

## LA NULLITÀ SELETTIVA QUALE EPIFANIA DI UNA DEROGA ALL'INTEGRALITÀ DELLE RESTITUZIONI: L'INVESTITORE È COME IL CONTRAENTE INCAPACE?

Di Stefano Pagliantini

| 123

**SOMMARIO:** 1. *Premessa.* – 2. *La narrazione delle S.U. 28314/2019.* – 3. *Nullità del contratto asimmetrico e restituzioni.* – 4. *La ripetizione dell'indebitato dal punto di vista del contraente debole.* – 5. *Il prototipo codicistico di uno statuto restitutorio di protezione (artt. 1443 e 2039 c.c.).* – *Postilla.*

**ABSTRACT.** *Con un bilanciamento che nessuno poteva presagire, le S.U. hanno sentenziato di una nullità di protezione che deroga tanto al disposto dell'art. 1421 quanto dell'art. 1422 cc. Il diritto alla ripetizione del solo investitore incontra il limite di un'eccezione di slealtà laddove il suo danno sia inferiore al lucro tratto.*

*Il saggio cerca di evidenziare la novitas di uno statuto restitutorio ad hoc per il contratto asimmetrico nullo che sia stato eseguito.*

*Addressing a balance that no one could predict, the Italian Supreme Court has sentenced a nullity of protection, which derogates from the provisions of art. 1421 and art. 1422 cc. The right of restitution of the investor meets the limit of an exception of disloyalty, where his damage is less than the profit made.*

*The essay highlights the novelty of a tailor-made restitutive statute for the invalid asymmetric contract that has been executed.*



## 1. Premessa.

Se, anziché nella Parigi del XVIII secolo, travolta da una crisi finanziaria senza precedenti, Usbek ed il suo giovane amico Rica, i due brillanti intellettuali protagonisti delle *Lettres persanes* (Amsterdam, 1721), si trovassero a soggiornare nell'Italia odierna, c'è una maniera succosa con la quale riuscirebbero a decrittare il displuvio di significati radicato nel sintagma enigmatico, e tutto italiano, di “nullità selettiva”? Sempre che ne esista una, naturalmente, è nostra impressione che la formula maieutica più acconcia, in quanto munita del maggior grado di approssimazione al vero, potrebbe essere la seguente: la nullità selettiva è un problema di *misura* della tutela obbligatoria spettante ad un investitore *solvens sine causa*. Dopo di che, se la faccenda si situa nell'intersezione tra nullità (del contratto quadro) e ripetizione (dell'indebito), diventa vistosamente consequenziale, come fanno adesso le S.U. 28314/2019, declinarla secondo lo spartito di un'esperibilità della tutela restitutoria riguardata *in negativo*, cioè rapportandola al fatto di un'esecuzione interinale che potrebbe ostare al suo svolgersi.

Se dall'alta lezione di Enzo Roppo, al quale questo scritto è dedicato, possiamo trarre una miriade di spunti fecondi, tra i più preziosi c'è senz'altro quello nel quale Egli scrive di una legittimazione relativa (della nullità) la quale, riducendo «il rischio d'impugnativa del contratto, increment[a] le possibilità che [questo] contratto, ancorché invalido, continui a operare»<sup>1</sup>. Sulla scorta di questa premessa vien facile infatti domandarsi se il nuovo mondo del “di protezione “non conosca, in realtà, la zona oscura di una nullità (non parziale) ma *del* contratto che vacilla quando le *conseguenze* derivanti dall'accertamento del vizio si racchiudano in un'appendice restitutoria penalizzante per la parte cliente, *outsider*, ci direbbe Roppo, rispetto all'affare. Siamo così dalle parti del *rimedio*, se tale è il dispositivo che sia «in stretto e diretto rapporto dialogico» con un dato interesse<sup>2</sup>, che può ricavarsi soltanto *a posteriori* giacché è parametrato sulla peculiare «natura dell'interesse da soddisfare, valutato in concreto nei suoi elementi specifici soggettivi e oggettivi»<sup>3</sup>: con insuperabile espressività, Giuseppe Benedetti direbbe, probabilmente, che tutto ad un

tratto ci troviamo calati in una dimensione che è quella tipica di un'ermeneutica dell'effettività<sup>4</sup>, se (sottinteso) il problema divisato si risolve, come vedremo, in un'applicazione selettiva delle sole norme codicistiche *non* in conflitto con la *ratio* del rimedio riconosciuto all'investitore. Già Rodolfo Sacco, del resto, ci ha insegnato che la ripetizione dell'indebito può mostrarsi, all'occorrenza, come una tecnica espressiva di una «protezione insufficiente»<sup>5</sup>: e, notiamo adesivamente, non si vede per quale ragione così dovremmo etichettarla soltanto quando si faccia questione di prestazione del lavoratore.

## 2. La narrazione delle S.U. 28314/2019.

Siccome la narrazione, se la inquadrriamo nella cornice della dicotomia interpretativa che ha originato la rimessione alle S.U., è arcinota, un sunto basta ed avanza: una nullità selettiva *ad libitum* scopertamente tratteggia una fattispecie che vede l'investitore trasformato in un soggetto titolare di una copertura assicurativa, a carico dell'intermediario, per ogni minusvalenza rampollante da un ordine in perdita. È *in re ipsa* qui, se non si coniano dei correttivi preposti a fare da schermo, che il “di protezione” dell'art. 23 T.U.F. verrà ad ottimizzare delle forme di opportunismo postcontrattuale in quanto è come se dicessimo che, rispetto all'ordine *in default*, l'investitore vanta una specie «di *put option* a costo zero»<sup>6</sup>, con un *moral hazard* che si mostra così, di per sé diremmo, meritevole di tutela. Anche un'antiselettività in purezza, già ci è capitato di scriverlo<sup>7</sup>, non scherza però: visto che è il titolo che tutto tiene, un giudicato di nullità retroattiva del contratto – quadro finisce infatti per conculcare apertamente la tutela dell'investitore, se è vero che la reciprocità dell'obbligo restitutorio, laddove non pareggi, potrebbe pure ribaltare «il segno della condanna»<sup>8</sup>, con un credito restitutorio a vantaggio dell'intermediario. Il che, detto di passata, stride pure in una chiave di effettività (della tutela) eurounitaria (artt. 38 e 47 CDFUE), essendo pacifico per la Corte di giustizia che la *asettività* dell'indebito è motivo di una (eccezionale) integrazione dispositiva del contratto, onde evitare gli effetti di una nullità totale sconveniente per il consu-

<sup>1</sup> Vedilo in *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, ora in ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011<sup>3</sup>, 71.

<sup>2</sup> Così, limpidamente, SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1057.

<sup>3</sup> Nonché «nella trama delle infinitamente variabili circostanze fattuali che fanno da quadro e contesto allo stesso interesse»: cfr. SCALISI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>4</sup> Cfr. BENEDETTI, “Ritorno al diritto” ed *ermeneutica dell'effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 513.

<sup>5</sup> In *Contratto di fatto*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ., Agg.*<sup>5</sup>, Torino, 2010, 437.

<sup>6</sup> Così VITELLI, *Investimenti fuori sede e diritto di ripensamento ex art. 30 T.U.F.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019,

<sup>7</sup> In *La nullità di protezione come una nullità selettiva?*, in questa rivista, 2019, I, 980 ss.

<sup>8</sup> Così MAFFEIS, *Nullità selettiva? Le Sezioni Unite e la buona fede dell'investitore nel processo*, in *Dirittobancario.it*, 2019.



matore. Di qui, eccoci già arrivati al punto, la “terza via” temperante ideata, a mo’ di verità ascosa, dalle S.U. odierne: caduto il contratto – quadro, il solo investitore ha diritto alla ripetizione con una facoltà, di domandare la restituzione dei soli ordini in perdita, paralizzabile per il tramite di un’eccezione di buona fede che l’intermediario, spogliato invece dello speculare diritto a domandare la restituzione delle cedole rimosse, può opporre, in tutto od in parte, secondo una logica di sottrazione aritmetica tra poste negative e positive. Esemplificando, se il risultato utile dell’azione di nullità è 100, ma l’investitore ha guadagnato 90, si riduce in proporzione senza mai però oltrepassare lo 0 in quanto, siccome è inibita la restituzione a suo danno, per le S.U. odierne l’investitore trattiene comunque quanto abbia *medio tempore* lucrato. Una penna autorevole scrive che «a venire in questione [è così] la determinazione ... della misura in cui il diritto di ripetizione spetta [all’investitore]<sup>9</sup>: in piena sintonia noi diciamo che, siccome se l’investitore è *in bonis* allora avremo un art. 2033 c.c. che si disapplica, la cifra di queste S.U. vede in realtà il canovaccio di una *ripetizione unilaterale* che può evolversi in un’*irripetibilità bilaterale*. Una nullità a *retroattività debole* o *irretroattiva*, al fine di scongiurare il prodursi di un arricchimento senza causa dell’investitore, può candidarsi così a formula che espressivamente cattura l’essenza di un ragionevole bilanciamento, tra i contrapposti interessi dell’investitore e dell’intermediario, entrambi muniti di un sicuro fondamento costituzionale (artt. 41 e 47 Cost.). *Prima facie* però niente di strabiliante atteso che una nullità *de futuro*, cioè irretroattiva, o parzialmente retroattiva si colloca nei dintorni del risultato messo in forma da un art. 2126, c. 1, c.c., notoriamente recitante di una nullità che *non* produce effetto “per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione”. Non v’è infatti chi non lo veda: un danno differenziale, che perimetra gli effetti propri di una declaratoria di nullità, innesca una vicenda, posizionata fuori dai canoni della *condictio*, nella quale nullità piena e validità (del contratto quadro) è come se venissero a coesistere. Per l’investitore, riguardato come un contraente strutturalmente debole, *tertium non datur*: o non ripete o lo fa nella misura in cui la sua minusvalenza supera la plusvalenza a motivo del correttivo di una buona fede che ha la virtù di garantire effetti diversi da quelli restitutori. Tradotto, siccome la restituzione non può essere in suo danno, *melior est condicio possidentis*, con un limite che funziona pure così rispetto all’azione di arricchimento *ex art. 2041 c.c.*: epperò, se ha

guadagnato più di quanto abbia perduto, c’è una *re-tentio* dell’intermediario che si giustifica quale reazione dell’ordinamento all’*abuso* di una pretesa restitutoria. La palla così ripassa ai giudici di merito, quali Corti preposte a mediare tra gli «interessi in conflitto nella fattispecie concreta»<sup>10</sup>, chiamate qui nello specifico a verificare quando il comportamento dell’investitore non venga ad infrangere il «fondamentale principio di buona fede»<sup>11</sup>.

### 3. Nullità del contratto asimmetrico e restituzioni.

Avendo già peccato, e per ben due volte<sup>12</sup>, la facciamo breve: tutto naturalmente si tiene se conveniamo, alla maniera delle S.U., che lo statuto di eccezione delle nullità di protezione non è più *singolo* ma *doppio*, con una deroga testuale all’art. 1421 che si irradia così agli effetti di una declaratoria di nullità che non intercetterebbe più, perciò, la lettera dell’art. 1422 c.c. Alla critica, non certo asfittica<sup>13</sup>, che una deroga alla disciplina dell’indebito o è *testuale* oppure non si dà in quanto sistemicamente irrazionale, può replicarsi che le S.U. ragionano di un’eccezione sì *virtuale* ma orientata allo scopo della norma violata, dando così per buona una *Stufenbau der Wichtigkeit* che la dottrina italiana pur sempre rievoca, quando discorre, con più di un costruito tra l’altro, di un *polimorfismo* odierno delle nullità. E poi, come si fa notare con stringente realismo, non è forse vero che una nomenclatura legislativa claudicante dilata «inevitabilmente lo spazio dell’integrazione di fonte giurisprudenziale»?<sup>14</sup>

Quindi, al di là di qualche inestetismo argomentativo sulle funzioni della buona fede<sup>15</sup>, nessuna aporia eclatante anche a motivo del fatto che l’interprete, ci sembra, dovrebbe piuttosto focalizzarsi su quel passo della motivazione ove le S.U.

<sup>10</sup> Così PASSAGNOLI, *Invalità del contratto e restituzioni*, in *Persona e mercato*, 2014, 107.

<sup>11</sup> Cfr. RORDORF, *op. loc. ult. cit.*

<sup>12</sup> In *L’irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un’eccezione ex fide bona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, in corso di stampa e, più ampiamente, in *Le stagioni della nullità selettiva (e del “di protezione”)*, in *Contratti*, 2020, anch’essa in corso di stampa.

<sup>13</sup> V. C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive: tra costruzione giurisprudenziale di uno statuto normativo delle nullità di protezione e valorizzazione dell’eccezione di buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, in corso di stampa.

<sup>14</sup> Così RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d’investimento finanziario*, cit.

<sup>15</sup> Che, se vogliamo, possiamo pure riguardare a guisa di un principio maneggiato per «veicolare una soluzione altrimenti priva di una ben riconoscibile base legale»: così RORDORF, *op. loc. ult. cit.*

<sup>9</sup> V. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d’investimento finanziario*, in *Questione giustizia*, 2020.



sentenziano di un effetto impeditivo, va da sé dell'azione restitutoria, etichettato come "integrale" quando il *petitum* dell'investitore dovesse risultare pari od inferiore al profitto ottenuto. Orbene, stante la circostanza che l'art. 23 T.U.F. codifica una legittimazione relativa ma non contempla, lo ribadiamo, una deroga espressa agli artt. 2033 ss., ne dobbiamo dedurre che le S.U. odierne avviano, in realtà, una riscrittura dell'art. 1422 c.c. quando il contratto caduco sia asimmetrico? Visto che pure la nullità di protezione può costituire il presupposto di obbligazioni restitutorie, diviene infatti intuitivo che il parcelizzare, alla maniera delle S.U., gli effetti di una declaratoria di nullità equivale a foggiare una disciplina *ad hoc* per l'indebito allorché, ecco il punto, la nullità di protezione (non sia *nel*) bensì *di un* contratto eseguito. Torna in auge, quand'è così, l'intuizione che fu di Stella Richter<sup>16</sup>, di un'interpretazione delle disposizioni eponime degli artt. 2126 e 2332 c.c. non già quali previsioni eccezionali bensì come un'epifania del principio più generale per cui, «in tutti i rapporti di durata, la irretroattività non è connaturata soltanto alla risoluzione, ma altresì all'accertata invalidità del contratto». Un intuizione rimasta però lettera morta se si tiene conto intanto del fatto che già le S.U. 1613/1989 esclusero l'applicazione analogica dell'art. 2126 e poi della circostanza concorrente che ogni *facere*, quantunque non in natura, è restituibile per equivalente o come arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c.

Preso da questa angolazione, com'è autoevidente, il discorso si fa però intrigante per l'elementare ragione che, se il *posterius* delle nullità prime non è che abbia mai calamitato granché l'attenzione della dottrina, quello delle nullità seconde è stato ancor meno compulsato, complice pure la circostanza che la sicura specialità degli artt. 125-*bis*, c. 9 T.U.B., 167, c. 2, c. ass. priv., 67-*septiesdecies*, c. 5, c. cons e 2, c. 1, l. n. 192/98 ne ha accreditato una lettura quali luoghi illustranti dei dispositivi sì deroganti al diritto comune ma, in pari tempo, di stretta interpretazione<sup>17</sup>. Più di uno spunto stimolante, è vero, lo offrirebbero due succosi contributi<sup>18</sup>, apparsi a distanza di un decennio l'uno dall'altro, il cui diverso argomentare non incide sull'idea (portante) di instaurare o costruire un *continuum* tra tutela contrattuale di annientamento e tutela restitutoria sì da evi-

tare, rieccoci al punto, che un'asettica *restitutio in integrum* dischiuda un diritto di ripetere in aperto conflitto con la *ratio* del rimedio primario. È esattamente il dire, per tornare alla pagina di quella penna autorevole che adesso stipulativamente parla di una *nullità unilaterale*<sup>19</sup>, di una Corte che maneggia il "di protezione" come un genitivo performativo dell'azione di ripetizione, avendola stilizzata quale unilaterale e però pure, al tempo stesso, come sempre da rapportarsi allo "zoccolo duro" della misura del guadagno ottenuto. Se non fosse che non ci risulta che l'intuizione esposta abbia fatto però breccia, tuttora dominando la scena una rappresentazione della ripetizione quale rimedio puramente ripristinatorio del tutto indipendente, perché *neutrale*, da una «qualsiasi finalità protettiva del contraente [debole]»<sup>20</sup>. A supporre che, nella galassia dei contratti asimmetrici, lo statuto delle obbligazioni restitutorie debba improntarsi non ad un diritto comune, ritualizzante un assetto che mette in scacco il "di protezione", quanto e piuttosto ad una *specialità di riequilibrio*, tarata va da sé sul tipo di operazione economica eseguita, la torsione normativa, troviamo scritto, diviene macroscopica: perché è come se sostituissimo *ope interpretationis* al binomio buona/mala fede l'accoppiata, più *politically correct*, «contraente forte/contraente debole»<sup>21</sup>.

Ecco allora la domanda: con una *communis opinio* che restituisce l'istantanea di una ripetizione quale tecnica recuperatoria in senso stretto, è all'integrazione di fonte giurisprudenziale che deve guardarsi per provare a capire se la nullità (non parziale) ma del contratto asimmetrico a) si inserisce nel sistema dell'indebito oggettivo e, nel caso così dovesse risultare, lo fa b) restando ad esso solidalmente avvinta? Una nullità di protezione, basculante tra una retroattività in senso debole ed una irretroattività, è pur sempre una nullità nella quale il fatto di un'esecuzione (parzialmente o totalmente) soddisfattiva viene reputata, per dirlo *à la* Moscati<sup>22</sup>, come una *giusta* causa dell'incremento patrimoniale

<sup>19</sup> V. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, cit. L'antesignano di una siffatta impostazione è, in realtà, Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Rist. Camerino – Napoli, 1994, 469 laddove scrive di una nullità relativa quale figura, che si manifesta *oggettivamente*, carente di effetti nei riguardi di «certi interessati» e produttiva delle «conseguenze che gli son proprie riguardo ad altre persone». Per Betti, notiamo, la nullità relativa è una questione prettamente processuale, legata alla circostanza che esiste di diritto, senza che «l'interessato non abbia l'onere di una iniziativa» (471, nt. 20).

<sup>20</sup> Così ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, cit. 1206.

<sup>21</sup> Così ZAPPATA, *Le restituzioni nei contratti nulli*, in DE NOVA (a cura di), *Le restituzioni contrattuali*, Padova, 2012, 148.

<sup>22</sup> In *Pagamento dell'indebito*, in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1981, *sub* artt. 2033 – 2040, 160 – 163.





lucrato dall'*accipiens* investitore: il quale, e non a caso, è messo pure al riparo da una contro-pretesa (dell'intermediario) di arricchimento ingiustificato. È qui, tutta rinserrata in questo spicchio, che l'irripetibilità può, se lo si vuole, riguardarsi come una *sanzione civile indiretta* a carico dell'intermediario<sup>23</sup>, la cui eccezione di slealtà è a rime obbligate: non è forse vero, d'altra parte, che se l'investitore trattiene il lucro conseguito, potrà pure reinvestirlo negoziando per es. con un altro intermediario ?

#### 4. Ripetizione dell'indebito dal punto di vista del contraente debole.

Senza altro, quella in epigrafe, è un'architettura argomentativa complessa, ma non è un dispositivo, intrinsecamente fragile, che salti fuori dal proverbiale cilindro: e, sinceramente, facciamo fatica a pensare che le S.U. odierne tematizzino un non-problema (la riscrittura degli artt. 2033 ss. nell'area delle nullità seconde) che poi provvedono a risolvere con un non-principio (una ripetizione a misura di equilibrio *inter partes*): non foss'altro perché, notiamo, basta uno sguardo dall'alto per avvedersi che persino la c.d. neutralità del diritto comune *non è sempre* in danno della parte vittima di un inadempimento informativo o di un'estorsione contrattuale. A chi dovesse obiettare che ci stiamo perdendo in una divagazione estravagante, verrà facile replicare che non è così perché sono proprio le S.U. odierne a squarciare il velo sui possibili significati nascosti di un art. 1422 c.c. che, nella cornice degli articoli ricompresi dal 1418 al 1424 c.c., ha sempre recitato il ruolo di una norma cenerentola.

Il discorso, su di un ripristino per indebito che non penalizza il contraente debole, può essere infatti vero, naturalmente sul presupposto che l'*accipiens* sia di mala fede, nei rapporti *b2b* quando le restituzioni debbano farsi non in natura ma per equivalente: il che, com'è intuitivo, potrà darsi di frequente se, torniamo ad esemplificare, un contratto (asimmetrico) di fornitura abbia ad oggetto dei beni deperibili e/o trasformati ovvero incorporabili oppure quando i beni prodotti siano stati nel frattempo venduti a terzi subacquirenti<sup>24</sup>. Siccome qui il *solvens*, applicandosi il combinato disposto degli artt. 2037 e 2038 c.c., vanterà un credito restitutorio pari al valore di mercato della prestazione eseguita, se il prezzo che ha corrisposto è più alto, e quindi verissimo in una fattispecie di abuso per *seller power*, il

*solvens* ripeterà la differenza rispetto al *surplus* pagato: mentre, ove il corrispettivo ottenuto per la fornitura sia più basso, *ergo* c'è qui invece un abuso causato da un *buyer power*, il credito restitutorio ammonterà alla differenza tra il corrispettivo ottenuto ed il prezzo di mercato. In ambedue gli esempi, quindi, è vero che la disciplina dell'indebito *corregge* indirettamente le attribuzioni patrimoniali eseguite in quanto il risultato di applicare gli artt. 2037 e 2038 c.c. sfocia nel riconoscere al *solvens* «un profitto equivalente a quello che avrebbe conseguito con l'esecuzione del contratto a condizioni non abusive»<sup>25</sup>. *Cave* però: la ripetizione si atteggia a rimedio che *remunera* se diamo per presunto, pur se *ius tantum*, che l'*accipiens* estorsore sia di mala fede, dedotta come un automatismo dalla nullità del contratto perché chi abusa non può non avere consapevolezza che il suo arricchimento è frutto di un indebito profitto contrattuale<sup>26</sup>: ma così (in pari tempo) convertendo la mala fede, cioè uno stato soggettivo, in una condizione (oggettiva) di slealtà *in contrahendo*<sup>27</sup>, neutralizzante un obbligo restitutorio altrimenti espresso nei limiti dell'arricchimento conseguito, cioè in una forma prodromica ad un (tendenziale) ammanco di tutela per la parte vittima dell'abuso. Quindi l'*impasse* torna ad essere dietro l'angolo non foss'altro poi perché, aggiungiamo, la *condictio indebiti* si trasforma in un *minus valeat*, persino nei due esempi sopra citati, quando la restituzione dovesse effettuarsi in natura: è di nuovo infatti intuitivo che la reciprocità dell'obbligo restitutorio, se da un lato riequilibra perché evita il danno di un approfittamento contrattuale, dall'altro lo fa in una «misura minima», in alcun modo assecondante l'interesse del *solvens* ad assicurarsi «un giusto profitto»<sup>28</sup>. E così, di distonia in distonia, torniamo punto e a capo, riacutizzando l'impressione che il dispositivo delle S.U. odierne colga nel segno visto che sono più di uno i casi nei quali, pur difettando una deroga espressa, il ripristino dello *status quo ante* vede la *condictio* operare come uno strumento collocante il contraente protetto, di là dal suo *status* di dettaglio, o «nella medesima condizione», detto à la Albanese, che lo ha costretto a stipulare un contratto iniquo o, *Árpád Kásler* (C-26/13) *docet*, in una condizione

<sup>25</sup> Così ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, cit. 1218.

<sup>26</sup> V., in luogo di tanti, BRECCIA, *Il pagamento dell'indebito*, in *Tratt. Rescigno*, IX (Torino, 1984), 779 s.

<sup>27</sup> Un possibile *escamotage* potrebbe essere quello, dotato di un certo seguito in dottrina, di supporre che l'*accipiens* estorsore avrebbe acquistato beni dello stesso tipo da un altro fornitore epperò ad un giusto prezzo: col risultato, come si scrive, che, «ricevendo l'indebito, ha comunque realizzato un guadagno pari al risparmio di spesa»: così ALBANESE, *op. ult. cit.* 1209.

<sup>28</sup> Così ALBANESE, *op. ult. cit.* 1206.

<sup>23</sup> V. GALGANO, *Alla ricerca di sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. impr.*, 1987, 536 s.

<sup>24</sup> Dir. 633/2019 UE *docet*.

persino deteriore. Un'anima riequilibrativa, alle corte, deve associarsi, in sede di tutela restitutoria, a quella di ripristino per non compromettere, diremmo, l'effettività di una nullità di protezione tale, sennò, soltanto *verbis*<sup>29</sup>: e quindi, com'è intuitivo, *non più* rimedio. Scalisi di nuovo *docet*: messa da parte una retroattività *erga omnes* della nullità protettiva, «si deve ritenere che anche quella inter partes incontri il limite delle prestazioni di servizi già eseguite»<sup>30</sup>.

### 5. Il prototipo codicistico di uno statuto restitutorio di protezione (artt. 1443 e 2039 c.c.).

Dopo queste S.U., avviandoci a concludere, si riaprirà allora una stagione tramontata, propizia a rispolverare l'idea di Stolfi<sup>31</sup>, la *condictio indebiti* non si applica alle prestazioni effettuate in esecuzione di un contratto nullo, ma aggiornandola perché deve farsi questione di un contratto a dissimmetria di potere?

Le voci critiche opporranno che il dispositivo delle S.U., in quanto integrazione giudiziale di una *littera legis* muta, incarna tutt'al più una discutibile professione di ottimismo della volontà<sup>32</sup>: e, in un'ottica di legalismo positivista è, naturalmente, un enunciato, relegante in un canto la tecnica di una riduzione teleologica, che non fa una grinza. Senza scomodare il Giudice delle leggi e quel "microsistema" di irripetibilità dell'indebito previdenziale, pinguevolmente infarcito di decori solidaristici civil-costituzionali<sup>33</sup>, a mo' di contrappunto, ci permettiamo però di osservare che il diritto comune cono-

sce la figura, retta notoriamente dal combinato disposto degli artt. 1443 e 2039 c.c., di un *accipiens* incapace che non è tenuto alla restituzione se non nei limiti in cui la prestazione sia rivolta a suo vantaggio. Quindi il diritto comune già pratica un'irripetibilità unilaterale che torna ad essere una ripetizione bilaterale, rieccoci al punto!<sup>34</sup>, se la controparte dell'incapace riesce a dare la prova del vantaggio percepito: vantaggio che funge da unità di misura del credito restitutorio del *solvens*<sup>35</sup>. Ebbene, nel canone delle S.U., abbiamo adesso un investitore che, se non ripete quando il danno patito sia inferiore al profitto, lo fa invece laddove la minusvalenza ecceda il guadagno, con un intermediario che, senza vantare un qualche diritto a ripetere, è tenuto perciò a restituire. Le due fattispecie, nel segno di un'irripetibilità unilaterale, si toccano di conseguenza perché l'intermediario, al pari di colui che contratta con l'incapace, si accolla il rischio della *sopravvenienza negativa*<sup>36</sup>. Se c'è una differenza è da ravvisarsi nel duplice fatto che, diversamente dall'ipotesi dell'incapace, da un lato l'intermediario non si accolla qui «tutti i rischi dell'eventuale e futuro pentimento»<sup>37</sup>, dall'altro mai è un soggetto che si trovi ad avere un credito il cui oggetto restitutorio è limitato al solo vantaggio scaturente dalla *traditio*: donde, ed alle corte, il dispiegarsi della (sicura) deduzione che un comportamento irrazionale dell'investitore ... non paga. Insomma, più che un diritto a ritenere dell'*accipiens* intermediario abbiamo un divieto di ripetere, e qui l'assonanza effettuale è con l'art. 2035 c.c., a carico del *solvens* investitore, inibito dal domandare un danno, inferiore all'utilità percepita, nel quale tra l'altro non sarebbe incorso se si fosse astenuto dall'effettuare l'operazione. Nessun premio, ci verrebbe da chiosare, all'investitore che si mostri come uno *scalstro* negoziatore!<sup>38</sup>

<sup>29</sup> Il che è quanto sfugge, ma non è il solo, a chi scrive che «ben si sarebbe potuto disporre che l'azione di ripetizione ... potesse essere esercitata solamente dall'investitore e non dall'intermediario: ma questo non è stato fatto»: così D'AMBROSIO, *Contratto di negoziazione, nullità e ripetizioni*, in *Le restituzioni contrattuali*, cit. 287.

<sup>30</sup> In *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, ora in ID., *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2011, 182, ove poi l'illuminante rilievo di un'irretroattività per gli «effetti già integralmente realizzati con conseguente irreversibilità dello stato di fatto corrispondenti a tali effetti» (c. vo aggiunto).

<sup>31</sup> In *Teoria generale del negozio giuridico*, Padova, 1961, 71, ampiamente rivisitata in senso critico da NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, Milano, 1998, 136 s.

<sup>32</sup> V. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive: tra costruzione giurisprudenziale di uno statuto normativo delle nullità di protezione e valorizzazione dell'eccezione di buona fede*, cit. il quale, non a caso, discorre di «scorciatoie pretorie». Già prima, in senso fortemente critico rispetto all'idea di un duplice regime dell'indebito, v. CIPPITELLI, *Contratti di investimento, nullità protettive e tutela restitutoria*, in *Contratti*, 2018, 554.

<sup>33</sup> V. Corte cost., 24 maggio 1996, n. 166, in *Foro it*, 1996, I, 2292 ss.

<sup>34</sup> Non a caso P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, I, 41 segnala come «ciò che l'incapace non ha l'obbligo di restituire è entrato a far parte della sua sfera patrimoniale a titolo di proprietà».

<sup>35</sup> V. MOSCATI, *Pagamento dell'indebito*, cit. 540 e CAPURRO, *Ripetizione dell'indebito*, in D'ANGELO (a cura di), *Le obbligazioni restitutorie*, Torino, 2015, 28.

<sup>36</sup> È sintomatico quanto si legge, da ultimo, in Cass. 4 febbraio 2020, n. 2460, che intende l'art. 1443 nell'accezione classica di un luogo nel quale l'ordinamento presume che (l'incapace) abbia mal disposto del suo patrimonio, dissipando la prestazione ricevuta, con un "rischio di tale situazione [che] ricade sull'altro contraente".

<sup>37</sup> Così BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit. 234.

<sup>38</sup> Mutuiamo l'espressione da MEDICI, *Consumatore, impresa "dipendente", cliente - investitore: frazionamento o sintesi (problematica) della tutela del contraente debole?*, in *Giurisprudenza e Autorità Indipendenti nell'epoca del diritto liquido. Studi in onore di Roberto Pardolesi*, a cura di DI CIOMMO e O. TROIANO, Piacenza, 2018, 745.





È il nostro un accostamento, *ça va sans dire*, che a qualcuno suonerà come una provocazione<sup>39</sup>: ma, al netto della circostanza che quella delle S.U. «è una conclusione ragionevole»<sup>40</sup>, non è forse vero che la dottrina corrente si esercita da tempo nel coltivare l'immagine del consumatore quale soggetto vulnerabile *seu* “incapace”? E poi, piaccia o no, quella tratteggiata dagli artt. 1443 e 2039 c.c. è il prototipo di una tutela restitutoria di protezione, *species* di un *genus* che, se già contempla dei *limiti* quantitativi alla restituzione, non può disconoscere l'inserzione di un *limite* alla cancellazione degli effetti rampollante automaticamente dalla nullità di un contratto asimmetrico. Se ripugna imputare all'incapace «un obbligo sia pure limitato alla restituzione della cosa ricevuta»<sup>41</sup>, perché dovrebbe reputarsi appropriato premiare l'operato di contraenti sleali? Non sempre, ed anche questo va notato, legittimazione e ripetizione di stampo unilaterale coesistono armonicamente (v. artt. 2 e 4 d.lgs. 122/2005, se è vero che qui è il promissario acquirente “debole” a recuperare almeno le *tranches* di prezzo nel frattempo corrisposte). Dopo di che, e così chiudiamo con un effetto alla *sliding doors*, con un limite alla ripetibilità che funge nel contempo pure da limite all'inefficacia, verrà agevole convenire che una riflessione (non di maniera) la merita senz'altro una *situazione* di irripetibilità, volendo paracontrattuale, che le S.U. odierne non qualificano neanche di passata, epperò di primo acchito riconducibile, noi lo (ri)diciamo così<sup>42</sup>, al *fatto* di un'esecuzione soddisfattiva. La *soluti retentio* atipica, che queste S.U. mettono in forma, non è infatti sorella di quella che dettano, collocandola per altro su due ben distinti piani, gli artt. 2034 e 2035 c.c.: è piuttosto un'irripetibilità al servizio di una compensazione tra le rispettive sfere patrimoniali<sup>43</sup>, congruente ad una nullità quale rimedio «sempre più dipendente e relato»<sup>44</sup>. Se non fosse che, siccome richiede tutt'altro genere di narrazione<sup>45</sup>, lasciamo ad altri l'onere di battere un sentiero che, dalla bet-

tiana fattispecie negoziale complessa ove il contratto nullo viene integrato dall'esecuzione<sup>46</sup>, può approdare a ben altri lidi<sup>47</sup>.

### Postilla.

Nel decidere della Corte, se lo riduciamo all'essenziale, la deroga all'art. 1422 c.c. veste in realtà i panni, detto alla Mengoni maniera, della «mancata previsione di una necessaria eccezione». È una deroga, quindi, che le S.U. praticano per ovviare alla «lacuna (nascosta)» di un caso, il contratto asimmetrico nullo, «differenziato da una connotazione specifica»<sup>48</sup>. Da un'altra angolazione, ma sempre nell'ottica di un processo di integrazione del diritto, si è, di recente, lucidamente scritto che la dogmatica del terzo millennio, oltrepassando l'idea di una normatività rinserrata nella sola legge, «getta un ponte sull'effettività»<sup>49</sup>. Dobbiamo allora dedurne, combinando le due proposizioni, che l'immagine di una *maggior tutela* (dell'investitore), che non trascorre in *ipertutela* per il gioco a contrappunto della buona fede, è da riguardarsi come l'esempio paradigmatico di un'ermeneutica quale «percorso veritativo»<sup>50</sup>. Va da sé che se ne potrà pure dubitare: incontrovertibile, ci sembra, rimarrebbe però la constatazione che, com'è stato per le S.U. 23601/2017<sup>51</sup>, pure quelle odierne in realtà estraggono la regola da un'interpretazione *ad finem* che, se li ha fondato una convalida retroattiva del contratto di locazione nullo epperò tardivamente registrato, qui veicola una deroga all'art. 1422 c.c. innescante una conservazione, totale o parziale, degli effetti che un contratto – quadro, a sua volta nullo, in corso di esecuzione abbia prodotto. Nell'ottica, Scalisi *docet*<sup>52</sup>, di una nullità transitante da rimedio

<sup>39</sup> V., per altro, F. BOCCHINI, *L'interesse del minore tra garanzie, sostegni e circolazione*, in ID., *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013, 256 e 260, che, non meno provocatoriamente, discorre di incapaci *meno tutelati* del contraente debole.

<sup>40</sup> Così RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, cit.

<sup>41</sup> Così BARCELLONA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>42</sup> V. PAGLIANTINI, *Le stagioni della nullità selettiva (e del “di protezione”)*, cit.

<sup>43</sup> V. BARGELLI, «Sinallagma rovesciato» e ripetizione dell'indebito. *L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 118.

<sup>44</sup> Così SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit. 168.

<sup>45</sup> Sulla quale abbiamo provato ad esercitarci in *Le stagioni della nullità selettiva (e del “di protezione”)*, cit.

<sup>46</sup> V. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, 363.

<sup>47</sup> Comunque iscritti nella cornice di una nullità «capace in quanto tale anche di conseguenti effetti più o meno ampi, più o meno estesi, più o meno eliminabili o transitori»: così SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit. 186.

<sup>48</sup> Così MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 92 s.

<sup>49</sup> Così, in una maniera illuminante, VETTORI, *Dalla dogmatica all'ermeneutica critica. Il percorso di Giuseppe Benedetti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1203.

<sup>50</sup> Così BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Saggi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014, 242.

<sup>51</sup> Cass. S.U. 9 ottobre 2017, n. 23601, può leggersi per esteso in *Contratti*, 2018, 25 ss., con nota (critica) di GIGLIOTTI, *Riflessi civilistici della (mancata) registrazione del contratto di locazione, tra nodi problematici ed esigenze di sistema*.

<sup>52</sup> In *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Sirena* (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti*

*di fattispecie a rimedio del regolamento* è una deduzione con la quale l'interprete odierno, complice pure il fascino attrattivo che esercita la nozione di contratto asimmetrico<sup>53</sup>, è chiamato a fare i conti. Chi mai d'altronde, ecco l'ultima riflessione che ci vien da fare, ha mai pensato di etichettare alla stregua di una scorciatoia pretoria la lacuna che ogni interprete introduce quando si mette a praticare, sono sempre parole di Mengoni, l'argomento pragmatico di una riduzione/restrizione teleologica?, qui imbastito mettendolo al servizio di un flettersi dell'azione di ripetizione.

Difetti e nobiltà, diremmo, di una nullità europea, figura sì corrusca ma pur sempre, come intuito da Scalisi<sup>54</sup>, «regola di sistema»?

---

*d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, spec. 432 ss.

<sup>53</sup> V. la sobria ed incisiva ricapitolazione di A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali V*, Milano, 2012, 370 ss.

<sup>54</sup> In *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit. 184.

