere la sua prestazione, ed il vantaggio così ottenuto dal convenuto.

(15) Che nel difendersi da una azione contrattuale abbia allegato che il titolo negoziale invocato dall'attore non sussiste, perché si tratta di mera punteggiatura mai sfociata in un contratto, o perché il contratto è stato consensualmente risolto dalle parti prima che l'attore ponesse in essere il comportamento "adempiente".

principio *iura novit curia* (e previa attivazione del contraddittorio, arg. ex art. 101, comma 2, c.p.c.) (16). Si tratta dunque di differenze niente affatto marginali, che pur non esauriscono i profili in relazione ai quali l'adesione all'una o all'altra

impostazione dottrinale si rivela foriera di assai pregnanti diverse conseguenze (si pensi, sopra tutto, all'ambito oggettivo del giudicato (17), che i limiti di questa nota non consentono tuttavia ora di indagare).

(16) In senso contrario v. Motto, *Domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. e domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà: mutatio o emendatio libelli?*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 1028 ss. L'A. si occupa del passaggio da domanda ex art. 2932 c.c. a domanda di accertamento della proprietà in base a preliminarare improprio, e lo qualifica in termini non di formulazione di domanda complanare, ma di mera modificazione dell'unica domanda, che lascia invariato il bene della vita ricercato dall'attore (proprietà dell'immobile). Pur accolta dall'A. questa, per noi non condivisibile, premessa (v. quanto osservato in Consolo, *Le S.U. aprono alle domande "complanari": ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumulano*, cit., 968 ss., spec. 969-970: siamo qui in presenza di diversi *petita*, conseguenti a diverse qualificazioni della *causa petendi*) - l'A. esclude che il giudice possa, d'ufficio, diversamente qualificare il titolo della domanda (preliminare proprio/improprio) e per tale via giungere ad erogare la tutela appropriata al diritto dedotto in giudizio (costitutiva/di accertamento), se l'attore non abbia espressamente richiesto l'erogazione di tale tutela. La conclusione così raggiunta non ci persuade sino in fondo: se il diritto dedotto in giudizio è unico, perché i fatti narrati dall'attore possono essere sussunti in due alternative fattispecie legali tra le quali non intercorre una diversa utilità a favore dell'attore (v. sopra, nel testo), allora non si potrà negare il potere del giudice di qualificare diversamente i fatti narrati, in vista dell'accoglimento della domanda. Il rilievo per cui il principio *iura novit curia* trova un limite nel tipo di tutela la cui erogazione è richiesta dalla parte, non consente quindi di escludere il potere del giudice di qualificare diversamente i fatti in vista del riconoscimento dell'unico diritto dedotto in giudizio (come, in ultimo, pare sostenere l'A. con cui qui dialoghiamo), ma deve portare ad escludere, a monte, che possa dirsi unico il diritto, e così l'oggetto del giudizio, ove al mutare della qualificazione giuridica dei fatti muti altresì la tutela erogabile.

(17) Come condivisibilmente rimarcato in dottrina, una delle principali ricadute dell'alternativa domanda complanare/domanda (solo) modificata è data dall'ambito oggettivo del giudicato: v., con specifico riguardo alla fattispecie decisa da Cass., SS.UU., n. 12310/2015 (contratto preliminare/preliminare improprio), Merlin, *Ammissibilità della mutatio libelli da "alternatività sostanziale" nel giudizio di primo grado*, cit., spec. 824 ss. In rilievo viene, in particolare, l'ambito oggettivo del giudicato di rigetto: se infatti il diritto è unico, il giudicato di rigetto precluderà all'attore, per *ne bis in idem*, di azionare il diritto in un successivo giudizio pur se ivi si invochi la diversa fattispecie giuridica astrattamente applicabile ai fatti già dedotti nel primo giudizio, ed anche se in quella sede nulla sia stato detto in relazione a tale alternativa qualificazione giuridica (dà conto di questa conseguenza dell'impostazione accolta ad es. Menchini, *I limiti*

oggettivi del giudicato civile, cit., spec. 251). Se invece si ritiene che il diritto all'adempimento contrattuale sia diverso dal diritto all'indennizzo ex art. 2041 c.c., è chiaro che il rigetto, ancorché passato in giudicato, dell'una domanda non precluderà all'attore di proporre l'altra, che deduce in giudizio un diritto estraneo all'ambito oggettivo del primo processo (v. appunto Merlin, *Ammissibilità della mutatio libelli da "alternatività sostanziale" nel giudizio di primo grado*, cit., spec. 824 ss.). Da tale conclusione pare dissentire Motto, *Domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. e domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà: mutatio o emendatio libelli?*, cit., 1028 ss. L'A., si è visto (v. sopra, nt. precedente), parte dal presupposto che la domanda fondata sul preliminarare improprio e quella ex art. 2932 c.c. deducano in giudizio il medesimo diritto (e si tratti dunque di mere modificazioni dell'unica domanda svolta). Ciò nonostante, per l'A., l'efficacia preclusiva del giudicato di rigetto reso all'esito di un giudizio nel quale l'attore abbia invocato solo una delle due alternative qualificazioni del titolo, e così chiesto l'erogazione solo della corrispondente tutela (di accertamento/costitutiva), andrebbe vagliata alla luce del motivo portante del rigetto (che, se dato dell'erronea richiesta di tutela - l'attore chiede sentenza costitutiva, ma è già proprietario in base al contratto, che va qualificato quale preliminarare improprio; oppure chiede l'accertamento della proprietà, ed invece avrebbe dovuto formulare richiesta di sentenza costitutiva degli effetti del definitivo non concluso ex art. 2932 c.c. - allora escluderebbe l'effetto preclusivo del giudicato nel successivo giudizio in cui l'attore invochi la tutela non invocata nel primo). Tale costruzione poggia sull'idea che, in assenza di una espressa manifestazione di volontà dell'attore di ottenere l'erogazione della tutela coerente con la qualificazione del titolo ritenuta corretta dal giudice, questi dovrà rigettare la domanda proposta, senza possibilità di accoglierla in forza della qualificazione giuridica del titolo non invocata dall'attore. Affermazione che, come detto (v. nt. precedente), non ci convince. Da un lato, infatti, se alla diversa qualificazione giuridica del titolo corrisponde una diversa tutela erogabile, saremo di fronte a due diritti diversi, anche se complanari. Dall'altro, nelle ipotesi di (reale) unicità del diritto oggetto del giudizio, la sentenza che rigetti la domanda dell'attore non potrà che fare stato in relazione a tutti i possibili titoli acquisitivi di quel diritto (dedotti o meno che siano stati, purché - ovviamente - deducibili in quel giudizio). Quanto agli effetti del giudicato di accoglimento, anche quanti riconoscono l'esistenza di due diversi diritti, ammettono che tale giudicato verrà in rilievo nel successivo giudizio instaurato dall'attore ed avente ad oggetto il diverso diritto non dedotto nel primo (v. S.A. Villata, *Domanda di adempimento e domanda di arricchimento ingiustificato: mutatio libelli e opposizione a decreto ingiuntivo*, cit., spec. 1584). Non per *ne bis in idem*, ma per l'effetto conformativo del giudicato su diritti non dedotti in giudizio ma incompatibili.