



UNIVERSITY  
OF TRENTO - Italy  
Faculty of Law

**Trento Law and Technology  
Research Group  
Student Paper n. 42**

**CAUSA, MERITEVOLEZZA  
DEGLI INTERESSI ED  
EQUILIBRIO  
CONTRATTUALE**

**CARLO ALBERTO PULEJO**



**ISBN:** 978-88-8443-810-2

COPYRIGHT © 2018 CARLO ALBERTO PULEJO

This paper can be downloaded without charge at:

Trento Law and Technology Research Group

Student Papers Series Index:

<http://www.lawtech.jus.unitn.it>

IRIS:

<http://hdl.handle.net/11572/211090>

Questo paper Copyright © 2018 **Carlo Alberto Pulejo**

è pubblicato con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 2.5 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:

<<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/it/>>

## KEYWORDS

*Contracts – Cause of contract – Judgment of meritorious interests – Equilibrium of the contract – Protection of the weaker party*

## About the author

Carlo Alberto Pulejo (carloalberto.pulejo@gmail.com) graduated in Law, *magna cum laude*, at the University of Trento, under the supervision of Prof. Giovanni Pascuzzi (March 2018).

The opinion stated in this paper and all possible errors are the Author's only.

## PAROLE CHIAVE

*Contratti – Causa del contratto – Giudizio di meritevolezza degli interessi – Equilibrio contrattuale – Tutela del contraente debole*

## Informazioni sull'autore

Carlo Alberto Pulejo (carloalberto.pulejo@gmail.com) ha conseguito la Laurea in Giurisprudenza, *magna cum laude*, presso l'Università di Trento con la supervisione del Prof. Giovanni Pascuzzi (March 2018).

Le opinioni e gli eventuali errori contenuti sono ascrivibili esclusivamente all'autore.

## Abstract

I più recenti approdi della causa, e la rinnovata sensibilità rivolta dalla normazione sovranazionale ed internazionale al tema dell'equilibrio contrattuale, hanno mutato il modo d'intendere l'autonomia privata e condotto alla riscoperta del vaglio giudiziale di meritevolezza degli interessi. L'istituto in discorso, protagonista in giurisprudenza di rare e sporadiche applicazioni nonché considerato, dalla precedente dottrina, tacitamente abrogato, torna oggi prepotentemente alla ribalta, in ambiti particolarmente sensibili della contrattazione, come il diritto assicurativo ed il diritto degli intermediari finanziari.

Per suo tramite, le Corti giungono a sindacare l'equilibrio negoziale dell'operazione economica statuendo l'immeritevolezza di quelle che appaiano eccessivamente "sperequate" in danno di una parte ed a favore dell'altra; in ciò, ove necessario, non esitando a circoscrivere la relativa declaratoria di nullità anche a singole parti dell'operazione negoziale di modo da preservare l'integrità del contratto e meglio assolvere ad una *ratio* di tutela del contraente debole.

Sulla base di ciò, ci si interroga sul modo d'essere e sul ruolo attualmente ricoperto dal sindacato di meritevolezza nel nostro ordinamento, nella consapevolezza di non poterne scindere la trattazione dai problemi evocati dalla causa e dall'equilibrio contrattuale.

*Un ringraziamento sentito va ai tanti amici che mi hanno sostenuto durante  
questo lungo percorso.  
Senza di Voi non sarei mai giunto sino a questo punto.  
Al mio Relatore verso cui nutro, fin dal terzo anno, la più sincera stima e la più  
profonda riconoscenza.  
A Furio, Marco, Alessandro, Roberto ed Elena.  
Ai ragazzi di Elsa Trento.  
Alla mia famiglia, al suo costante supporto ed all'incommensurabile affetto.*

*“Una generazione educata come la nostra alla filosofia del positivismo giuridico torna su posizioni di pensiero ad essa anteriori, come quando invoca, al di sopra della legge scritta, la legge della ragione, alla cui obbedienza aveva esortato, ancora prima delle codificazioni moderne, la scuola del diritto naturale”.*

Francesco Galgano

# Indice

<b>Introduzione.....</b>	<b>5</b>
--------------------------	----------

<b>Capitolo 1: Il lungo cammino della causa e del giudizio di meritevolezza.....</b>	<b>7</b>
--	----------

1. Causa, ordinamento e autonomia privata.....	7
2. Verso l'affermazione del principio causalistico .....	8
2.1 ( <i>segue</i> ) Il ruolo della causa nel sistema privatistico romano .....	8
2.2 ( <i>segue</i> ) La causa nel diritto intermedio.....	10
2.3 ( <i>segue</i> ) Il Code Napoléon e il Codice civile italiano del 1865.....	12
3. Il periodo autoritario, la codificazione del 1942 e l'introduzione dell'art. 1322, comma 2, del Codice Civile .....	15
4. La causa del contratto nel Codice Civile del 1942.....	17
5. Il lungo cammino della causa: dalla caduta dell'ordinamento corporativo all'affermazione della causa concreta .....	21
6. Il Giudizio di meritevolezza.....	24
6.1 ( <i>segue</i> ) La tesi di Gazzoni.....	29

<b>Capitolo 2: Il Giudizio di meritevolezza degli interessi nella giurisprudenza.....</b>	<b>33</b>
---	-----------

<b>Premessa .....</b>	<b>33</b>
-----------------------	-----------

<b>Sezione I – L'operazione economica “for you” .....</b>	<b>34</b>
---	-----------

1. Alcune considerazioni iniziali.....	34
2. La fattispecie d'investimento .....	34
3. Sulla qualificazione giuridica .....	35
4. Sulla meritevolezza dei piani finanziari “for you” .....	38
4.1 Sull'assenza di causa.....	40
4.2 Sul riferimento ai principi super-individuali .....	41
4.3 (rinvio) Sullo squilibrio dell'assetto di interessi .....	42

5. Sul rapporto tra sindacato di meritevolezza e violazione di regole di condotta in materia di intermediazione finanziaria.....	42
<b>Sezione II – La difficile integrazione della clausola <i>claims made</i> .....</b>	<b>47</b>
1. Le clausole « <i>claims made</i> » .....	47
2. Le esigenze dei soggetti coinvolti nell'attuazione del modello <i>claims made</i> : L'interesse degli assicuratori .....	49
2.1 Gli interessi degli assicurati .....	51
3. Il tortuoso cammino della giurisprudenza precedente alla pronuncia a sezioni unite del 6 maggio 2016, n. 9140 .....	53
3.1 Premessa .....	53
3.2 Cass. civ., sez. III, 15 marzo 2005, n. 5624.....	54
3.2.1 Fattispecie .....	54
3.2.2 Decisione.....	54
3.3 Cass. civ., Sez. III, 17 febbraio 2014, n. 3622 .....	55
3.3.1 Fattispecie .....	56
3.3.2 Decisione.....	57
4. La decisione a sezioni unite 6 maggio 2016, n. 9140.....	57
4.1 Premessa .....	57
4.2 Decisione.....	58
4.2.1 Della nullità per difetto di trasparenza .....	59
4.2.2 Della nullità per confliggenza col divieto di assicurazione del rischio putativo.....	60
4.2.3 La derogabilità dello schema legale tipico .....	62
4.2.4 Della vessatorietà della clausola .....	64
4.2.5 La potenziale nullità della clausola per difetto di meritevolezza .....	65
5. Le sentenze gemelle del 2017: la terza sezione contraddice le Sezioni Unite .....	68
<b>Sezione III – Altre fattispecie di immeritevolezza, tratte dalla giurisprudenza di legittimità.....</b>	<b>71</b>
1. Premessa .....	71
2. Cass. civ., Sez. III, 19 luglio 2012, n. 12454.....	71
2.1 Fattispecie.....	71

2.2 Decisione.....	72
3. Cass. Sez. Unite, 17 febbraio 2017, n. 4224 .....	74
3.1 Fattispecie .....	74
3.2 Decisione.....	75
4. Cass. civ., Sez. III, 19 giugno 2009, n. 14343 .....	77
4.1 Fattispecie .....	77
4.2 Decisione.....	78
5. Cass. civ., Sez. III, 8 febbraio 2013, n. 3080 .....	80
5.1 Fattispecie .....	80
5.2 Decisione.....	80
5.3 Immeritevolezza di tutela e diritto Antitrust: le ragioni della Suprema Corte .....	82
<b>Conclusioni.....</b>	<b>83</b>
<b>Capitolo 3: Equilibrio negoziale e contratto eterodeterminato</b>	<b>85</b>
1. Autonomia privata .....	85
2. L'equilibrio contrattuale nella tradizione dei codici continentali.....	87
3. Verso una riconsiderazione del principio di irrilevanza dell'equilibrio contrattuale.....	92
4. I principi <i>Unidroit</i> ed i principi di diritto europeo dei contratti.....	94
5. La disciplina delle clausole abusive e la tutela del consumatore.....	98
6. La disciplina sulla subfornitura e l'abuso di dipendenza economica.....	102
<b>Conclusioni.....</b>	<b>110</b>
<b>Bibliografia.....</b>	<b>114</b>
Libri, enciclopedie e trattati.....	114
Riviste.....	118
Giurisprudenza .....	122
Corte Costituzionale .....	122
Consiglio di Stato .....	122

Cassazione.....	122
Corti di Merito .....	124

## Introduzione

Il vaglio giudiziale di meritevolezza degli interessi è un istituto che brilla per complessità ontologica e che desta enormi problematiche per lo scomodo conflitto tra libertà e autorità in cui inevitabilmente si inserisce.

Caduto inizialmente nel dimenticatoio e solo sporadicamente utilizzato dalla giurisprudenza torna oggi alla ribalta nello stupore generale e nel panico della comunità scientifica.

Il presente contributo si pone il fine di approfondire questa riscoperta verificando se, alla luce dei nuovi orizzonti europei e dei più recenti sviluppi del c.d. nuovo diritto dei contratti, il sindacato di meritevolezza degli interessi goda di una propria autonomia concettuale ovvero se, come rilevato da più parti, debba ritenersi tacitamente abrogato.

Strettamente connessi al problema della meritevolezza sono gli istituti della causa e dell'equilibrio contrattuale.

Da una diversa concezione della causa deriva infatti un differente modo di valutare l'atto di autonomia. Si avrà modo di approfondire questo aspetto nel corso del primo capitolo ove si tratterà il problema della causa in una prospettiva storico-critica che tenga conto, in particolar modo, del formante dottrinale.

Nel corso del secondo capitolo, si entrerà nel vivo della trattazione attraverso l'analisi degli orientamenti giurisprudenziali e delle principali pronunce che hanno segnato la riscoperta della clausola di meritevolezza degli interessi. In particolare, si avrà modo di riflettere sul concreto atteggiarsi della medesima in ambiti particolarmente sensibili della contrattazione, come il diritto degli intermediari finanziari ed il diritto assicurativo; ciò, alla luce dei nuovi sviluppi della teoria della causa concreta.

Nel corso del terzo capitolo, si indagherà il tema dell'equilibrio contrattuale nell'attuale complessità delle fonti del diritto privato. L'accento verrà posto sul rinnovato protagonismo che l'equilibrio contrattuale riveste alla luce dei più attuali sviluppi della legislazione dell'Unione europea, dei principi di diritto europeo dei contratti e dei principi *Unidroit*. Si giungerà così, per tramite della suddetta indagine, ad affermare l'esistenza in seno al nostro ordinamento di un generale principio di rilevanza dell'equilibrio negoziale, specie di quello economico.

Infine, "tirando le fila" del ragionamento, si comporrà il *puzzle* qui solo abbozzato individuando il collegamento intercorrente tra causa concreta, meritevolezza dell'interesse ed equilibrio contrattuale nei termini che saranno successivamente delineati.



# Capitolo I

## Il lungo cammino della causa e del giudizio di meritevolezza

### 1. Causa, ordinamento e autonomia privata

La causa esercita da sempre grande fascino sullo studioso del diritto per l'importante ruolo che ricopre nel sistema <sup>(1)</sup>. Il contenuto che assume contribuisce infatti ad identificare il rapporto che intercorre tra cittadino ed ordinamento, tra autonomia privata ed eteronomia ordinamentale <sup>(2)</sup>. È stato pertanto affermato che «il problema della causa non è tanto il problema di un elemento del contratto, ma quello più complessivo del ruolo del contratto nel sistema» <sup>(3)</sup>. Allo stesso tempo però la causa gode di una cattiva fama e di una pessima reputazione <sup>(4)</sup>: ciò per i vani sforzi e le indebite generalizzazioni cui hanno portato i tentativi della dottrina volti ad una sua più compiuta concettualizzazione. Chi scrive intende prendere posizione contro questa prospettiva concettualizzante che intende fare della causa un elemento etereo ed evanescente e ritiene necessario indagarne la natura adottando una prospettiva diversa che punti a rilevarne le numerose potenzialità applicative senza incorrere in un inutile nozionismo. In breve, occorre interrogarsi sul significato della causa non in astratto ma in relazione alle questioni concrete

---

<sup>(1)</sup> GIORGIANNI, voce *Causa (d. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 557 ss.

<sup>(2)</sup> FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1966, 3, il quale sostiene che «Rispetto all'attività contrattuale, riconoscere al privato un "potere ordinante ed una capacità creativa" significa attribuire rilevanza alle regole che questi ha disposto per la realizzazione dei suoi interessi, equivale cioè a conferire forza di legge alla regola privata»; ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, in *Le monografie di ontr. e impr.* serie diretta da Francesco Galgano, Padova, Cedam, 2008, 2, nella cui nota 4 si legge che «Le reciproche interazioni tra il concetto di causa e di autonomia contrattuale sono rese evidenti dalla circostanza per cui la costruzione del concetto stesso di autonomia contrattuale, così come svolta dalla dottrina italiana a partire dagli anni 40' del secolo ormai passato, si è venuta configurando in larga misura proprio come costruzione del concetto di causa, considerato come l'autentico punto di emersione del rapporto tra atto di autonomia privata ed ordinamento giuridico».

<sup>(3)</sup> DI MAJO, voce *Causa nel negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, 1988, 3.

<sup>(4)</sup> FERRARA JR., *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, 127, secondo cui la causa è «oggetto vago e misterioso»; GIORGIANNI, voce *Causa del negozio giuridico*, cit., 557: «Chi si soffermi ad esaminare il panorama offerto dalla dottrina italiana contemporanea della causa, ne ricava l'impressione di un cantiere in fecondo movimento, nel quale nuovi materiali affluiscono incessantemente per alimentare lo sforzo di costruzione di un edificio, che, pur poggiando su vetuste e solide fondamenta, non riesce ad assumere ancora un netto contorno, malgrado la maestria degli architetti e la pregiatezza dei materiali».

che essa è deputata a risolvere <sup>(5)</sup>. Il punto di partenza di un'indagine che adotti questa prospettiva è riassumibile nella seguente domanda: quando è sorta la necessità di ricorrere alla causa e quali problemi essa mira a risolvere?

Ebbene, l'esigenza della causa ha origini antiche: si è posta in relazione ai *pacta* <sup>(6)</sup> in ordine alla loro idoneità a ricevere sanzione giuridica e quindi a produrre obbligazioni <sup>(7)</sup>. Nasce cioè dal bisogno eminentemente garantistico di munire il nudo consenso di un *vestmentum*, di un involucro, di un contenitore atto a controllarne le potenzialità e le intrinseche pericolosità <sup>(8)</sup>.

Tradizionalmente, si è soliti attribuire l'elaborazione del concetto di causa in senso moderno agli scritti di J. Domat e R.J. Pothier <sup>(9)</sup>. È questo il dato fornitoci dalla dottrina tradizionale che tuttavia non deve far perdere di vista il passato più remoto. I problemi che la causa è chiamata a risolvere si riscontrano infatti già nel diritto romano <sup>(10)</sup>, con notevoli differenze, dipendenti dal periodo storico preso a riferimento <sup>(11)</sup>.

## 2. Verso l'affermazione del principio causalistico

### 2.1 Il ruolo della causa nel sistema privatistico romano

---

<sup>(5)</sup> In linea con quanto sostenuto, ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., 4; BARCELLONA, *Della causa: Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Milano, Wolters Kluwer, 2015, 145.

<sup>(6)</sup> Cioè alle convenzioni prive di forma.

<sup>(7)</sup> GORLA, *Il contratto: problemi fondamentali trattati con il metodo comparatistico e casistico*, I, Milano, Giuffrè, 1955, 2 ss.

<sup>(8)</sup> Si pensi al riguardo alle devastanti conseguenze, specie patrimoniali, che potrebbero derivare dall'obbligo di tener fede ad una promessa fatta in modo avventato o per il perseguimento di uno scopo futile e capriccioso.

<sup>(9)</sup> È senz'altro questa l'opinione prevalente in dottrina. Si veda al riguardo, FERRIGNO, *L'uso giurisprudenziale del concetto di causa del contratto*, in *contr. impr.*, 1985, 115 ss.; In senso contrario, FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 77, il quale afferma che «non è possibile ritrovare nel pensiero del Domat e del Pothier elementi sicuri che ci consentano di riscontrare un concetto della causa come noi intendiamo nella moderna accezione. Manca nell'opera di questi autori una nozione generale di causa». E non sembra possibile essere in disaccordo con Ferri su questo punto.

<sup>(10)</sup> Non è un caso che gli odierni manuali istituzionali di diritto Romano menzionino la causa. I Romani infatti, pur non conoscendo la medesima, erano consci, in virtù del loro spiccatissimo spirito pratico, di quei problemi la cui risoluzione sarà dai moderni attribuita alla categoria *de qua*. Questioni siffatte venivano dunque gestite attraverso il ricorso ad istituti quali *l'exceptio doli*. In questo senso depono, GUARINO A., *Diritto Privato Romano*, Napoli, Jovene, 2001, 366, il quale sostiene che «I Romani, pur quando acquistarono la coscienza dell'essenzialità della causa per la valutazione di un atto come atto negoziale, mai giunsero a coniare un termine specifico per designare l'elemento causale. Il termine "causa" non deve trarre in inganno, perché solo in rare occasioni il vocabolo sta ad indicare la funzione del negozio, mentre il più delle volte esso equivale a "motivo" della volizione negoziale, oppure a "fonte" di un rapporto giuridico, o anche a "situazione giuridicamente rilevante", o ad altro ancora»; Si veda inoltre ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., 10, che fa riferimento alle figure dell'*exceptio doli* e dell'arricchimento ingiusto.

<sup>(11)</sup> Rinveniamo differenze notevoli tra periodo classico e periodo postclassico o giustiniano.

Conviene, ai fini della nostra trattazione, descrivere gli sviluppi della causa tenendo conto di due periodi storici del sistema privatistico romano particolarmente significativi, segnatamente, la fase classica e la fase postclassica (o giustiniana). Il diritto romano classico non riconosce alla causa una propria autonomia concettuale. Esso impronta le dinamiche negoziali intorno ad un rigido sistema di tipicità e, in linea di principio, non concede ai privati la facoltà di usufruire di schemi contrattuali diversi da quelli tipizzati, propri della tradizione <sup>(12)</sup>. In questa fase, la vincolatività dell'accordo discende, non tanto dalla circostanza che vi sia una causa atta a giustificarlo, quanto dalla sua riconducibilità ad uno schema tipico. Essa batte, in particolare, due strade predefinite:

- Il contratto formale, la cui forma più diffusa è la *stipulatio*;
- Gli otto contratti nominati di cui viene garantita la tutela (quattro consensuali e quattro reali) <sup>(13)</sup>.

La convenzione sprovvista di queste solennità è in quest'epoca priva di qualsivoglia sanzione giuridica o, volendo adottare la prospettiva propria del diritto romano, priva di azione <sup>(14)</sup>. Una prima apertura verso il riconoscimento dei *pacta*, ossia delle convenzioni sprovviste di forme solenni, è propria del diritto postclassico o giustiniano. In questa seconda fase, si concede alla parte di un patto innominato, che abbia già dato o fatto quanto precedentemente convenuto nel negozio (*datio vel factum*) <sup>(15)</sup>, un'*actio praescriptis verbis* con cui costringere la controparte ad adempiere la prestazione cui è tenuta. Si tutela così l'interesse del contraente che abbia già adempiuto alla promessa fatta e gli si fornisce una strumentazione giuridica adeguata a tutelare i propri interessi, in caso di inadempimento della controparte. Questo meccanismo, pur affatto differente dalla nozione di causa, intesa come scopo del promittente, propria del pensiero di Domat e Pothier, apre nondimeno un timido spiraglio verso il

---

<sup>(12)</sup> Sul rapporto tra tipicità e contratto nel diritto romano v. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, 211, in cui si rileva che «a differenza del nostro diritto positivo che non prevede, al livello dei contratti, un sistema fondato sulla tipicità, lasciando alle parti la piena libertà di determinare il contenuto dell'assetto di interessi, il sistema romano resta tipico sia per quanto riguarda i contratti che per quanto riguarda gli atti traslativi di proprietà»;

<sup>(13)</sup> ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., 7.

<sup>(14)</sup> È noto che i Romani intendessero le situazioni giuridiche soggettive non in chiave statica – ho un diritto, dunque ho un'azione – ma in chiave dinamica, a partire dall'*actio*.

<sup>(15)</sup> ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., 8; NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi: l'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *riv. dir. comm.*, I, 2003, 981, il quale scrive che «Quando il campo operativo era limitato ai patti innominati – nell'esegesi del noto passo del Digesto 2, 14, 7, 2 – la causa era la *datio vel factum*, cioè la prestazione eseguita che, vestendo il patto innominato, lo rendeva vincolante ed efficace e, dunque, era garanzia dell'impegno di una parte e, al contempo, del risultato materiale corrispettivo idoneo a soddisfare l'interesse della controparte obbligata».

riconoscimento del principio causalistico e fissa i pilastri destinati a reggere, in epoca successiva, il contratto innominato inteso come categoria generale.

## 2.2 La causa nel diritto intermedio

L'elaborazione del principio causale in senso moderno, attinente all'idea che la validità del nudo patto dipenda dall'esistenza di una *ratio* atta a giustificarlo, viene compiuta soltanto nel XII secolo, secondo alcuni <sup>(16)</sup>, ad opera della dottrina canonistica, secondo altri <sup>(17)</sup>, per merito dei Glossatori. È questo un passaggio piuttosto oscuro, degno di essere compiutamente approfondito. Al superamento del formalismo, delle solennità e della tipicità propri del sistema contrattualistico romano contribuisce, *in primis*, la dottrina canonistica del XII secolo attraverso l'enucleazione del principio dell'*ex nudo pacto actio oritur* che trova il suo fondamento nelle riflessioni teologiche e filosofiche della dottrina scolastica <sup>(18)</sup>. Punto di partenza per comprendere quanto detto appreso abbia concorso alla suddetta inversione di tendenza è il prendere atto dell'attenzione rivolta dai canonisti al rispetto della parola data, la cui osservanza viene ritenuta dovuta per ragioni connesse all'*aequitas canonica*. Mentre per i civilisti la causa è ancora, in quest'epoca, la sopra descritta *datio vel factum* <sup>(19)</sup>, ossia un meccanismo improntato intorno alla sinallagmaticità, per cui la tutela che viene offerta alla parte adempiente trova fondamento esclusivo nella sola esigenza di compensarne il sacrificio, e non su ragioni equitative superindividuali, per i canonisti la causa è l'elemento necessario atto a presiedere alla formazione dell'accordo, che si aggiunge alla forma e che non la sostituisce <sup>(20)</sup>. Dalla combinazione di sinallagma ed equità, i canonisti derivano poi un altro importante corollario: il principio di giustizia contrattuale. Si ammette così, per la

---

<sup>(16)</sup> BIANCA., *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2000, 458, il quale scrive che «si deve alla dottrina canonistica del XII secolo l'idea che la vincolatività nulla nuda promessa discenda da una causa giustificativa»; si v. inoltre DI MAJO, voce *Causa nel negozio giuridico*, cit., 3: «Preoccupazioni canonistiche relative al rispetto del principio di giustizia commutativa, sono all'origine della nozione di causa».

<sup>(17)</sup> CALASSO, *Il Negozio Giuridico*, Milano, Giuffrè, 1959, 295, il quale sostiene che le radici del concetto di causa sono frutto dell'elaborazione dei Glossatori rispetto cui risultati «la scienza civilistica vive tutt'oggi di rendita»; Si veda anche quanto sostenuto da BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, Torino, Giappichelli, 1997, 48, che riconduce, sebbene con qualche incertezza, l'elaborazione della teoria dei *vestimenta pactorum* al giurista Piacentino. Tale dottrina scompone il patto nella dicotomia nudo/vestito ed attribuisce rilevanza solo al secondo.

<sup>(18)</sup> ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., 12; MOTTA, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Nuovo digesto italiano*, III, Torino, 1938, il quale sostiene che furono i canonisti a dare un forte impulso alla «possibilità di agire in base al nudo patto [e quindi] al principio per cui il nudo consenso privo di forme basta a creare l'obbligazione».

<sup>(19)</sup> Sebbene, come detto in precedenza, in quest'epoca non possa parlarsi ancora di causa in senso moderno.

<sup>(20)</sup> ROLLI, *ibidem*, in cui si precisa che per i canonisti «Il contratto vincolante è *nudum a solemnitate sed non a causa*».

prima volta, la possibilità di sindacare i fini perseguiti dalle parti con il contratto per eliminare eventuali iniquità e per ristabilire l'equilibrio tra le prestazioni <sup>(21)</sup>. Ciò premesso, il contributo decisivo all'abbandono delle solennità tipiche della tradizione romanistica, ed all'emersione dell'idea della vincolatività del nudo consenso, viene apportato, soltanto successivamente, dal pensiero giusnaturalista che ha visto, in Ugo Grozio, uno dei suoi massimi esponenti. Al giurista olandese si ascrive l'elaborazione del principio del *pacta sunt servanda*, in base al quale ogni patto sarebbe vincolante per legge di natura, senza la necessità di requisiti ulteriori <sup>(22)</sup>. Quest'ordine di idee, cui spesso si fa cenno in dottrina con l'espressione di "dogma della volontà", ravvisa nel contratto un atto d'espressione del fondamentale diritto dell'uomo di disporre liberamente delle proprie azioni e dei propri beni <sup>(23)</sup>. Ad ogni modo, è dovuta, sin da ora, un'opportuna precisazione. Si potrebbe infatti pensare, in base ad una lettura superficiale, che l'intento del grande giurista fosse di fare, del *solus consensus obligat*, un principio assoluto ed astratto, del tutto avulso dalle contingenze del caso e dalle complessità poste dalla prassi. Quest'idea è però frutto di un fraintendimento: Grozio, infatti, nella sua teorica, tiene sempre separati il diritto naturale ed il diritto positivo: il nudo consenso trova piena cittadinanza il seno al primo ma rimane estraneo ed insussistente nell'ambito del secondo, rispetto cui la nuda volontà continua a necessitare di un adeguato *vestmentum* <sup>(24)</sup>. Quest'ordine di idee trova accoglimento nella dottrina francese del XVIII secolo, in particolar modo, nelle trattazioni di Domat e di Pothier. I *patres* del *Code Napoleon* elaborano il principio per cui la semplice volontà di impegnarsi non è, da sola, sufficiente a creare un vincolo giuridicamente rilevante. Accanto alla "nuda" volontà, si richiede un elemento ulteriore, un *fondement*, una struttura che dia sostegno al consenso: in altre parole, una causa <sup>(25)</sup> che viene ricollegata all'obbligazione ed intesa in una prospettiva essenzialmente soggettiva <sup>(26)</sup>. Causa è in questa fase lo «lo scopo, il fine, il motivo» <sup>(27)</sup> che induce ciascun contraente ad intraprendere ed a concludere una data operazione negoziale. Così, ad esempio, parafrasando la celeberrima massima di Domat, con riferimento alla compravendita, diremo che causa dell'obbligazione del venditore è il conseguimento del prezzo, mentre causa

---

<sup>(21)</sup> ROLLI, *Ibidem*.

<sup>(22)</sup> ROPPO, *Il Contratto*, cit., 342.

<sup>(23)</sup> BIANCA, *Diritto civile*, cit., 25;

<sup>(24)</sup> GORLA, *Il contratto: problemi fondamentali trattati con il metodo comparatistico e casistico*, cit., 49 ss., ma con una precisazione: il requisito causale è richiesto unicamente con riferimento ai contratti atipici o, come si soleva denominarli al tempo, dei patti innominati, rispetto cui è assente una forma solenne volta a rivestire il consenso;

<sup>(25)</sup> ROPPO, *Il Contratto*, cit., 342;

<sup>(26)</sup> GIORGIANNI, voce *Causa nel negozio giuridico*, cit.; ROPPO, *Il Contratto*, cit., 343.

<sup>(27)</sup> ROPPO, *ibidem*; Il termine "Scopo" ricorre anche in GIORGIANNI, voce *Causa nel negozio giuridico*, cit., 559; Si consideri inoltre, BIANCA, *Diritto civile*, cit., 447 secondo cui nella teoria soggettiva «La causa dell'obbligazione è senz'altro lo scopo della parte, cioè lo scopo per il quale la parte assume l'obbligazione».

dell'obbligazione del compratore è l'ottenimento del bene oggetto di contrattazione <sup>(28)</sup>. Queste tesi vengono successivamente etichettate come teorie analitiche o atomistiche, in contrapposizione alle tesi unitarie, poiché, data una singola operazione negoziale, sarebbe dato riscontrare tante cause quante sono le obbligazioni. Sennonché risulta evidente che, in questo modo, la causa viene ad identificarsi con i numerosi motivi che determinano l'agire negoziale <sup>(29)</sup>. Per ovviare a questo inconveniente, i dottori del diritto e la pratica forense elaborano la distinzione tra *causa finalis* e *causa impulsiva* <sup>(30)</sup>. Quest'ultima, tendenzialmente irrilevante, viene ricollegata ai molteplici moventi soggettivi che determinano l'agire individuale, mentre la prima, questa sì rilevante sul piano giuridico, viene indicata in termini di motivo ultimo.

### 2.3 Il Code Napoléon e il Codice civile italiano del 1865

Le idee di Domat e Pothier trovano una compiuta positivizzazione nel *Code Napoléon*. Per comprendere ciò, è sufficiente rivolgere l'attenzione verso le norme che si occupano della causa. Così, l'art.1108 eleva al rango di condizione essenziale di validità dell'obbligazione la *cause*, mentre gli art. 1131 e 1132 sanciscono rispettivamente l'inefficacia dell'obbligazione senza causa, o fondata su una causa falsa ed illecita, nonché che la "*cause*" è illecita se contraria a norme imperative, ordine pubblico e buon costume. Particolare rilevanza assume, nella sistematica del codice, l'art. 1101 che, da un lato, recepisce la concezione di contratto obbligatorio e dall'altro realizza il principio consensualistico di trasferimento della proprietà, attuando così un'intima compenetrazione tra atto traslativo e promessa obbligatoria. La *causa obligandi* viene elevata in questo modo ad elemento indispensabile del prodursi dell'effetto traslativo divenendo così la "regina" del contratto <sup>(31)</sup>. Non stupisce pertanto, alla luce delle considerazioni di cui sopra, che in siffatto sistema l'obbligazione rivesta un ruolo così centrale. Il Codice italiano del 1865, su

---

<sup>(28)</sup> GIORGIANNI, voce *Causa nel negozio giuridico*, cit. 559, in cui si riporta la celeberrima massima del Domat.

<sup>(29)</sup> Risultano devastanti le conseguenze che sul piano sistemico derivano dalla commistione di causa e motivi. Dare infatti rilevanza a questi ultimi, comunque questi vengano in considerazione, equivale a subordinare gli spostamenti patrimoniali alla profonda incertezza ed ai continui mutamenti che contraddistinguono l'agire umano. Significa cioè rimettere l'efficacia ultima di un atto giuridico, al capriccio individuale.

<sup>(30)</sup> Pare che questa fondamentale distinzione risalga al giurista Baldo (1319 o 1327 – 1400), il quale distingue tra *causa finalis* o *proxima* e *causa impulsiva* o *remota*, riconoscendo che «*causa impulsiva est causa abusiva*», «*proprie non est causa sed quoddam motivum*». Dunque la causa impulsiva non è propriamente causa dell'obbligazione, ma motivo individuale e, in quanto tale, non rileva, salvo eventuale oggettivizzazione, sul piano giuridico. Al riguardo si faccia riferimento a ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., 16, che fa a sua volta riferimento, alla nota 58, a BALDO, *Super Decretal., Comm. in c. 11, X, l, 9, de renunciatione, c., post traslationem*, n.4 ed a BALDO, *Comm. In Cod. l, 3, 51, [52], de episc. et cler., l. generaliter*, n. 5.

<sup>(31)</sup> GIORGIANNI, voce *Causa nel negozio giuridico*, cit., 576.

impulso della dottrina dell'epoca, accoglie le idee sinora tratteggiate riproducendo letteralmente le disposizioni del *Code* francese in tema di causa. L'art. 1104 stabilisce che «I requisiti essenziali per la validità di un contratto sono la capacità di contrarre, il consenso valido dei contraenti, un oggetto valido che possa essere materia di convenzione, una causa lecita per obbligarsi<sup>(32)</sup>», l'art. 1119 aggiunge che «l'obbligazione senza causa o fondata su una causa falsa o illecita non può avere alcun effetto», l'art. 1120 stabilisce che «il contratto è valido quantunque non ne sia espressa la causa». Infine, l'art. 1121, inedito al codice francese, sancisce una presunzione di sussistenza della causa<sup>(33)</sup>. Sennonché, la concezione soggettiva non attecchisce nel panorama italiano in via definitiva. Da una prospettiva soggettiva della causa si passa gradualmente ad una nozione oggettiva; concezione quest'ultima, già da tempo entrata a far parte del patrimonio conoscitivo della dottrina italiana nonché di quella francese<sup>(34)</sup>.

L'affermazione delle nozioni oggettive si deve principalmente a due fattori, uno di tipo sistematico, l'altro di natura politica. Sul fronte sistematico, le inadeguatezze delle nozioni soggettive della causa sono il risultato di tre considerazioni fondamentali. In primo luogo, è stato osservato che, se ciascun contraente si obbliga in vista della prestazione dell'altro, allora sarebbe possibile affermare che scopo (e dunque causa) di ciascuno è il consenso dell'altro. Si attuerebbe, per questa via, una commistione di categorie – causa ed accordo – che non è possibile accettare in una prospettiva tesa ad attribuire autonomia concettuale all'elemento causale<sup>(35)</sup>. Le teorie soggettive inoltre, pur rivestendo una qualche parvenza di validità con riferimento ai contratti a prestazioni corrispettive, si spogliano di qualsiasi fondamento nei negozi unilaterali come la donazione<sup>(36)</sup> ove non c'è appunto una controprestazione. In secondo luogo, è stato rilevato come le concezioni analitiche o atomistiche della causa, nell'intento di riferire siffatto elemento ad una moltitudine di oggetti (le obbligazioni), svalutino l'unicità dell'operazione

---

<sup>(32)</sup> Si noti il riferimento della causa all'obbligazione;

<sup>(33)</sup> GIORGIANNI, voce *Causa nel negozio giuridico*, cit., 580, scrive che l'art. 1121 è l'unica disposizione non derivata dal *Code Napoleon*. La sua introduzione si deve alla volontà del legislatore del tempo di risolvere un dubbio sorto tra gli interpreti del codice napoleonico.

<sup>(34)</sup> MOTTA, voce *Causa nei negozi giuridici*, in *Nuov. dig. It.*, III, Torino, Unione tipografica torinese, 1938.

<sup>(35)</sup> ROPPO, *Il Contratto*, cit., 343; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, III, Firenze, Cammelli, 1925, 618; BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in *riv. dir. comm.*, 1908, I, 125; In senso contrario, MOTTA, in *Nuov. Dig. It.*, III, Torino, Unione tipografica torinese, 1938, il quale rileva che «non è vero che concepita soggettivamente la causa finisce con lo sparire assorbita nel consenso. Non soltanto è possibile distinguere concettualmente l'atto del volere e la ragione per cui lo si compie; ma la stessa legge li separa, richiedendo, oltre il consenso, anche la causa della obbligazione».

<sup>(36)</sup> Com'è noto, il Codice del 1865 definisce la donazione come un atto unilaterale e non come un contratto.

contrattuale <sup>(37)</sup>. In terzo luogo, si è fatto leva sulla possibile confusione, cui inevitabilmente danno luogo le teorie soggettive, tra scopo del contratto e motivi che ne determinano la conclusione; scopo e motivi rappresentano infatti due entità che, pur simili e, a tratti, perfettamente sovrapponibili, devono restare distinte. Questa necessità era peraltro già nota alla civilistica del XIV secolo <sup>(38)</sup> che, per evitare pericolose confusioni, aveva provveduto a differenziare i motivi singolari (*causa impulsiva*), da un lato, e lo scopo vero e proprio della contrattazione (*causa finalis*), dall'altro, attribuendo rilevanza solo al secondo, nella più totale ininfluenza dei primi, salvo eventuale oggettivizzazione, da attuarsi mediante il ricorso alla condizione. Ciò, ad ogni modo, non distolse la dottrina dell'epoca dal ripensare la causa in termini essenzialmente oggettivi. Un noto autore, riferendosi a questa vicenda, osserva che «*Non sembra [che] vi [fosse] molto di soggettivo ed individuale in uno scopo/motivo prossimo che, per ciascun tipo di contratto, si dà, sempre e per tutti i contraenti, come descrivibile nei medesimi termini*» <sup>(39)</sup>. Tal considerazione merita una sicura condivisione. Sul fronte politico, si registrò un'altra tendenza, frutto della recezione della dottrina del negozio giuridico prodotta in Germania nel corso del XIX secolo. In una prospettiva volta a focalizzare l'attenzione sull'operazione negoziale nella sua interezza, tesa all'oggettivizzazione dei rapporti intercorrenti tra le parti, si sceglie di "degradare" l'obbligazione a mera conseguenza del negozio; ciò spiana, com'è evidente, la strada alle teorie oggettive <sup>(40)</sup>. Così, ad esempio, critico verso la concezione allora vigente, si annovera la posizione di Bonfante, il quale ebbe a sostenere che «*la causa non è il motivo per cui la parte agisce ma il motivo, se si vuole, per cui la legge riconosce la sanzione giuridica, cioè l'essenza obbiettiva della relazione tra le parti, il negozio*» <sup>(41)</sup>. Si riporta altresì l'opinione del Ferrara il quale, in un'ottica oggettivizzante dell'elemento causale, scrive che «*Il sistema della causa obbiettiva, riguarda la causa come elemento esterno, estraneo alla determinazione delle parti; e stabilito dalla legge come condizione d'efficacia del negozio. La causa è il fondamento giuridico dell'obbligazione e la ragione obbiettiva della protezione*

---

<sup>(37)</sup> GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, 813 ss; Questa critica fu frutto delle teorizzazioni di cui si accennava poc'anzi circa la teoria del negozio giuridico.

<sup>(38)</sup> Vedi nota 29.

<sup>(39)</sup> BARCELLONA, *Della causa: il contratto e la circolazione della ricchezza*, Wolters Kluwer, 2015, 3, il quale, a sua volta, richiama il noto scritto di PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Metodo – Teoria- Pratica. Saggi*. Milano, Giuffrè, 1951, 113.

<sup>(40)</sup> ALPA, *La causa ed il tipo*, in *i contratti in generale*, a cura di Enrico Gabrielli, I, Torino, Wolters Kluwer, 2006, 548: «*Alla fine del secolo scorso nelle trattazioni enciclopediche, che offrono il quadro della situazione, già si unifica il discorso sulla causa dell'obbligazione ed il discorso sulla causa del contratto; si registra l'influsso della Pandettistica, soprattutto di Windsheid... la causa è considerata elemento necessario del contratto, ne è postulato logico, ne è il presupposto, sia in senso soggettivo (ciò che spinse l'agente a determinare la sua volontà) sia in senso oggettivo (la giustificazione che ne dà l'interprete)*».

<sup>(41)</sup> BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, cit., 123.

legale, dell'efficacia del negozio giuridico. La causa non è da ricercarsi nella serie degli intenti voluti raggiungere, o nella sfera psichica dell'agente, ma è un elemento obiettivo ed estrinseco, che convalida e giustifica la promessa, che riveste di efficacia la dichiarazione di volontà <sup>(42)</sup>». Un fondamentale contributo all'oggettivizzazione della causa è stato poi apportato da De Ruggiero. A questi si ascrive l'elaborazione di una nozione «apertamente oggettiva e funzionale della causa» <sup>(43)</sup>, che viene identificata nello scopo economico-giuridico del contratto «che si stacca dai fini più particolari ed individuali dell'agente e ne costituisce la ragion d'essere. La volontà del singolo per essere operativa dev'essere posta ... in relazione con uno scopo economico e sociale riconosciuto dal diritto, che ne costituisce appunto la causa <sup>(44)</sup>».

### **3. Il periodo autoritario, la codificazione del 1942 e l'introduzione dell'art. 1322, comma 2, del Codice Civile**

Agli albori della codificazione del 1942, le dispute intorno al problema della causa potevano dirsi tutt'altro che sopite. La dottrina italiana era in fermento, come testimoniato dall'incredibile numero di contributi dedicati all'argomento <sup>(45)</sup>. I vari tentativi di spiegare il fenomeno dell'autonomia privata sul piano concettuale culminano nell'impostazione di Emilio Betti. L'autore camerte sferra una pesante critica all'individualismo proprio della dottrina del diritto naturale del

---

<sup>(42)</sup> FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, Milano, Società Editrice Libreria, 1914, 73 ss., citato da ROTONDI, *La causa nei negozi giuridici (dal diritto intermedio al codice civile italiano)*, in *Studi di Diritto Privato*, VI, Padova, CEDAM, 1932, 27.

<sup>(43)</sup> BARCELLONA, *Della causa: il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 27 ss.

<sup>(44)</sup> DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto privato*, Messina-Milano, Casa Editrice G. Principato, 1937, 95-96, così come citato da BARCELLONA, *Della causa: il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit. 27; De Ruggiero, *ibidem*, si riporta qui il suo pensiero in maniera approfondita: «nella serie di rappresentazioni psichiche [*id est* motivi] che precedono ogni dichiarazione di volontà e che determinano da ultimo l'azione umana, è sempre possibile distinguere l'ultima che funziona come motivo determinante dell'azione, da tutte quelle che la precedono... ora in tutta la serie dei motivi ... il diritto non prende in considerazione che l'ultimo, il più prossimo all'azione, quello cioè che la determina e che sta, obiettivamente e giuridicamente, a giustificare la promessa o la dazione; trascura tutti gli altri più remoti, che hanno sì provocato la volontà fornendole l'occasione a determinarsi, ma che non bastano in sé e per sé a determinarla e quindi a giustificare la dazione o la promessa: e li trascura perché essi sono di regola irrilevanti pel diritto, salvo che non siano stati incorporati nella stessa dichiarazione di volontà, sotto forma di condizione o di modo o di presupposizione, così da costituire parte integrante di questa. Ebbene quello è la causa ... il fondamento obiettivo che giustifica l'attribuzione patrimoniale ... la condizione essenziale di esistenza del negozio giuridico, senza della quale la volontà non sarebbe di per sé capace di produrre l'effetto cui tende; questi sono i motivi, cioè le cause impulsive individuali e subbietive.

<sup>(45)</sup> Per una rapida rassegna delle opinioni precedenti alla codificazione del 1942, operate con riferimento ai lavori della Commissione italo-francese per la riforma del Libro delle obbligazioni conclusi del 1928 i quali tuttavia non ebbero alcun seguito in via legislativa, si veda BARCELLONA, *Della causa: il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 60 ss.

XVII e del XVIII secolo <sup>(46)</sup>. Accanto a questa operazione, Betti innova profondamente il modo di intendere l'autonomia privata operandone una funzionalizzazione in termini sociali <sup>(47)</sup>. Nella prospettiva in discorso, un contratto è meritevole di tutela se volto al perseguimento di un utile valutato secondo un criterio di socialità <sup>(48)</sup>; donde la ricorrente formula, riassuntiva del pensiero bettiano, di causa intesa come funzione economico-sociale. Si tratta, com'è noto, di una concezione oggettiva che prescinde, in quanto tale, dagli impulsi e dalle motivazioni propri dell'agire individuale <sup>(49)</sup>, ma, allo stesso tempo, essa contiene un elemento di novità – la socialità – che ne impedisce l'assimilazione alle precedenti elaborazioni. L'agire sociale invero assume in Betti una portata sino a quel momento inedita. Che il diritto fosse un fatto sociale, orientato al perseguimento di valori di socialità, costituiva, già all'epoca, un dato ineludibile. La rilevanza che andava assumendo l'autonomia privata, nella prospettiva in discorso, era del resto insita nelle formulazioni degli autori che avevano costruito il negozio giuridico, non più come una categoria puramente scientifica, ma come un istituto avente un rilievo pratico ed un ruolo ben definito nell'ambito del contesto socio-economico <sup>(50)</sup>. Si pensi, ad esempio, all'importante contributo della teoria istituzionale la quale, ricollegando ad ogni singola istituzione sociale un corrispondente ordinamento giuridico, negò l'unicità del diritto statale riconoscendo cittadinanza giuridica anche ad altri tipi di esperienze sociali <sup>(51)</sup>.

Viene così con Betti rinnovato il rapporto intercorrente tra ordine statale e sociale. Il primo è nella prospettiva bettiana sovraordinato al secondo <sup>(52)</sup>: in

---

<sup>(46)</sup> BETTI, *Teoria del Negozio Giuridico*, in *Trattato Vassalli*, Torino, Unione tipografica torinese, 1960, 51, sostiene che «La qualifica del negozio come dichiarazione di volontà ... ci deriva dai pandettisti tedeschi del secolo XIX ed è una rielaborazione alquanto arbitraria delle fonti romane, operatasi nella tendenza e nel senso di quel dogma sul terreno del diritto comune».

<sup>(47)</sup> BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., 450-451.

<sup>(48)</sup> BETTI, *Teoria del Negozio Giuridico*, cit., 51, dove si legge che «L'istituto del negozio giuridico non consacra la volontà di «volere» a vuoto, come piace affermare ad un certo individualismo, non ancora estirpato dall'odierna dogmatica. Piuttosto ... esso garantisce e protegge l'autonomia privata nella vita di relazione, in quanto si volge a dare assetto ad interessi degni di tutela nei rapporti che li concernono».

<sup>(49)</sup> BARCELLONA, *Della causa: il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 81; MARICONDA, ROLFI, *La causa del contratto*, in *Casi e Questioni di Diritto Privato*, XXI, *il contratto in generale*, Milano, Giuffrè, 2002, 1028-1029, in cui si legge che con «l'affermarsi della nozione oggettiva si assiste quindi ad un trapasso dall'idea di causa come fine o scopo ad una concezione della causa come funzione del negozio, svincolata dalla volontà delle parti: la causa esiste e dispiega i suoi effetti indipendentemente dalla rappresentazione che di essa le parti abbiano avuto, sì che anche la funzione svolta dal contratto viene ad essere operato in modo tendenzialmente autonomo dalle intenzioni dei contraenti».

<sup>(50)</sup> FERRI, *Causa e tipo nella teoria nel negozio giuridico*, 185.

<sup>(51)</sup> FERRI, *ibidem*, nota 69, in cui si cita ROMANO, *Presentazione a il diritto dei privati* di CESARINI-SFORZA, Milano, Giuffrè, 1963, IV ss.

<sup>(52)</sup> FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, 188, il quale scrive che l'autonomia sociale, così come intesa da Betti, costituisce una forma organizzativa espressione «di un principio superiore anche agli ordinamenti, i quali, anzi, intanto saranno giuridici, in quanto ai criteri di detta socialità si ispireranno».

altre parole, l'ordinamento statale non potrebbe in alcun caso negare la validità di un negozio diffuso nella prassi sociale. Da questa considerazione deriva il più importante corollario della prospettiva della causa intesa come funzione economico-sociale del contratto: l'identificazione della medesima con il tipo contrattuale e, conseguentemente, l'impossibilità di reputare illecita la causa di un contratto tipico. Le idee di Betti, qui solo abbozzate, trovarono un deciso accoglimento nel codice del 1942; ciò è testimoniato, oltre che dalle disposizioni che si occupano della materia <sup>(53)</sup> anche dalla Relazione al Codice Civile. Esiste però almeno una sostanziale differenza tra il pensiero di Betti e la struttura del Codice: l'elemento causale risulta infatti riferito al contratto e non al negozio giuridico <sup>(54)</sup>. Ciò dipese essenzialmente dalla volontà dei compilatori di far corrispondere il più possibile le categorie giuridiche a quelle economiche. Si ritenne pertanto di non positivizzare la categoria in discorso, ritenuta eccessivamente dottrinale a causa della non omogeneità, nella tipologia sociale, tra contratto, matrimonio e testamento <sup>(55)</sup>.

#### 4. La causa del contratto nel Codice Civile del 1942

Il legislatore del 1942 ha fondato l'intero diritto dei contratti sul principio causalistico <sup>(56)</sup> elevandolo a «pilastro fondamentale dell'ordinamento giuridico» <sup>(57)</sup>. Il codice, senza dare una definizione di causa, la annovera, com'è noto, tra gli elementi essenziali del contratto (1325 c.c.) <sup>(58)</sup>. Della causa si occupano inoltre l'art. 1343 c.c. che ne stabilisce l'illiceità allorché sia contraria a norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume e l'art. 1418, comma 2, c.c., che riconduce alla sua mancanza <sup>(59)</sup> la nullità dell'intero atto negoziale. Alla causa dei contratti atipici <sup>(60)</sup> fa riferimento l'art. 1322,

---

<sup>(53)</sup> Tra cui spicca l'art. 1322 del codice civile ed il riferimento alla meritevolezza dell'interesse.

<sup>(54)</sup> Ciò pone uno spaccato importante con il BGB tedesco del 1900 cui, com'è noto, non è ignota la figura del negozio giuridico.

<sup>(55)</sup> FERRIGNO, *L'uso giurisprudenziale del concetto di causa del contratto*, in *Contr. impr.*, 1985, 115 ss.; Ma si veda anche ALPA, *La causa ed il tipo*, cit., 491, che rileva come «alle soglie della codificazione la situazione è ben differente da quanto si vorrebbe far credere nelle due Relazioni: appare impossibile individuare una linea univoca di svolgimento dei contenuti del concetto ... [si assiste] all'affermarsi di una nozione oggettiva di causa intesa come funzione ... Ma il termine funzione ha ben altro contenuto di quello che vorrebbero fargli dire ed avere le Relazioni: certo si tratta di coniugare gli interessi individuali con gli interessi sociali, ma ciò non significa né una fuga nell'autoritarismo, né la necessaria ricerca da parte dei contraenti della realizzazione di uno scopo sociale; Particolarmente critico circa qualsiasi astrazione di tipo dottrinale e verso la categoria del negozio giuridico in particolare è Gorla G., *Op. Cit.*, 199 ss., che riserva ai sostenitori ai protagonisti di queste tendenze, tra i quali rientra Emilio Betti, l'appellativo di *savants*.

<sup>(56)</sup> MARICONDA, ROLFI, *La causa del contratto*, cit., 1021.

<sup>(57)</sup> CARINGELLA, DE MARZO, *Manuale di Diritto Civile*, III, *il Contratto*, Milano, Giuffrè, 131;

<sup>(58)</sup> Ciò impedisce un ritorno ad una concezione soggettiva della causa.

<sup>(59)</sup> «Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325 c.c.».

<sup>(60)</sup> Ciò salvo quanto si dirà più avanti in tema di causa concreta.

comma 2°, che ne subordina la validità al perseguimento di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Alla causa si riferiscono inoltre, in termini giustificatori del vincolo obbligatorio, l'art. 1174 c.c. che fa riferimento all'interesse del creditore, l'art. 1234 comma 1°, c.c., che prevede l'inefficacia della novazione in mancanza dell'obbligazione originaria, l'art. 2033 c.c., in tema di indebito oggettivo e l'art. 2041 c.c. relativo all'arricchimento senza causa <sup>(61)</sup>. Dalla Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi destinata al Re emergono le precise scelte di carattere sistematico operate dai compilatori. In particolare, si evincono tre punti: (i) che la causa è intesa in senso oggettivo <sup>(62)</sup>; (ii) che l'assenza di causa implica la nullità del contratto, con il noto corollario consistente nel divieto di costituire negozi astratti <sup>(63)</sup>; (iii) che la verifica circa la liceità della causa implica, non soltanto il riferimento allo schema contrattuale astratto predisposto dalle parti, ma anche alla concreta situazione in cui il contratto deve operare <sup>(64)</sup>. Tuttavia il principale compito che viene assegnato alla causa in questa fase trascende gli interessi dei singoli e si ricollega al soddisfacimento di fini superindividuali (la causa è in questa fase, giova ripeterlo, la funzione economico-sociale del contratto). In questo senso essa, assume un ruolo di controllo dell'autonomia privata interrompendo i rapporti con una tradizione plurisecolare: da congegno volto al superamento delle solennità e delle rigidità proprie del sistema romanistico e di quelli successivi – si pensi alla profonda evoluzione che ha interessato il patto atipico (c.d. *pacta*) con riferimento alla sua idoneità a generare vincoli obbligatori – diviene uno strumento deputato alla limitazione ed al controllo della libertà contrattuale <sup>(65)</sup>. Nel senso suddetto, al punto n. 613 della Relazione al Codice Civile, si legge che «Un codice fascista, ispirato alle esigenze della solidarietà, non può ignorare la nozione di causa senza trascurare quello che deve essere il contenuto socialmente utile del contratto». Dietro a siffatta prospettiva v'è dunque una precisa scelta ideologica, segnatamente l'esigenza propria dell'ordinamento economico corporativista di dirigere la volontà dei privati verso dei fini super individuali attuando, per questa via, un controllo sulla funzione economica dello scambio <sup>(66)</sup>. Per quanto riguarda le modalità di attuazione di

---

<sup>(61)</sup> ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., 45-46.

<sup>(62)</sup> PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di negozio giuridico*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 2010, 1610 ss., da cui si intuisce come sia sufficiente prender atto del fatto che in tema di illecito il legislatore abbia disciplinato separatamente la causa (1343) dai motivi (1345).

<sup>(63)</sup> Art. 1418, comma 2°, del codice civile.

<sup>(64)</sup> ALPA, *La causa ed il tipo*, cit., 491.

<sup>(65)</sup> ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., 53.

<sup>(66)</sup> FERRIGNO, *L'uso giurisprudenziale del concetto di causa del contratto*, cit., 125, che fa a sua volta riferimento a GALGANO, *Il diritto privato tra codice e Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 72; BARCELLONA, *Della causa: il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 69, che cita a sua volta la Relazione al Codice Civile (n.603) dalla quale si evince chiaramente quanto sinora affermato, ed in particolare che «nonostante gli equivoci e le critiche a cui il requisito della causa ha dato luogo, si è stimato necessario conservarlo e anzi conferirgli massima efficienza, non solo e soltanto in omaggio alla secolare tradizione del nostro diritto comune, quanto, e

siffatto controllo, esso, pur presentandosi costantemente, si atteggia in modo tendenzialmente differente a seconda che il contratto sia tipico o atipico. In particolare, si noti come i contratti tipici subirebbero il vaglio di utilità in via preventiva, in sede cioè di tipizzazione legislativa<sup>(67)</sup>, mentre, con riferimento ai negozi atipici, il sindacato ordinamentale interverrebbe in via successiva ad opera di un giudice espressione dell'ordinamento dello Stato<sup>(68)</sup>. Stando alla prospettiva della causa intesa come funzione economico-sociale del negozio appare insomma inevitabile nei contratti tipici la sovrapposizione delle nozioni di causa e tipo negoziale; da ciò discende una sorta di presunzione assoluta di meritevolezza e liceità del contratto tipico o nominato<sup>(69)</sup>. Se infatti la causa è la funzione economico-sociale realizzata dalla fattispecie normativa astratta, allora il negozio non potrebbe apparire immeritevole o illecito sia nel caso in cui le parti si siano conformate allo schema contrattuale predisposto dal legislatore, sia nell'ipotesi in cui abbiano aderito – volendo estendere la nozione tipicità includendovi altresì l'aspetto sociale – ad una prassi contrattuale diffusa nel consesso socio-economico<sup>(70)</sup>.

Detto ciò, differente risulterebbe il controllo di meritevolezza in relazione ai patti atipici. In quest'ultima ipotesi, si imporrebbe una valutazione giudiziale che includerebbe due distinte fasi: nella prima, l'organo giudicante dovrebbe operare una qualificazione giuridica della fattispecie concreta, verificandone la corrispondenza ad uno schema legislativo astratto; nel caso in cui non vi fosse un tipo in cui sussumere la fattispecie di riferimento, si passerebbe alla seconda fase e quindi alla valutazione della meritevolezza del contratto.

Il sindacato di meritevolezza appare in questo modo limitato in estensione attesa la sua applicabilità ai soli patti innominati essendo la meritevolezza dei negozi tipici, giova ripeterlo, già insita nella nozione di tipo contrattuale.

L'art. 1322, comma 2, tace circa i criteri ed i parametri che dovrebbero presiedere l'attività giudiziale di valutazione dell'autonomia privata. Ciò è comprensibile, dal momento che l'enucleazione delle nozioni di causa e di autonomia privata sono il frutto di un'elaborazione squisitamente dottrinale<sup>(71)</sup>.

---

soprattutto perché un codice fascista ispirato alle esigenze della solidarietà non può ignorare la nozione della causa senza trascurare quello che dev'essere il contenuto socialmente utile del contratto. Bisogna infatti tener fermo, contro il pregiudizio incline a identificare la causa con lo scopo pratico individuale, che la causa richiesta dal diritto non è lo scopo soggettivo, qualunque esso sia, perseguito dal contraente nel caso concreto ma è la funzione economico sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che sola giustifica la tutela dell'autonomia privata. Funzione pertanto che deve essere non soltanto conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma anche, per i riflessi diffusi dall'art. 1322, secondo comma, rispondente alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole della tutela giuridica».

<sup>(67)</sup> Ed ancora prima sociale.

<sup>(68)</sup> COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, Giuffrè, 1981, 26-27.

<sup>(69)</sup> Un contratto tipico sarebbe pertanto *a priori* lecito e meritevole.

<sup>(70)</sup> Il riferimento corre al c.d. tipo sociale inteso come schema negoziale diffuso nella prassi mercantile ma non disciplinato dalla legge.

<sup>(71)</sup> FERRI, *Meritevolezza dell'interesse ed utilità sociale*, in *riv. dir. comm.*, II, 1971, 81.

Non spetterebbe pertanto al legislatore prendere posizione circa un'operazione siffatta. È tuttavia evidente che dall'attività del giudicare discende obbligatoriamente la presa in considerazione dei parametri e dei criteri funzionali al suo obiettivo ed imparziale svolgimento. Nell'ottica del legislatore fascista siffatti parametri consisterebbero non soltanto nelle norme di legge, ma anche nelle norme non legislative volte ad esprimere i valori dello Stato. Si pensi alla Carta del Lavoro, alle norme corporative ed ai regolamenti dell'esecutivo. La stessa magistratura, lungi dal potersi considerare un ordine autonomo ed indipendente, sarebbe diretta emanazione del potere statale e dei valori di cui esso è portatore <sup>(72)</sup>. La teoria della causa intesa come funzione economico sociale è stata criticata sotto più profili. In primo luogo, perché finisce per trascurare – mettendoli in secondo piano – i reali scopi dei contraenti <sup>(73)</sup>. A quest'argomentazione si è obiettato che accogliere una prospettiva opposta, significherebbe confondere la causa con i motivi. Ed i motivi di norma assumono rilevanza solo se illeciti e comuni ad entrambi le parti (1345 c.c.) o se obbiettati per mezzo della condizione. In secondo luogo, si è fatto leva sulla già ricordata sovrapposizione tra causa e tipo <sup>(74)</sup>. Se la causa sintetizza gli effetti essenziali di un contratto tipico, allora non è pensabile che un negozio tipizzato sia dotato di una causa illecita <sup>(75)</sup>. Insomma, nei contratti tipici, la causa sarebbe sempre *in re ipsa*. Questo aspetto è stato peraltro approfondito dallo stesso Betti quando, nel delineare il rapporto intercorrente tra l'intento pratico dei contraenti e l'interesse sociale, dà per assodato che il perseguimento di quest'ultimo sia in sé funzionale alla realizzazione del primo <sup>(76)</sup>. Betti utilizza questa assonanza per illustrare un aspetto pratico-applicativo della causa che attiene alla circostanza che questa manchi o sia illecita. Nella prospettiva in discorso, un contratto manca di causa se non soddisfa una funzione socialmente utile. Ciò potrebbe accadere nel caso in cui le parti, pur facendo utilizzo di uno schema socialmente tipico, lo sviino verso fini antisociali <sup>(77)</sup>.

---

<sup>(72)</sup> COSTANZA, *Il contratto atipico*, cit., 26-27.

<sup>(73)</sup> CARINGELLA, DE MARZO, *Manuale di Diritto Civile*, cit., 131.

<sup>(74)</sup> CARINGELLA, DE MARZO, *ibidem*.

<sup>(75)</sup> CARINGELLA, DE MARZO, *ibidem*; in questo senso PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di negozio giuridico*, cit., 1610, il quale afferma che «se la causa fosse semplicemente la funzione giuridica, essa non sarebbe la sintesi funzionale degli elementi del negozio, ma la sintesi degli effetti che il diritto vi ricollega, e non vi sarebbe atto giuridico che non avesse una causa in questo senso, appunto perché produttivo di effetti. Infatti: non può esservi negozio che, in astratto, nel suo schema tipico, non abbia effetti, e quindi – nel senso suddetto – una causa. Il problema però è un altro: non si tratta di vedere cioè se e quali effetti produca un dato negozio, ma di stabilire se esso possa in concreto produrre effetti, o se non debba considerarsi come dato male, o perché manchi o perché sia illecita la causa».

<sup>(76)</sup> BARCELLONA, *Della causa: Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 84.

<sup>(77)</sup> BARCELLONA, *ibidem*.

A partire dalla dottrina funzionale della causa argomentano gli autori che ne contestano l'autonomia concettuale <sup>(78)</sup>. La causa si identificherebbe, ponendosi in una prospettiva funzionale, nello stesso contratto considerato sotto il profilo effettuale <sup>(79)</sup>.

Autorevole dottrina ha ormai da tempo posto in luce come il riferimento operato da Betti alla funzione economico-sociale del negozio, inteso come sintesi dei suoi effetti essenziali, comporti un'indebita commistione tra la struttura del medesimo – che sarebbe sempre integralmente nel dominio del diritto – e la sua funzione che verrebbe così ad essere determinata sulla base di categorie extragiudiche <sup>(80)</sup>.

## **5. Il lungo cammino della causa: dalla caduta dell'ordinamento corporativo all'affermazione della causa concreta**

La caduta dell'ordinamento corporativo e l'avvento della Costituzione segnano l'inizio di una tendenza esattamente opposta a quella che aveva caratterizzato i primi anni di vigore del codice civile. Sul fronte legislativo, le disposizioni del codice civile serventi gli scopi del regime vengono soppresse con il D.lgs. del 14 settembre 1944 n. 287, mentre sul fronte interpretativo si assiste ad una limitazione della rilevanza delle clausole generali del Codice Civile le quali prima di allora avevano trovato ampia applicazione <sup>(81)</sup>. Il problema della sovrapposizione tra causa e tipo negoziale e le esasperazioni concettuali cui aveva portato il formalismo causale emergono in questa nuova fase con tutte le loro energie. Si è già accennato alle conseguenze cui aveva portato la definizione della causa intesa come funzione economico-sociale. Il sottile richiamo della Relazione al codice civile alla valutazione delle circostanze concrete in cui il negozio si sarebbe trovato ad operare era rimasto lettera morta ed aveva promosso l'emergere di un fenomeno di asetticismo causale in forza del quale la causa veniva in rilievo unicamente in senso astratto con

---

<sup>(78)</sup> Le teorie che negano l'autonomia concettuale della causa sono dette dottrine anticausaliste.

<sup>(79)</sup> BIANCA, *Diritto civile*, cit., 451-452, il quale ammonisce su una delle argomentazioni spesso alla base delle dottrine anticausaliste fa leva sul richiamo a codici come quello tedesco che non pongono la causa tra gli elementi essenziali del contratto. Si osservi tuttavia che la legislazione germanica non ignora la nozione di causa. Quest'ultima sta infatti alla base della distinzione tra contratti dispositivi e contratti obbligatori. I primi sono atti astratti, rispetto cui non opera il principio causalistico, mentre i secondi sono atti necessariamente causali, poiché diretti a realizzare lo scopo per i quali essi stessi si giustificano.

<sup>(80)</sup> PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di negozio giuridico*, cit., 1609.

<sup>(81)</sup> GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *riv. dir. civ.*, 1994, 799 ss., il quale scrive che «A livello interpretativo preval[se] l'atteggiamento dottrinale, volto a negare ogni autonoma rilevanza alle clausole generali ed a ridurre il contenuto precettivo delle stesse a singole fattispecie normative. Alla base di tale atteggiamento sono quegli stessi fattori che avevano contribuito a determinarlo ... il dogma legalista, il metodo sistematico ed il formalismo».

riferimento cioè al tipo negoziale normativamente regolato <sup>(82)</sup> e non anche in termini concreti avendo riguardo all'effettiva realizzabilità del modello contrattuale. La questione è brillantemente esemplificata da Francesco Galgano <sup>(83)</sup> che pone il caso di chi acquisti per contratto di vendita una cosa già sua (perché, ad esempio, non sapeva, al momento dell'acquisto, di averla ereditata). Qui la causa astratta è senz'altro presente e consiste, com'è noto, nello scambio di cosa contro il prezzo. Diversa è la considerazione circa la sussistenza in concreto della causa: lo scambio non può infatti attuarsi perché il compratore non riceve nulla in cambio del prezzo. Non senza ironia, Rodolfo Sacco <sup>(84)</sup>, nella sua monografia sul contratto, fa riferimento ad una compravendita avente ad oggetto sostanze stupefacenti la quale dovrebbe ritenersi lecita poiché risponderebbe allo schema tipico della compravendita dello scambio di un bene contro un prezzo così come regolato dall'art. 1470 del codice civile.

Queste critiche conducono verso un nuovo modo di intendere la causa e l'autonomia privata. Non più strumenti volti al perseguimento di un interesse di carattere generale ma congegni unicamente messi al servizio di chi vi ricorre. Alla concezione della causa intesa come funzione economico-sociale del contratto, se ne sostituisce un'altra, volta a porre l'accento sugli interessi sottesi alla concreta operazione economica voluta dalle parti <sup>(85)</sup>; nasce la teoria della funzione economico-individuale che fa coincidere la causa con la ragione concreta del contratto, così come emerge dall'atteggiarsi degli interessi propri del caso singolo.

L'accoglimento di questa prospettiva produce delle interessanti conseguenze sul piano sistemico. Il primo corollario consiste nella progressiva svalutazione della regola dell'irrelevanza dei motivi <sup>(86)</sup>. Ciò, secondo alcuni autori, comprometterebbe l'oggettività del fenomeno causale e tradirebbe sia il dato positivo, sia le esigenze di certezza che discendono dall'accoglimento di una prospettiva rigorosamente oggettiva. Queste critiche appaiono però prive di fondamento. La concezione concreta della causa va correttamente intesa: essa non implica una non meglio specificata affermazione della regola della rilevanza

---

<sup>(82)</sup> Descrive in maniera chiara il fenomeno della causa astratta ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., 67, che scrive che la causa è «astratta in quanto fotografa la funzione astrattamente considerata, come schema asettico e costante di regolamentazione di interessi, che prescinde dal contesto concreto, dalle circostanze esistenti, dalle finalità pratiche perseguite dai contraenti». Con riferimento alla distinzione tra causa concreta ed astratta si veda anche GALGANO, *Tratt. dir. civ.*, II, Padova, Wolters Kluwer, 2009, 207 ss.

<sup>(83)</sup> GALGANO, *Ibidem*.

<sup>(84)</sup> SACCO, *Il contratto*, in *tratt. dir. civ.*, diretto da Filippo Vassalli, Torino, Unione tipografica torinese, 1975, 579.

<sup>(85)</sup> La nozione di causa quale funzione economico-individuale, detta anche causa concreta, in contrapposizione alla causa astratta propria dell'elaborazione bettiana, si deve al pensiero di FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1966; Trova accoglimento in ROPPO, *Il contratto*, cit., 2011, 344; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 814;

<sup>(86)</sup> ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., 68.

dei motivi; non si vuole cioè attribuire cittadinanza giuridica al capriccio sporadico delle parti ed al loro interno volere, comunque esso venga in considerazione. Al contrario, è stato giustamente osservato che «la concretezza debba declinarsi in termini di oggettività». Alla luce delle considerazioni appena esposte c'è chi identifica la funzione economico-individuale con lo scopo che sia, da un lato, comunemente perseguito dai contraenti e, dall'altro, obiettivato nel contratto <sup>(87)</sup>. La causa concreta si compone, in questo senso, dei motivi e degli interessi soggettivi, oggettivati nel contratto.

Il secondo corollario ha ad oggetto l'affrancamento della causa dal tipo negoziale <sup>(88)</sup>. A differenza della causa astratta, intesa come funzione economico-sociale propria di ogni tipo contrattuale, la causa concreta impone di tener conto dell'unicità di ciascuna operazione economica, a prescindere dal tipo contrattuale impiegato. Immediata conseguenza di ciò, è l'obbligo dell'interprete di procedere, caso per caso, dapprima alla qualificazione dell'operazione economica predisposta dalle parti e, solo successivamente, ad una sua individuazione. Il contratto si dirà tipico allorché la qualificazione abbia l'esito di ricondurlo ad uno schema astratto precedentemente tipizzato mentre si potrà parlare di operazione atipica in tutti i casi in cui l'operazione economica non sia sussumibile in una fattispecie astratta di riferimento. Muta, in questo modo, la funzione del tipo che viene in rilievo soltanto al fine di determinare la disciplina applicabile e che non garantisce più di per sé la meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti per mezzo del contratto <sup>(89)</sup>.

Sul presupposto «dell'obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale <sup>(90)</sup>», la teorica della causa concreta ha trovato accoglimento ad opera della Cassazione con la sentenza dell'8 maggio del 2006 n.10490. Il caso di specie aveva ad oggetto la richiesta di due contratti di consulenza da parte del titolare di una società in accomandita semplice nei confronti di una società per azioni. Questi riguardavano le stesse attività svolte da costui in adempimento dei suoi doveri di amministratore della società per azioni e di alcune sue controllate <sup>(91)</sup>. In primo grado trovavano conferma, ad opera del tribunale di Milano, le deduzioni della società per azioni (che sosteneva che l'intestazione dei contratti di consulenza alla società in accomandita semplice era solo uno schermo per eludere le norme fiscali e contributive) perché si accertava sia che non c'era stata nessuna oggettiva diversità tra le prestazioni rese in esecuzione dei

---

<sup>(87)</sup> ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., 72, che cita a sua volta l'opera di CARUSI, *La disciplina della causa*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, V. I, 537.

<sup>(88)</sup> ROLLI, *ibidem*; ROPPO, *Il contratto*, cit., 365;

<sup>(89)</sup> BARCELLONA, *Della causa: Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 120.

<sup>(90)</sup> Cass. Civ., 2006, n. 10490.

<sup>(91)</sup> IZZI, *La causa del contratto come funzione economico-individuale*, in *Giust. civ.*, 2007, 1988 ss.

contratti ed i compiti svolti in veste di componente degli organi societari, sia che i contratti di consulenza erano affetti da simulazione soggettiva perché solo nominalmente intestati alla società in accomandita semplice <sup>(92)</sup>. Sulla base di ciò, il Tribunale di Milano dichiara i contratti di consulenza nulli per difetto di causa. Dopo la sentenza di Appello che conferma la decisione di primo grado, il giudizio giunge in Cassazione. Alla Suprema Corte veniva presentato un gravame basato su due censure fondamentali: da un lato si rilevava che, dovendo il contratto di consulenza essere inquadrato in quello d'opera intellettuale di cui all'art. 2222 c.c., non potesse essere dichiarata l'assenza di causa perché questa, coincidendo con lo «schema economico-giuridico», è sempre presente nei negozi legalmente tipici; dall'altro che l'espressione «mancanza di giustificazione concreta del contratto» usata dalla Corte d'appello andasse intesa nel senso che a mancare o a risultare impossibile fosse in realtà l'oggetto e non la causa <sup>(93)</sup>. In riferimento alla prima questione, la Corte ha escluso che la nullità della convenzione negoziale derivi dall'impossibilità dell'oggetto del contratto <sup>(94)</sup>. A tal proposito, viene richiamata la nota distinzione tra impossibilità fisica e giuridica dell'oggetto: la prima riguarda una prestazione impossibile *in rerum natura* (si pensi alla *traditio* di cosa distrutta); la seconda riferisce l'impossibilità ad un fattore giuridico, quale il sussistere di un divieto normativo (ad esempio l'edificazione attuata in spregio alle norme sulla distanza legale tra edifici). In questo caso, la corte nega che l'attività di consulenza svolta dal professionista-amministratore della società possa dirsi impossibile posta la sua validità su entrambi i sopracitati profili.

Diversa considerazione merita, a parere della Corte, la questione concernente la causa del contratto di consulenza stipulato tra le parti. Il giudizio sulla sua validità muta infatti a seconda della teorica – astratta o concreta – che si intende prendere a riferimento. Nel primo caso – prendendo a riferimento la teoria della funzione economico-sociale del contratto – il negozio, trovando corrispondenza in uno schema legale tipico, qual è quello di cui all'art. 2222 c.c., non potrà in nessun caso dirsi privo di causa.

Diverso sarà l'esito di siffatta valutazione nella seconda ipotesi – ove cioè si identifichi la causa con la funzione economico-individuale del negozio. In quest'ultimo caso, il contratto non potrà che dirsi irrimediabilmente nullo per difetto di causa poiché il professionista aveva già svolto la sua attività di consulenza adempiendo ai suoi doveri di amministratore della società.

## 6. Il Giudizio di meritevolezza

---

<sup>(92)</sup> IZZI, *ibidem*.

<sup>(93)</sup> IZZI, *ibidem*.

<sup>(94)</sup> Cass. Civ., 2006, n. 10490.

Sinora si è compiuta una disamina dei principali modi di intendere la causa. Si è fatto riferimento agli svolgimenti storico-dottrinali dell'istituto e si è proceduto all'analisi degli snodi più importanti del suo percorso evolutivo. Occorre adesso, forti dell'analisi di cui alle pagine precedenti, approfondire l'istituto del giudizio di meritevolezza e del suo rapporto con la causa del contratto e con i differenti modi di intenderla. Si procederà, in particolare, all'indagine dei parametri che ne presiedono la concreta operatività ed alla descrizione dell'ambito applicativo.

Il sindacato di meritevolezza degli interessi trova il suo referente positivo in seno all'art. 1322 co. 2, c.c., il quale, com'è noto, subordina la facoltà delle parti di porre in essere un'operazione economica atipica alla condizione che questa persegua «interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico».

Nell'ottica del legislatore del 1942 che, come detto in precedenza, accoglie la teoria bettiana della funzione economico-sociale, la clausola in discussione «obbligherebbe il giudice a procedere ad un controllo dell'interesse perseguito dai contraenti che in tanto sarebbe meritevole in quanto sia anche utile socialmente<sup>(95)</sup>». Nella prospettiva in discorso, non è sufficiente che il contratto sia lecito, e dunque non dannoso socialmente, ma occorre altresì che sia socialmente utile. Non potrebbe quindi giovare della tutela ordinamentale un negozio che appaia futile, sterile ed improduttivo. Esso sarebbe nullo al pari del negozio illecito. Scrive in merito Emilio Betti: «La liceità è bensì condizione necessaria, ma non condizione sufficiente di per sé sola a giustificare il riconoscimento del diritto. Per ottenere questo la causa deve rispondere ad un'esigenza durevole della vita di relazione, a una funzione d'interesse sociale che solo il diritto – attraverso l'apprezzamento interpretativo della giurisprudenza ... – è competente a valutare nella idoneità a giustificare positivamente la sua tutela<sup>(96)</sup>». In quest'ottica, la meritevolezza assume dei contorni ben definiti che la distinguono dall'illiceità. Un contratto benché lecito, appare immeritevole allorché non soddisfi il criterio dell'utilità sociale. La meritevolezza quindi incide sull'autonomia privata non soltanto in negativo, stabilendo, per mezzo dell'art. 1343 c.c., che la causa non contrasti con le norme imperative, con l'ordine pubblico e con il buon costume, ma anche in positivo, di modo da assicurare il perseguimento di un fine sociale<sup>(97)</sup>.

Questo modo di intendere la libertà contrattuale sopravvive alla caduta del regime ed all'instaurazione dell'ordinamento repubblicano: non a caso, la moderna dottrina riconduce l'immeritevolezza alla contrarietà ai principi

---

<sup>(95)</sup> GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 821.

<sup>(96)</sup> BETTI, *Teoria del Negozio Giuridico*, cit., 193.

<sup>(97)</sup> È questa la tesi di GALGANO, *ibidem*, che sostiene che il controllo di meritevolezza è esercitato dal giudice, non soltanto in negativo per verificare se si tratta di interessi illeciti contrari all'ordinamento giuridico, ma anche in senso positivo, per accertare se gli interessi delle parti siano meritevoli di tutela. Conclude quindi per la plausibilità di una contrattazione che persegua interessi leciti ma immeritevoli.

costituzionali e, in particolar modo, all'utilità sociale <sup>(98)</sup>. Tali prospettazioni, poiché operano una funzionalizzazione degli interessi delle parti rispetto al contratto, vengono indicate in dottrina come tesi funzionaliste <sup>(99)</sup>: esse facultizzano una valutazione dell'operazione economica da attuarsi per mezzo di un controllo giudiziario della discrezionalità contrattuale <sup>(100)</sup>. Le prospettive opposte a quella appena citata – che non a caso vengono etichettate come antifunzionaliste – sono sostenute dagli autori che, in un'ottica fortemente liberale, negano al sindacato di meritevolezza autonomia concettuale ritenendo insussistente la possibilità di operare una distinzione qualitativa tra meritevolezza e liceità. In questo senso, la prima resterebbe assorbita nella seconda, attesa l'unicità dei parametri valutativi – norme imperative, ordine pubblico e buon costume – posti dall'art. 1343 c.c. a presidio di detto sindacato <sup>(101)</sup>. Il tradizionale limite positivo che assegna alla causa il compito di perseguire un fine socialmente utile cederebbe il passo, in questo modo, al solo limite negativo atto a riportarne la validità nell'ambito della stretta liceità <sup>(102)</sup>.

Dunque, volendo schematizzare quanto sinora detto è possibile inquadrare l'odierno dibattito sulla causa e sul giudizio di meritevolezza tenendo conto di due orientamenti fondamentali: da un lato vi sono i funzionalisti, ossia coloro che, pur salvando la nozione di causa intesa come funzione, rifiutano le connotazioni ideologiche che avevano caratterizzato la teorica della causa intesa come funzione economico-sociale; dall'altro lato, vi ritroviamo gli antifunzionalisti che identificano la causa con la sintesi dei risultati perseguiti dai contraenti e che riservano un'attenzione particolare alla nozione di causa concreta <sup>(103)</sup>. Da un lato c'è dunque chi ritiene che la regola della meritevolezza ex art. 1322, co. 2° implichi l'esigenza di sottoporre la norma contrattuale ad un controllo giudiziale che elevi a parametro di riferimento la nozione di utilità sociale <sup>(104)</sup>; dall'altro lato, chi assimila il giudizio di meritevolezza a quello di liceità, evitando in questo modo di porsi il problema della sua sistemazione concettuale. Detto ciò, non resta che approfondire queste due differenti prospettive tenendo conto del pensiero degli autori che le

---

<sup>(98)</sup> DI MARZIO, *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, in *Quaderni della rassegna di diritto civile diretta da Perlingieri*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2004, 124.

<sup>(99)</sup> Seguono quest'impostazione, tra i tanti, NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, in *Studi di diritto civile diretti da Nicolò e Santoro-Passarelli*, Milano, Giuffrè, 1975, 92; COSTANZA, *Il contratto atipico*, cit., 50.

<sup>(100)</sup> GALGANO, *ibidem*.

<sup>(101)</sup> Il principale assertore di questo modo di intendere l'autonomia privata è FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 406; id., *meritevolezza degli interessi e utilità sociale*, in *riv. dir. comm.*, 1976, 81 ss.

<sup>(102)</sup> FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 1966, 406, che sostiene che «i criteri dei quali l'ordinamento si avvale, per la valutazione della meritevolezza dell'interesse sono quelli enunciati dall'art. 1343 c.c.: norme imperative, ordine pubblico e buon costume».

<sup>(103)</sup> ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., 69, il quale richiama ALPA, *La causa e il tipo*, in *i contratti in generale*, a cura di Gabrielli, V. I, 493.

<sup>(104)</sup> FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *riv. dir. comm.*, 1979, 1.

hanno proposte. Tra i sostenitori della corrente antifunzionalista, prevalente negli anni 50' e 60' del secolo scorso, si annovera Gino Gorla, il quale, avvalendosi di uno studio storico-comparativo, sferra un attacco decisivo al dogma della funzione economico-sociale sostenendo, da un lato, la sua insuscettibilità ad essere oggetto di applicazioni pratiche e, dall'altro, l'inscindibilità tra le nozioni di meritevolezza e liceità sicché la liceità sarebbe in sé sufficiente a determinare la meritevolezza del negozio <sup>(105)</sup>. Sostiene quest'impostazione anche lo Stolfi <sup>(106)</sup>. Ad ogni modo, si osservi fin da ora come le tesi sinora citate appaiano criticabili sotto più punti. In primo luogo, in un ordinamento ispirato al principio di legalità, non è concesso all'interprete la facoltà di operare delle interpretazioni abroganti istituti previsti e disciplinati dalla legge. In secondo luogo, sul fronte sistematico, si noti come siffatta interpretazione dell'art. 1322, co. 2°, finisca per ridurre il medesimo ad un mero doppione dell'art. 1343 <sup>(107)</sup>. Sul finire degli anni 70' si assiste ad un *revival* delle dottrine funzionaliste. Questo diverso atteggiamento fu dovuto principalmente a due fattori: l'ampliamento della teorica delle fonti del diritto e l'abbandono del metodo dogmatico <sup>(108)</sup>. Si tratta di una tendenza piuttosto ampia che, lungi dal riguardare unicamente il tema dell'autonomia privata, tocca gli istituti della proprietà e dell'impresa. Queste prospettive funzionalizzanti, va detto sin da ora, appaiono tuttavia affatto diverse da quelle che avevano caratterizzato il periodo autoritario. Se infatti durante la fase da ultimo citata i parametri alla cui stregua vincolare la contrattazione risiedevano nel perseguimento di fini eminentemente nazionalistici <sup>(109)</sup>, in quest'ulteriore frangente i criteri di riferimento vengono, di volta in volta, identificati nell'impegno responsabile alla creazione di valori produttivi, nella realizzazione di linee di politica economica generale e nelle direttive di programmazione economica <sup>(110)</sup>. C'è poi chi suggerisce di ancorare il giudizio di meritevolezza ai principi costituzionali con particolare riferimento ai principi di uguaglianza, di solidarietà, ed alle disposizioni programmatiche relative alla funzione solidaristica dell'iniziativa economica e della proprietà <sup>(111)</sup> riallacciando in questo modo le potenzialità espressive dell'autonomia privata al perseguimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale di cui all'art. 2 della Costituzione <sup>(112)</sup>. Spicca, in questo senso, il riferimento all'art. 41 della Costituzione che puntualizza che il diritto di libertà dell'iniziativa economica privata non «è riconosciuto in modo assoluto, ma soltanto entro solo certi limiti

---

<sup>(105)</sup> GORLA, *Il contratto*, cit., I, 199 ss.

<sup>(106)</sup> STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1947, 29.

<sup>(107)</sup> Si tratta della critica più comune.

<sup>(108)</sup> GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, cit., 799 ss.

<sup>(109)</sup> V. Relazione al Codice Civile n. 603.

<sup>(110)</sup> GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, cit., 799 ss.

<sup>(111)</sup> GAZZARA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *riv. dir. priv.*, I, 2003, 55 ss.

<sup>(112)</sup> NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., 50.

fissati dal comma 2 che fa corpo con il comma 1 <sup>(113)</sup>». Tale lettura costituzionalmente orientata <sup>(114)</sup> impone una rivisitazione del sindacato di meritevolezza. La misura del potere concesso ai privati non va più determinato con esclusivo riferimento ai limiti di cui all'art. 1322, comma 2 c.c., ma impone di tener conto dei limiti costituzionali all'autonomia privata. E si badi bene, non si tratta soltanto di limiti esterni ma anche di limiti interni <sup>(115)</sup>. Quest'ordine di idee è stato sostenuto da vari autori tra i quali spicca Bianca <sup>(116)</sup> il quale àncora il sindacato di meritevolezza dell'interesse al principio di utilità sociale pur aderendo ad una nozione di causa concreta che fa leva sugli interessi delle parti, così come oggettivati in seno al contratto <sup>(117)</sup>. C'è poi chi scrive che «l'art. 1322, comma 2°, ... mette capo ad un controllo che è distinto da quello dell'illiceità del contratto ... [questo] non si muove in una dimensione individualistica ed interna alla logica del singolo contratto, giacché menziona l'ordinamento giuridico come criterio di valutazione della meritevolezza dell'interesse e, dunque, un parametro esterno al singolo contratto <sup>(118)</sup>».

In altre parole, si osservi come la causa, intesa come funzione, trascenda il dato meramente definitorio e coinvolga un attore ulteriore: l'ordinamento giuridico inteso come «specchio che riflette sulla causa gli interessi meritevoli di tutela e, dunque, il criterio per la loro selezione <sup>(119)</sup>». In questo modo non si intende condividere la tesi di chi ritiene che il giudizio di meritevolezza debba avere dei connotati ideologici che trascendono l'ordinamento giuridico. Al contrario, è l'ordinamento giuridico che, nel suo complesso, limita, per certi versi, *ab origine*, la validità di determinati di autonomia privati che devono apparire ad esso conformi <sup>(120)</sup>.

In conclusione, si rende opportuno fare riferimento alla questione dell'ambito applicativo della clausola di meritevolezza dell'interesse ex art. 1322, comma 2. Esso varia a seconda del modo di intendere la causa. La teoria della funzione

---

<sup>(113)</sup> NUZZO, *ibidem*, il quale richiama ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 Cost.*, in *giur. cost.*, VII, 1962, 33 ss.

<sup>(114)</sup> Sostiene la necessità di fornire una lettura degli istituti di diritto civile in chiave costituzionale e sovranazionale anche PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *rass. dir. civ.*, 2017, I, 204-228, il quale sottolinea il mutamento della gerarchia dei valori. «Le situazioni patrimoniali sono in posizione non più preminente, ma strumentale rispetto a quelle esistenziali. In tal contesto si impone nelle elaborazioni dottrinali e nella giurisprudenza, una reinterpretazione, in chiave costituzionale, degli istituti giuridici».

<sup>(115)</sup> PERLINGIERI, *ibidem*.

<sup>(116)</sup> BIANCA, *Diritto civile*, cit., 459, scrive che «il giudizio di meritevolezza dell'interesse non può poi prescindere dalla scelta costituzionale nel senso che l'iniziativa privata è libera ma non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».

<sup>(117)</sup> Ciò sembra dimostrare la perfetta conciliabilità tra causa concreta, da un lato, e funzionalizzazione dell'autonomia privata, dall'altro.

<sup>(118)</sup> ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., 92.

<sup>(119)</sup> ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., 93.

<sup>(120)</sup> ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., 94.

economico-sociale produce, come detto più volte sino ad ora, una sostanziale assimilazione tra causa e tipo contrattuale; limita in questo modo la riferibilità del vaglio giudiziale di meritevolezza degli interessi ai soli contratti atipici. Ciò perché qualsiasi tipo sarebbe meritevole *ex se*, per il solo fatto di essere stato a monte tipizzato dal legislatore.

Questa prospettiva cade radicalmente ove si identifichi la causa con la funzione economico-individuale del negozio. La liberazione della causa dal tipo, propria di siffatto *modus operandi*, obbliga il giudice o l'interprete all'esame della meritevolezza del contratto anche nel caso in cui il medesimo sia stato tipizzato. Accanto ad una causa tipica, astratta ed uguale per tutti i modelli negoziali presi a riferimento, ne esiste un'altra, concreta, che prescinde dal tipo contrattuale utilizzato dai contraenti <sup>(121)</sup>. Un conto è insomma la causa astratta, un altro è la causa concreta <sup>(122)</sup>.

## 6.1 (segue) La tesi di Gazzoni

Merita una trattazione separata la tesi elaborata da Francesco Gazzoni la quale, per certi versi, attua un "tripolarismo" in seno all'annoso dibattito tra funzionalisti ed antifunzionalisti. L'autore romano muove la sua teorica da una constatazione fondamentale: puntualizza cioè la sterilità e l'anacronismo di inquadrare il tema della meritevolezza degli interessi nell'ambito della dicotomia di cui sopra <sup>(123)</sup>. La funzionalizzazione degli interessi privati infatti «batte ben altre strade e soprattutto non si affida al giudizio, ma piuttosto alla legge ... ovvero al consenso degli interessati <sup>(124)</sup>». L'impostazione del discorso in una chiave *latu sensu* politica, lungi dal fare chiarezza sul tema, ha fuorviato il dibattito in modo eccessivo allontanandolo dai suoi aspetti di maggiore concretezza <sup>(125)</sup>. Detto ciò, Gazzoni rigetta l'impostazione liberista propria del

---

<sup>(121)</sup> FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 358, scrive che «L'assunzione del tipo ... nell'ordinamento giuridico non importa che tutti i concreti contratti [di quel tipo] siano meritevoli di tutela [come nel caso che si verificherebbe nel caso in cui si ponesse in luce la causa intesa come funzione economico-sociale del contratto]. Di fronte ad un contratto concreto non è sufficiente rilevare che lo schema astratto, a cui esso corrisponde, è stato riconosciuto adempiere ad una funzione socialmente utile, ma è necessario altresì valutare in concreto il modo in cui lo schema astratto è stato utilizzato. È necessario, cioè, valutare se l'interesse concretamente perseguito sia effettivamente corrispondente all'interesse tipizzato nello schema astratto.

<sup>(122)</sup> In questo senso, i contratti tipici avranno due cause una astratta (tipo) ed una concreta (gli interessi oggettivati nel negozio).

<sup>(123)</sup> GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *riv. dir. civ.*, 1978, I, 57, in cui si legge che «Alzare barriere contro la funzionalizzazione del contratto in sede di giudizio ex art. 1322, comma 2°, c.c. può allora obiettivamente significare lasciarsi coinvolgere nel gioco (della montagna) della ideologia fascista che ha partorito il "topo" della meritevolezza».

<sup>(124)</sup> GAZZONI, *ibidem*.

<sup>(125)</sup> GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, cit., 57: «Credo che alla norma contenuta all'art. 1322 ... sia stato dato un rilievo eccessivo

pensiero di Ferri che assimila i parametri del sindacato di meritevolezza a quelli posti dall'art. 1343 c.c. a presidio del giudizio di liceità della causa <sup>(126)</sup>. Ciò in forza di due obiezioni fondamentali. In primo luogo, rileva come un'abrogazione tacita dell'art. 1322, comma 2°, finirebbe con l'attribuire alla clausola di meritevolezza un valore meramente autorizzatorio e sostanzialmente garantista che non detterebbe delle regole di giudizio né nei confronti di un giudice né tantomeno nei riguardi delle parti contraenti <sup>(127)</sup>. In secondo luogo, osserva come il testo dell'art. 1322, c.c., comma 2, non indichi criteri di giudizio «fermi e precisi» riferendosi invece alla volontà dell'ordinamento giuridico. Si chiarisce quindi come la nozione di meritevolezza «si risolva in un giudizio sull'idoneità dell'assetto privato a derogare lo schema della tipicità legale <sup>(128)</sup>». Viene così ad esserne ridefinito l'oggetto che opererebbe non «a livello di causa come ... ritengono i funzionalizzatori» ma a livello di tipo in ciò distinguendosi dal giudizio di liceità che agirebbe sempre sulla causa intendendosi quest'ultima non in astratto ma in concreto <sup>(129)</sup>.

I privati, nell'inventare uno schema non previsto dalla norma, non farebbero altro che sostituirsi al legislatore colmando una lacuna normativa. In questo senso, si evidenzia come «il processo di tipizzazione non vada inteso tanto come una limitazione all'autonomia privata, ma come un ausilio alla libertà contrattuale, come punto di riferimento di più immediata utilizzazione per la disciplina normativa di un dato rapporto <sup>(130)</sup>». La valutazione dell'idoneità dello schema contrattuale predisposto dai privati a derogare lo schema della tipicità legale pone poi sul piatto un altro problema che attiene ai criteri con cui operare siffatta valutazione: «in tal senso il giudizio non può che essere reso sulla base di parametri obiettivi i quali, tuttavia, fanno riferimento proprio alla volontà dei

---

rispetto alla reale incidenza pratica del giudizio di meritevolezza e proprio perché si è voluto impostare il discorso in chiave di scontro ideologico. Mi propongo pertanto di dimostrare che, una volta ricondotta la ricerca ad un livello più concreto, molte delle discussioni suscitate dalla norma sono da inquadrare in altra prospettiva, trovando la loro collocazione e risoluzione in ambiti distinti, quali quello delle fonti delle obbligazioni, dell'interesse del creditore, della patrimonialità della prestazione, del giudizio di liceità della causa».

<sup>(126)</sup> GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, cit., 58: «Ci si può domandare che senso ha l'art. 1322 c.c. se già esiste l'art. 1343 c.c. che stabilisce proprio quando il contratto atipico è illecito?»; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 822 ss.

<sup>(127)</sup> GAZZONI, *ibidem*; ma si veda al riguardo l'obiezione di SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in riv. trim., 1966, 788, richiamata dallo stesso Gazzoni, alla nota 30 del suo contributo. Scrive Rodolfo Sacco che «gli art. 1322 e 1323 ... impediscono di dichiarare nullo un accordo per il solo fatto ch'esso non rientra in nessuno dei tipi previsti dalla legge».

<sup>(128)</sup> GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *riv. dir. civ.*, 1978, I, 66.

<sup>(129)</sup> GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, cit., 63: «occorre distinguere il giudizio che attiene al tipo da quello che attiene alla causa e, di conseguenza, distinguere il giudizio di meritevolezza da quello di liceità».

<sup>(130)</sup> GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *riv. dir. civ.*, 1978, I, 65.

privati (<sup>131</sup>)». Non ogni volontà ha tuttavia in sé l'attitudine a derogare gli schemi tipici. Infatti soltanto una volontà giuridica, espressa con le modalità e con il rispetto delle forme dettate dall'ordinamento giuridico gode di questo potere. Assumono in questo modo rilievo una serie di indici, che dovranno trovare valutazione ad opera del giudice, tra cui il concreto regolamento contrattuale, i rapporti intercorrenti tra i soggetti sia di carattere personale che patrimoniale, le circostanze oggettive in cui il patto è nato e l'*animus* che ha spinto i contraenti alla pattuizione (<sup>132</sup>). Nella prospettiva in discorso, anche un contratto indifferente e socialmente inutile risulterebbe meritevole di tutela ove soddisfatti i criteri sopraesposti, sì da far ritenere al giudicante che la volontà dei contraenti sia seria e reale.

Ultimo tratto interessante della corrente teoria ha ad oggetto l'enucleazione dei fini e degli obiettivi dei sindacati di meritevolezza e di liceità. Gazzoni infatti distingue qualitativamente liceità e meritevolezza, non soltanto rispetto all'oggetto del giudizio, ma anche con riferimento alla *ratio* sottesa a detti istituti. La liceità sarebbe così volta alla salvaguardia del principio di non contraddizione salvaguardando l'ordinamento giuridico da accordi il cui contenuto si ponga con esso in contrasto, mentre la meritevolezza si incentrerebbe, come detto in precedenza, «sul rispetto dell'idoneità [derogatoria] dello schema giuridico regolamentare predisposto dai privati (<sup>133</sup>) » e sembrerebbe, in questo modo, orientata a garantire che in seno all'ordinamento giuridico non trovino ingresso degli schemi regolamentari non realmente voluti.

---

(<sup>131</sup>) GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *riv. dir. civ.*, 1978, I, 66. Non si comprende tuttavia come possano dei parametri oggettivi far riferimento alla volontà e dunque ad un'entità necessariamente soggettiva.

(<sup>132</sup>) GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 824.

(<sup>133</sup>) GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 822 ss.



## Capitolo II

### Il giudizio di meritevolezza nella giurisprudenza

#### Premessa

La giurisprudenza ha riscoperto il giudizio di meritevolezza soltanto in tempi recenti. In passato, l'idea che l'autonomia privata potesse essere limitata ad opera di un giudice veniva rifuggita e fortemente stigmatizzata. In ossequio al «mito ottocentesco dell'onnipotenza della volontà e dell'intangibilità delle convenzioni <sup>(1)</sup>», all'indomani della codificazione del 1942, c'era persino chi affermava che la nozione di causa, vista la sua naturale attitudine al controllo degli atti di autonomia, avrebbe visto fortemente ridotta la sua area di incidenza <sup>(2)</sup>. Sennonché, la crisi del positivismo giuridico, la globalizzazione, il tramonto dei nazionalismi, l'affermarsi di una nuova *lex mercatoria* <sup>(3)</sup> ed il progressivo vacillare delle categorie giuridiche tradizionali, sulla spinta del progresso economico e dell'affermarsi delle nuove tecnologie, ci hanno consegnato un quadro affatto differente <sup>(4)</sup> in cui è dato riscontrare un progressivo ampliamento del grado di influenza del requisito causalistico. Questa tendenza, intercettata a suo tempo da un grande autore della contemporaneità <sup>(5)</sup>, ha così posto in forte discussione il tradizionale principio del «*qui dit contractuel dit juste*».

Importanti precisazioni sulla nozione di non meritevolezza degli interessi sono state fornite dalla giurisprudenza, di merito e di legittimità, in settori «sensibili» come l'intermediazione finanziaria <sup>(6)</sup> ed il ramo delle assicurazioni nonché nelle variegate fattispecie di cui si dirà nel proseguo del presente capitolo. La clausola ex art. 1322, c.c., comma 2 è stata invocata in queste occasioni al fine di affermare un principio di uguaglianza sostanziale del rapporto contrattuale con lo scopo di proteggere la parte più debole dagli abusi e dalle prepotenze

---

<sup>(1)</sup> Cass., 24 settembre 1999, n. 10511

<sup>(2)</sup> GIORGIANNI, voce *Causa*, cit., 574.

<sup>(3)</sup> GALGANO, *lex mercatoria*, in *www.dejure.it*.

<sup>(4)</sup> ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., 153.

<sup>(5)</sup> GALGANO, *Prefazione dei fatti illeciti*, Padova, Cedam, 2008: «Una generazione educata come la nostra alla filosofia del positivismo giuridico torna su posizioni di pensiero ad essa anteriori, come quando invoca, al di sopra della legge scritta, la legge della ragione, alla cui obbedienza aveva esortato, ancora prima delle codificazioni moderne, la scuola del diritto naturale».

<sup>(6)</sup> TUCCI, *Il contratto inadeguato e il contratto immeritevole*, in *Contr. impr.*, 2017, III, 921 ss.

della parte economicamente più forte <sup>(7)</sup>. Il ricorso delle corti al sindacato di meritevolezza, quale strumento di controllo e di valutazione dell'autonomia privata, ha così spinto la dottrina più avveduta a segnalarne la riscoperta <sup>(8)</sup> ed ha progressivamente scardinato le tesi di chi ne sosteneva l'abrogazione tacita o la sovrapposizione al giudizio di liceità della causa del contratto ex art. 1343 c.c. <sup>(9)</sup>.

## Sezione I

### L'operazione economica "for you"

#### 1. Alcune considerazioni iniziali

La vicenda che si intende preliminarmente esaminare concerne alcuni piani di investimento proposti da un noto gruppo bancario agli albori del corrente secolo. Nonostante i fatti siano piuttosto risalenti nel tempo, la loro rilevanza concreta non può dirsi ancora esaurita poiché un notevolissimo numero dei suddetti è tutt'ora in corso di esecuzione. Nel tempo hanno ricevuto varie denominazioni – *my way*, *for you*, *Visione Europa*, *121 performance* e *Soluzione futuro* – che non ne scalfiscono però la struttura essenziale.

#### 2. La fattispecie d'investimento

L'operazione economica *de qua* si compone di quattro contratti, segnatamente <sup>(10)</sup>: (i) di un mutuo oneroso all'investitore destinato all'acquisto di prodotti finanziari di durata compresa tra 15 e 30 anni, a seconda dei casi; (ii) di un contratto di mandato indirizzato alla banca e finalizzato all'acquisto di strumenti finanziari (azioni e quote di fondi d'investimento); (iii) della costituzione in pegno di detti strumenti a favore della banca ed a garanzia della restituzione dell'ammontare esatto della somma data a mutuo; (iiii) della stipula di una polizza assicurativa a garanzia delle somme mutate. Si prevedono inoltre una serie di clausole accessorie tra le quali spicca, in caso di recesso, l'obbligo del cliente al pagamento di una penale determinabile *ex contractu* <sup>(11)</sup> sovente sproporzionata e di costo pari o superiore alla somma ricevuta in mutuo. Con la

---

<sup>(7)</sup> CONTINO, *Contratti misti, collegati, e meritevolezza degli interessi*, in *Giust. civ.*, VII-VIII, 2001, 1897.

<sup>(8)</sup> COSTANZA, *For you for nothing o immeritevolezza – il commento*, in *Società*, VI, 2016, 721.

<sup>(9)</sup> LAMICELA, *La riscoperta del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. tra squilibrio e irrazionalità dello scambio contrattuale*, in *Edizionicafoscari.unive.it*, V, II, 2016, 211.

<sup>(10)</sup> Cass. civ., Sez. I, 26 maggio 2016, n. 10942; Cass. civ., Sez. I, 15 febbraio 2016, n. 2900; Cass. Civ., Sez. I, 10 novembre 2015, n. 22950; Cass. civ., Sez. VI, 30 settembre 2015, n. 19559; Cass. Civ., Sez. I, 20 settembre 2013, n. 21600; App. Salerno, 30 settembre 2009, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Salerno, 20 febbraio 2015, Sez. I, n. 775.

<sup>(11)</sup> Cass. civ., Sez. I, 15 febbraio 2016, n. 2900.

somma mutuata, che viene sottratta alla disponibilità del cliente, la banca procede all'acquisto di obbligazioni e di quote di fondi comuni di investimento. Nel contratto di intermediazione finanziaria relativo non viene peraltro specificato (i) il prezzo al quale vengono acquistate le obbligazioni e le quote di fondi comuni d'investimento; (ii) il rischio collegato all'investimento delle quote di fondi soggetto a variazioni repentine e imprevedibili; (iii) il tipo di prodotti acquistati né qualsivoglia indicazione delle caratteristiche dell'investimento che viene spacciato come un "piano previdenziale di lungo termine" <sup>(12)</sup> e che, in concreto, finisce col rivelarsi un'operazione ad alto rischio.

### 3. Sulla qualificazione giuridica

Le Corti si soffermano innanzitutto sulla qualificazione dell'operazione economica "for you". In prima battuta, qualificare un atto equivale a ricondurlo ad una data categoria giuridica o giuridicamente rilevante <sup>(13)</sup>. Vari sono i possibili tipi di qualificazione in relazione alle molteplici categorie giuridiche proprie della materia contrattuale <sup>(14)</sup>. Generalmente però con questa espressione s'intende l'attività che consente di stabilire se il contratto appartiene o meno ad uno dei tipi legali e che identifica le norme che, unitamente alla volontà delle parti, concorrono alla determinazione del regolamento negoziale <sup>(15)</sup>.

Con riferimento al caso di specie, consente di verificare, da un lato, se trovi spazio applicativo la disciplina speciale prevista dal T.U.F. (D.Lgs. n. 58/1998) unitamente agli obblighi posti in capo all'intermediario finanziario e, dall'altro, allorché l'operazione economica si riveli atipica, di eliminare a monte qualsiasi ostacolo in ordine alla possibilità di fare utilizzo del sindacato ex art. 1322, comma 2°, c.c., essendone in quest'ultimo caso indubbia l'operatività <sup>(16)</sup>.

---

<sup>(12)</sup> App. Salerno 30 settembre 2009, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), in cui si precisa che il piano finanziario for you è stato concepito essenzialmente come uno strumento previdenziale realizzato tramite operazioni finanziarie; Trib. Salerno, Sez. I, 20 febbraio 2015, n. 775, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it), in cui si riporta che il piano «era stato presentato dalla banca come un'operazione di risparmio sicura e previdenziale, così pubblicizzato anche a mezzo di materiale pubblicitario ingannevole sulle reali caratteristiche del prodotto, scoperte dal sottoscrittore solo dalle notizie divulgate dai principali organi di stampa e da una nota trasmissione televisiva.

<sup>(13)</sup> BIANCA, *Il Contratto*, cit., 472.

<sup>(14)</sup> BIANCA, *il Contratto*, cit., 473: «varie qualificazioni del contratto sono possibili in relazione alle varie categorie in cui può essere intesa la materia contrattuale secondo i diversi profili: dei soggetti (es.: contratti plurilaterali), degli effetti (es.: contratti obbligatori), della forma (es.: contratti a forma pubblica), ecc.

<sup>(15)</sup> VERSACI, *Giudizio di meritevolezza e violazione di regole di condotta in materia di intermediazione finanziaria*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 6, 852.

<sup>(16)</sup> VERSACI, *Giudizio di meritevolezza e violazione di regole di condotta in materia di intermediazione finanziaria, ibidem*; Si vedano, a tal fine, le considerazioni già svolte al capitolo primo e l'opinione di TUCCI, *Contratti misti, contratti collegati e meritevolezza degli interessi*, in *Giust. civ.*, VII-VIII, 2001, 1897.

Non sembra infatti abbia trovato seguito in giurisprudenza la tesi di chi ritiene che il giudizio di meritevolezza vada riferito anche alle pattuizioni tipiche, ciò in spregio ai moniti della dottrina che, facendo perno sulla nozione di causa concreta, da tempo ne segnala l'opportunità<sup>(17)</sup>. Tuttavia anche aderire alla tesi tradizionale, che restringe l'ambito di applicazione del giudizio di meritevolezza ai soli contratti atipici, non risolve l'ulteriore problema della sua riferibilità ai contratti misti<sup>(18)</sup>. Questi ultimi, definiti come il risultato dell'unione di più contratti tipici, attraggono a sé delle discipline tendenzialmente diversificate riconducibili all'applicazione delle teorie dell'assorbimento, della combinazione e dell'applicazione analogica.

Secondo la prima, bisognerebbe, di volta in volta, indagare la causa in concreto prevalente così da applicare, in via analogica, le norme concernenti il tipo negoziale preponderante; in questo caso il contratto risulterà governato dalla disciplina del tipo prevalente e, in conseguenza di ciò, risulterà inapplicabile la clausola ex art. 1322 c.c., comma 2 dovendosi la pattuizione ritenere tipica. Ove poi in ordine ad una data operazione economica non si riscontri un tipo prevalente, il negozio si dirà atipico e dunque soggetto al vaglio di meritevolezza degli interessi. Secondo la teoria della combinazione, il contratto misto apparterrebbe *in toto* alla categoria dei contratti innominati: nell'impossibilità di creare delle categorie intermedie tra questi ultimi ed i contratti tipici, sarebbero da applicare le norme dei negozi tipici i cui frammenti causali si fondono nell'unitaria causa del negozio misto. Nell'ipotesi poi di prevalenza di un tipo di sinallagma, ci si troverebbe innanzi ad un negozio tipico – e non di un negozio misto – con la conseguente esclusione del richiamo all'art. 1322<sup>(19)</sup>.

Stando poi alla teoria dell'applicazione analogica, sarebbero da applicare ai negozi misti, in via diretta, i principi generali sul contratto e, in via analogica, le norme afferenti ai singoli tipi da disciplinare.

Ebbene, la struttura delle operazioni economiche “*for you*” è il frutto di una pluralità di negozi e – più precisamente – di un contratto di mutuo, di un mandato, di un pegno e di un contratto di assicurazione. Si è innanzi ad un contratto misto<sup>(20)</sup> sottoponibile al giudizio di meritevolezza ex art. 1322, c.c., comma 2, a seconda della teoria cui si intenda aderire<sup>(21)</sup>.

La giurisprudenza di legittimità risolve il problema dell'ambito applicativo del vaglio di meritevolezza degli interessi qualificando l'operazione economica in

---

<sup>(17)</sup> BIANCA, *Il Contratto*, cit., 477: «La non rispondenza del contratto al tipo legale pone, come si è visto, un problema di controllo della causa che non è diverso rispetto a quello dei contratti nominati. La semplice coincidenza del contratto con uno schema legale non è infatti sufficiente a verificare la meritevolezza dell'interesse perseguito. In ogni caso si tratta di ricercare la causa concreta del contratto ... [che] dev'essere socialmente meritevole di tutela».

<sup>(18)</sup> CONTINO, *Contratti misti, contratti collegati e meritevolezza degli interessi*, cit., 1897 ss.

<sup>(19)</sup> CONTINO, *ibid.*

<sup>(20)</sup> CONTINO, *ibid.*

<sup>(21)</sup> Su tutte, v. Cass. Civ., Sez. VI, 30 settembre 2015, n. 19559.

discorso come un «contratto atipico, o innominato», escludendo che nel caso di specie ricorra un mero collegamento negoziale <sup>(22)</sup> e sottolineando come «Il contratto *for you* [sia] un contratto unitario perché unitaria ne è la causa». «La scomposizione in tre contratti è meramente apparente dal momento che l'intero regolamento di interessi ha lo scopo concreto di garantire una remunerazione ai risparmi dell'investitore mediante l'acquisto di titoli, pagati con l'importo finanziato con il mutuo acceso con esso, garantito da pegno, costituito dai titoli acquistati <sup>(23)</sup>». Sulla stessa scia si pongono le statuizioni dei giudici di merito atte a ricondurre le operazioni *for you* nel novero dei negozi atipici: «Le quattro operazioni di finanziamento, investimento gestito, pegno e garanzia assicurativa confluiscono in un unico contratto, che accentua il loro carattere unitario e la loro interdipendenza funzionale. Il risultato finale non consente di classificare tale contratto tra i contratti c.d. misti o complessi assoggettati alle regole del tipo contrattuale prevalente (criterio della prevalenza) o al regime dei contratti tipici pertinenti rispetto a ciascuno dei frammenti dell'operazione contrattuale (criterio della combinazione) posto che i due principali tipi negoziali collegati (il mutuo e l'intermediazione mobiliare, quest'ultima riconducibile alla figura del mandato, nel quale si colloca l'incarico alla banca di acquisto degli strumenti finanziari e di prestazione del servizio di gestione) presentano caratteristiche che, anche in ragione della loro interdipendenza, ne snaturano la causa tipica <sup>(24)</sup>».

Infine appare opportuno svolgere alcune considerazioni sul disposto dell'art. 1, comma 6°, lett. c), del Decreto Legislativo del 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), il quale riconduce nell'ambito della categoria dei servizi accessori «la concessione di finanziamenti agli investitori per consentire loro di effettuare un'operazione relativa a strumenti finanziari, nella quale interviene il soggetto che concede il finanziamento».

Senonché è la stessa giurisprudenza di legittimità <sup>(25)</sup> a negare che la tipicità dell'operazione economica possa desumersi da tale previsione attesa l'assenza di una sua compiuta disciplina <sup>(26)</sup>.

---

<sup>(22)</sup> Cass. civ., Sez. VI, 30 settembre 2015, n. 19559.

<sup>(23)</sup> Cass. civ., Sez. I, 15 febbraio 2016, n. 2900.

<sup>(24)</sup> Trib. Salerno, Sez. I, 20 febbraio 2015, n. 775.

<sup>(25)</sup> Su tutte si veda Cass. civ., Sez. I, 3 febbraio 2012, n. 1584, in cui si precisa che la «peculiare composizione del piano finanziario posto in essere dalle parti, articolato su di una serie di operazioni necessariamente interdipendenti (finanziamento, acquisto di obbligazioni, sottoscrizioni di quota di un fondo di investimento, costituzione in pegno delle obbligazioni e della quota, apertura di un conto corrente e di un conto deposito titoli), non è suscettibile nella fattispecie normativa richiamata, riguardante una mera operazione di finanziamento per operazioni relative a strumenti finanziari, sia pure compiute con la partecipazione del soggetto che ha concesso il finanziamento stesso».

<sup>(26)</sup> Trib. Salerno, 20 febbraio 2015, n. 775: «Il testo unico della finanza contempla tra i servizi accessori “la concessione di finanziamenti agli investitori per consentire loro di effettuare un'operazione relativa a strumenti finanziari, nella quale interviene il soggetto che concede il finanziamento” ma non detta una disciplina del contenuto tipico del contratto. Alla previsione definitoria non corrisponde un tipo contrattuale ed una causa tipica (causa in astratto), la quale

#### 4. Sulla meritevolezza dei piani finanziari “for you”

La riconduzione dell'operazione economica in discorso nel novero delle pattuizioni atipiche consente pacificamente di ritenerla oggetto del vaglio giudiziale di meritevolezza degli interessi. Senonché la precisazione dell'ambito applicativo della clausola ex art. 1322, c.c., comma 2, nulla dice circa i criteri atti a soprassedere l'operatività.

Nelle pronunce in discorso, la giurisprudenza, di merito e di legittimità, avvalendosi di una creatività sinora inedita all'odierno panorama giuridico e dottrinale, ritaglia un preciso spazio vitale al sindacato di meritevolezza degli interessi attraverso l'individuazione di criteri ulteriori e alteri rispetto a quelli posti a presidio del giudizio di liceità della causa, ex art. 1343 c.c., in ciò discostandosi anche dai dettami posti dal fautore della teoria della causa concreta <sup>(27)</sup>.

Ad ogni modo, resta da dire che le pronunce della Suprema Corte sul tema appaiono poco soddisfacenti. Da una delle decisioni principali <sup>(28)</sup> si evince il tentativo del giudicante di ricercare una «specifica connotazione degli interessi meritevoli quale fondamento dell'atto di autonomia». Si procede pertanto alla ricognizione del principio generale di libertà nella determinazione del contenuto contratto, di cui si rinviene il confine – con implicito riferimento alla facoltà delle parti di dar luogo a patti innominati – nella meritevolezza degli interessi perseguiti. Posto questo primo steccato, si tenta di enucleare una connotazione che si precisa dev'essere autonoma «rispetto alla generale nozione di illiceità del contratto (l'assimilazione alla quale ne produrrebbe la sostanziale abrogazione)». Scartata l'idea che il principio di utilità sociale debba assurgere a criterio cardine attraverso cui segnare il confine intercorrente tra meritevolezza e liceità <sup>(29)</sup>, le soluzioni proposte dalle Corti appaiono molteplici. Alcune pronunce fanno riferimento all'area dell'agiuridico e, in particolare, all'ipotesi in cui difetti una ragione giustificativa del vincolo, che resta indifferente per l'ordinamento, che non merita tutela e che quindi non è coercibile. L'immeritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti con l'operazione economica viene per questa via equiparata all'ipotesi in cui la

---

richiede il regolamento legale del contenuto contrattuale. La previsione lascia, perciò, impregiudicata la valutazione di meritevolezza dell'assetto di interessi risultante da un'operazione economica che, non avendo un modello normativo di riferimento, non si conforma ad una causa tipica in astratto considerata meritevole dall'ordinamento».

<sup>(27)</sup> TUCCI, *Contratti misti, contratti collegati e meritevolezza degli interessi*, cit., 897.

<sup>(28)</sup> Cass. civ., Sez. I, 10 novembre 2015, n. 22950.

<sup>(29)</sup> Cass. civ., sez. I, 10 novembre 2015, n. 22950: «Superato il riferimento iniziale all'utilità sociale, reputata retaggio di tendenze autoritarie, ma nel contempo volendo farne salva l'autonomia rispetto alla generale nozione di illiceità del contratto ... si è ricercata una specifica connotazione degli interessi meritevoli quale fondamento di un atto di autonomia».

causa manchi essendo il contratto idoneo ad attuare la funzione per cui è stato concepito <sup>(30)</sup>.

Un secondo modo di intendere la meritevolezza, avallato da una cospicua parte della dottrina <sup>(31)</sup>, attiene al riferimento «ai superiori valori costituzionali previsti a garanzia degli specifici interessi perseguiti ... attesa l'interazione, sulle previgenti norme codicistiche, delle superiori e successive norme di rango costituzionale e sovranazionale comunque applicabili quali principi informativi e fondanti l'ordinamento stesso». Si attua così un parallelismo tra i limiti che il legislatore incontra nello svolgimento della sua attività e quelli posti all'autonomia privata che dovrebbe in questo modo essere indirizzata in positivo, verso il perseguimento di fini super-individuali che in quanto tali si pongono al di sopra delle parti. Senonché se questo assunto rischia di spingersi troppo oltre, è quantomeno innegabile che la stella polare verso cui orientare il sindacato di meritevolezza, e da cui trarre i parametri atti a presiederlo, resta la Costituzione, unitamente ai principi di diritto internazionale e sovranazionale che tramite essa trovano spazio nel nostro ordinamento.

La giurisprudenza con riferimento all'operazione economica "for you" ha fatto ampio utilizzo di questo principio invocando in numerose pronunce norme cardine quali l'art. 41, comma 2°, Cost. che impone che la libertà di iniziativa economica privata non contrasti con l'utilità sociale, l'art. 48 Cost. che pone «a carico dello Stato l'obbligo di incoraggiare e tutelare il risparmio in tutte le sue forme e di disciplinare e controllare l'esercizio del credito <sup>(32)</sup>» e gli articoli 47 e 30 della Costituzione <sup>(33)</sup> in cui si valorizzano i principi di tutela del risparmio e l'incoraggiamento delle forme di previdenza, anche privata. In questo modo i controlli dell'ordinamento positivo relativi all'esplicazione dell'autonomia negoziale vengono ad essere parametrati sui superiori valori costituzionali previsti a garanzia degli specifici interessi dei contraenti con particolare riferimento alle parti deboli del rapporto <sup>(34)</sup>. Infine, si pone l'accento su un terzo parametro, di cui si dirà ampiamente più avanti <sup>(35)</sup>, che facendo leva sull'abnorme «squilibrio tra le controprestazioni a favore di un operatore specializzato e professionale <sup>(36)</sup>», assurge a criterio fondamentale di attuazione del sindacato ex art. 1322, c.c., comma 2.

---

<sup>(30)</sup> Cass. civ., sez. I, 10 novembre 2015, n. 22950: «Sul piano concettuale, sembra invero possa essere distinta l'area del proibito, da quella, adombrata dalla disposizione in esame, dell'agiuridico e che si riferisce specificamente alle ipotesi di difetto di una ragione giustificativa plausibile del vincolo, il quale non merita tutela e non è coercibile, restando indifferente per l'ordinamento»; Cass., Sez. II, 28 aprile 2008, n. 10798.

<sup>(31)</sup> In ordine a quest'ultimo, si veda quanto trattato sul capitolo 1°.

<sup>(32)</sup> App. Salerno, 30 settembre 2009, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it);

<sup>(33)</sup> Cass. civ., Sez. I, 23 dicembre 2016, n. 26948; App. Salerno, 11 gennaio 2012.

<sup>(34)</sup> Cass., Sezioni Unite, 6 maggio 2016, n. 9140; Cass. civ., 19 giugno 2009, n. 14343.

<sup>(35)</sup> V. Capitolo 3.

<sup>(36)</sup> Cass. civ., Sez. I, 15 febbraio 2016, n. 2900, in cui si fa riferimento «all'enorme alterazione dell'equilibrio contrattuale realizzato con il modello contrattuale for you, in quanto caratterizzato da una promessa, il raggiungimento di un beneficio economico futuro a fini previdenziali,

## 4.1 Sull'assenza di causa

Il difetto della ragione giustificativa del vincolo è una delle principali argomentazioni invocate a sostegno dell'immeritevolezza delle operazioni economiche "for you" <sup>(37)</sup>. La giurisprudenza relativa al caso *de qua* afferma che «la ragione dell'investimento del cliente risiede in una finalità previdenziale» e che la promessa dell'intermediario – cioè l'investimento a fini previdenziali – è stata «radicalmente disattesa» <sup>(38)</sup>. Una parte della dottrina, muovendo dallo scarto tra causa enunciata e causa realizzata (c.d. sfasamento della causa concreta), giunge ad affermare la nullità della contrattazione <sup>(39)</sup> in forza della «frustrazione dell'attesa di reddito, per il cliente, in conseguenza della gestione dell'investimento, reputata immanente alla stessa nozione di prodotto finanziario». In alcune pronunce, specie di merito, l'immeritevolezza dei piani finanziari "for you" è stata ricondotta all'incompatibilità tra il carattere unilaterale dell'alea che essi determinerebbero a carico del singolo investitore e la necessaria bilateralità dell'incertezza circa l'*an* e il *quantum* dei vantaggi conseguibili dall'esecuzione del contratto <sup>(40)</sup>; caratteristiche queste che dovrebbero tipicamente contraddistinguere la causa di un contratto aleatorio <sup>(41)</sup>. Sennonché questo orientamento appare criticabile non essendo dette operazioni economiche qualificabili come contratti aleatori: in esse non è rinvenibile, accanto ad un rischio economico, un rischio giuridico e le stesse prestazioni afferenti al contratto non risultano determinate nel *quantum* da un evento futuro e incerto <sup>(42)</sup>, pur essendo indubbio che, per la particolare struttura dell'operazione economica, il rischio di perdita – e dunque le

---

radicalmente disatteso non dall'andamento imprevedibile dei mercati, ovvero da un rischio che poteva essere contenuto nel nucleo causale del contratto atipico in questione ... ma da un tessuto di regole e vincoli contrattuali, congegnati in modo tale da esporre il cliente esclusivamente a conseguenze svantaggiose».

<sup>(37)</sup> Cass. civ., 10 novembre 2015, n. 22950; Cass., Sez. II, 28 aprile 2008, n. 10798; Trib. Salerno, 12 aprile 2007; Trib. Brindisi, 4 giugno 2009; Trib. Cagliari, 8 gennaio 2014; contra, Cass. civ., 25 novembre 2002, n. 16658; Cass., 22 luglio 2015, n. 15370.

<sup>(38)</sup> VERSACI, *Giudizio di meritevolezza e violazione di regole di condotta in materia di intermediazione finanziaria*, cit., 852 ss., il quale richiama quanto affermato in Cass. civ., Sez. I, 15 febbraio 2016, n. 2900; Lo scarto tra causa e causa concretamente realizzata emerge anche da altre numerose pronunce della giurisprudenza di legittimità, tra cui Cass. civ., sez. I, 10 novembre 2015, n. 22950; Cass. civ., Sez. I, 26 maggio 2016, n. 10942; App. Salerno, 30 settembre 2009.

<sup>(39)</sup> VERSACI, *Giudizio di meritevolezza e violazione di regole di condotta in materia di intermediazione finanziaria*, cit., 852 ss.

<sup>(40)</sup> LAMICELA, *La riscoperta del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. tra squilibrio e irrazionalità dello scambio contrattuale*, cit., 221.

<sup>(41)</sup> BIANCA, *Il Contratto*, cit., 491: «il contratto è aleatorio quando è a carico di una parte il rischio di un evento casuale che incide sul contenuto del suo diritto o della sua prestazione contrattuale».

<sup>(42)</sup> VERSACI, *Giudizio di meritevolezza e violazione di regole di condotta in materia di intermediazione finanziaria*, cit., 856.

prospettive di guadagno dell'investitore – risulta oltremodo alto essendo l'ottenimento di un saldo positivo subordinato alla circostanza che la somma dei titoli obbligazionari e delle quote di investimento superi l'ammontare del tasso di interesse corrisposto per il mutuo <sup>(43)</sup>.

L'assimilazione tra giudizio di meritevolezza e giudizio di esistenza della causa risulta criticabile sotto vari profili. In primo luogo, su un piano logico-formale, l'equiparazione del sindacato teso a verificare la meritevolezza della causa con quello volto a sincerarsi della sua esistenza dà luogo ad un'aporia insuperabile: non è possibile esprimere un giudizio di valore su di un'entità che potrebbe benissimo non esistere. In altre parole, il giudizio di meritevolezza sembra presupporre integrato il requisito causale ex art. 1325, n.2, c.c., che ne viene in questo modo a rappresentare l'oggetto; la mera esistenza di quest'ultimo però, nulla dice circa il suo positivo esito. In seconda battuta, l'identificazione tra sindacato di meritevolezza e giudizio di esistenza della causa condurrebbe, a conti fatti, alla negazione di autonomia del primo in luogo del secondo <sup>(44)</sup>.

## 4.2 Sul riferimento ai principi super-individuali

Fa ormai parte di un orientamento consolidato in giurisprudenza il porre a metro di valutazione della meritevolezza principi fondamentali e clausole generali desumibili dalla Costituzione e dal tessuto normativo sovranazionale ed internazionale quali, ad esempio, la buona fede, l'uguaglianza e la solidarietà sociale. Al fine di invocare l'immeritevolezza degli interessi perseguiti per mezzo delle operazioni economiche “for you”, la giurisprudenza non esita a dichiarare la loro contrarietà agli art. 38 e 47 della Costituzione asserendone l'incompatibilità con i principi di tutela del risparmio e delle forme di previdenza pubblica e privata <sup>(45)</sup>. Questo modo di procedere, se, da un lato, consegna al giudizio di meritevolezza una precisa autonomia concettuale, dall'altro lato, non è esente da critiche <sup>(46)</sup>. In primo luogo, per l'eccessiva vaghezza di detti principi e per la necessità di rapportarli al caso concreto: il rischio è che il potere concesso ai giudici, in ordine al controllo ed alla conformazione degli atti di autonomia privata, sia esercitato in modo arbitrario e per finalità differenti da quelle dichiarate. Il pericolo è insomma che di un uso si venga a compiere un abuso.

---

<sup>(43)</sup> VERSACI, *ibidem*.

<sup>(44)</sup> LAMICELA, *La riscoperta del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. tra squilibrio e irrazionalità dello scambio contrattuale*, cit., 222, che richiama GENTILI, *Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto atipico*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1989, 234-235.

<sup>(45)</sup> Cass. civ., Sez. I, 23 dicembre 2016, n. 26948; Cass. civ., sez. I, 10 novembre 2015, n. 22950; App. Salerno, 11 gennaio 2012.

<sup>(46)</sup> LAMICELA, *La riscoperta del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. tra squilibrio e irrazionalità dello scambio contrattuale*, cit., 218.

In secondo luogo, il riferimento alla violazione dei precetti costituzionali rischia per certi versi di sospingere il giudizio di meritevolezza verso quello di liceità negando autonomia concettuale al primo che verrebbe a sovrapporsi con il secondo.

### **4.3 (rinvio) Sullo squilibrio dell'assetto di interessi**

Con il giudizio di meritevolezza le Corti riequilibrano un assetto di interessi "sperequato" in favore di una parte ed a danno di un'altra ridefinendo l'equilibrio contrattuale inizialmente diviso dai paciscenti. Il terzo capitolo del presente lavoro è interamente dedicato a questa tema. Ad esso pertanto di rinvia.

## **5. Sul rapporto tra sindacato di meritevolezza e violazione di regole di condotta in materia di intermediazione finanziaria**

Il rapporto intercorrente tra giudizio di meritevolezza degli interessi e regole di condotta in materia di intermediazione finanziaria costituisce in tutta probabilità il punto di maggiore interesse della giurisprudenza relativa alle operazioni economiche "for you". La disciplina primaria e regolamentare pone in capo ai soggetti abilitati all'intermediazione nei servizi di investimento una serie di obblighi di condotta, in ragione dell'oggettiva complessità che caratterizza i beni negoziati, rea di rendere i suddetti "inafferrabili" al comune risparmiatore<sup>(47)</sup>. La previsione dei sopracitati obblighi risponde alla necessità di ridurre la situazione di asimmetria informativa che caratterizza ogni rapporto tra intermediario finanziario e risparmiatore di modo da porre quest'ultimo nelle migliori condizioni di valutare l'investimento. Gli obblighi informativi in discorso hanno struttura eterogenea e si compongono di dettami di carattere generale e di statuizioni più specifiche. Passando alla loro enunciazione, vengono innanzitutto in rilievo l'art. 21 del TUF<sup>(48)</sup>, diffusamente richiamato in

---

<sup>(47)</sup> INIZIATARI, PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, in *il diritto degli affari*, a cura di Bruno Inziatari, Lavis, Cedam, 2008, 36.

<sup>(48)</sup> 1. Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati; b) acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati; c) utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti; d) disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi e delle attività.1-bis. Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e dei servizi accessori, le Sim, le imprese di paesi terzi autorizzate in Italia, le Sgr, i GEFIA non UE autorizzati in Italia, gli intermediari finanziari iscritti nell'albo previsto dall'articolo 106 del Testo Unico bancario e le banche italiane: a) adottano ogni misura idonea ad identificare e prevenire o gestire i conflitti di interesse che potrebbero insorgere tra tali soggetti, inclusi i dirigenti, i dipendenti e gli agenti collegati o le persone direttamente o indirettamente connesse e i loro clienti o tra due clienti al momento della prestazione di qualunque servizio di investimento o

giurisprudenza <sup>(49)</sup>, l'art. 27 <sup>(50)</sup> del regolamento di attuazione Consob in riferimento ai doveri di diligenza, correttezza e trasparenza dell'intermediario finanziario e alla disciplina del conflitto d'interessi, l'art. 24 T.u.f. <sup>(51)</sup> e l'art. 37

---

servizio accessorio o di una combinazione di tali servizi; b) mantengono e applicano disposizioni organizzative e amministrative efficaci al fine di adottare tutte le misure ragionevoli volte ad evitare che i conflitti di interesse incidano negativamente sugli interessi dei loro clienti; c) quando le disposizioni organizzative e amministrative adottate a norma della lettera b) non sono sufficienti ad assicurare, con ragionevole certezza, che il rischio di nuocere agli interessi dei clienti sia evitato, informano chiaramente i clienti, prima di agire per loro conto, della natura generale e/o delle fonti dei conflitti di interesse nonché delle misure adottate per mitigare i rischi connessi; d) svolgono una gestione indipendente, sana e prudente e adottano misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati.1-ter. Le disposizioni di cui alle lettere a), b) e c) del comma 1-bis si applicano anche ai conflitti di interesse determinati dalla percezione da parte di Sim, imprese di paesi terzi autorizzate in Italia, Sgr, GEFIA non UE autorizzati in Italia, intermediari finanziari iscritti nell'albo previsto dall'articolo 106 del Testo Unico bancario e banche italiane di incentivi corrisposti da soggetti terzi o determinati dalle politiche di remunerazione e dalle strutture di incentivazione da loro adottate. 2. Nello svolgimento dei servizi e delle attività di investimento è possibile agire in nome proprio e per conto del cliente previo consenso scritto di quest'ultimo. 2-bis. Quando realizzano strumenti finanziari per la vendita alla clientela, i soggetti abilitati alla prestazione dei servizi e delle attività di investimento fanno sì che tali prodotti siano concepiti per soddisfare le esigenze di un determinato mercato di riferimento di clienti finali individuato all'interno della pertinente categoria di clienti e che la strategia di distribuzione degli strumenti finanziari sia compatibile con i clienti target. I soggetti di cui al presente comma adottano inoltre misure ragionevoli per assicurare che lo strumento finanziario sia distribuito ai clienti all'interno del mercato target. 2-ter. Il soggetto abilitato deve conoscere gli strumenti finanziari offerti o raccomandati, valutarne la compatibilità con le esigenze della clientela cui fornisce servizi di investimento tenendo conto del mercato di riferimento di clienti finali di cui al comma 2-bis, e fare in modo che gli strumenti finanziari siano offerti o raccomandati solo quando ciò sia nell'interesse del cliente.

<sup>(49)</sup> Su tutte, vedi Cass. civ., Sez. I, 15 febbraio 2016, n. 2900.

<sup>(50)</sup> 1. Tutte le informazioni, comprese le comunicazioni pubblicitarie e promozionali, indirizzate dagli intermediari a clienti o potenziali clienti devono essere corrette, chiare e non fuorvianti. Le comunicazioni pubblicitarie e promozionali sono chiaramente identificabili come tali. 2. Gli intermediari forniscono ai clienti o potenziali clienti, in una forma comprensibile, informazioni appropriate affinché essi possano ragionevolmente comprendere la natura del servizio di investimento e del tipo specifico di strumenti finanziari interessati e i rischi ad essi connessi e, di conseguenza, possano prendere le decisioni in materia di investimenti in modo consapevole. Tali informazioni, che possono essere fornite in formato standardizzato, si riferiscono: a) all'impresa di investimento e ai relativi servizi; b) agli strumenti finanziari e alle strategie di investimento proposte, inclusi opportuni orientamenti e avvertenze sui rischi associati agli investimenti relativi a tali strumenti o a determinate strategie di investimento; c) alle sedi di esecuzione, e d) ai costi e oneri connessi.

<sup>(51)</sup> 1. Al servizio di gestione di portafogli si applicano le seguenti regole: a) il cliente può impartire istruzioni vincolanti in ordine alle operazioni da compiere; b) il cliente può recedere in ogni momento dal contratto, fermo restando il diritto di recesso del prestatore del servizio ai sensi dell'articolo 1727 del codice civile; c) la rappresentanza per l'esercizio dei diritti di voto inerenti agli strumenti finanziari in gestione può essere conferita al prestatore del servizio con procura da rilasciarsi per iscritto e per singola assemblea nel rispetto dei limiti e con le modalità stabiliti con regolamento dal Ministro dell'economia e delle finanze, sentite la Banca d'Italia e la Consob. 1-bis. Nella prestazione del servizio di gestione di portafogli non devono essere accettati e trattenuti onorari, commissioni o altri benefici monetari o non monetari pagati o forniti da terzi o da una persona che agisce per conto di terzi, ad eccezione dei benefici non monetari di entità minima che possono migliorare la qualità del servizio offerto ai clienti e che, per la loro portata e natura, non possono essere considerati tali da pregiudicare il rispetto del dovere di agire nel migliore interesse dei clienti. Tali benefici non monetari di entità minima devono

del regolamento Consob in ordine alla disciplina del diritto di recesso.

Le particolari attenzioni rivolte dalla recente disciplina legislativa e regolamentare all'obbligo degli intermediari di informare gli investitori in maniera adeguata ed esaustiva non sono casuali ma viceversa assurgono alla necessità di garantire una migliore allocazione e distribuzione delle risorse <sup>(52)</sup>. Esiste infatti un rapporto di proporzionalità diretta tra efficienza del mercato ed informazione dei consumatori. La c.d. (e tanto discussa) mano "invisibile" che congiunge l'interesse personale del singolo operatore economico all'interesse della collettività esige per poter funzionare che i consumatori siano adeguatamente informati circa i prodotti ed i servizi loro offerti così da essere sempre nella condizione di comparare e di valutare i prezzi e le quantità offerte.

Da una maggiore efficienza – e correlativamente da una più aspra concorrenza – deriva però una diminuzione dei profitti delle singole imprese. Le scienze economiche hanno da tempo dimostrato come il profitto del monopolista si ponga più in alto del duopolio, seguito dall'oligopolio e dalla concorrenza monopolistica e di come la concorrenza perfetta generi i profitti più bassi <sup>(53)</sup>. Corollario immediato di questo assunto è il naturale interesse delle imprese ad adottare comportamenti anticoncorrenziali di modo da ridurre il numero dei concorrenti giungendo, per questa via, al monopolio o quantomeno alla collusione al fine di accaparrarsi dei prezzi e delle quantità di prodotto maggiori del libero mercato <sup>(54)</sup>. Da quanto appena detto, si evince come l'informazione dei consumatori sia il presupposto essenziale di un'effettiva concorrenza tra le imprese e di come essa non si possa realizzare semplicemente lasciando le forze economiche libere di operare <sup>(55)</sup>. La capacità del mercato di autoregolamentarsi è un antico mito da sfatare: qualsiasi sistema ispirato al liberismo economico deve munirsi di regole volte ad assicurare una corretta dinamica anticoncorrenziale che siano in grado di prevenire ed eliminare distorsioni ed asimmetrie attraverso norme volte a vietare e sanzionare cartelli, intese ed abusi di posizione dominante o di dipendenza economica nonché a garantire che ai consumatori sia assicurata un'informazione quanto più possibile corretta, completa e chiara <sup>(56)</sup>.

---

essere chiaramente comunicati ai clienti. 2. Sono nulli i patti contrari alle disposizioni del presente articolo; la nullità può essere fatta valere solo dal cliente.

<sup>(52)</sup> PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali*, in *Contr. impr.*, 2008, 4-5, 936 ss.

<sup>(53)</sup> Un esempio tipico della teoria economica di mercato prossimo alla concorrenza perfetta è offerto dal mercato agricolo. Questo continua a necessitare di una politica di sostegno dei prezzi finalizzata alla soddisfazione di molteplici obiettivi tra i quali spicca l'esigenza che il prezzo percepito dall'azienda agricola sia più alto di quello che realizzerebbe sul mercato in assenza di un intervento pubblicitario. A questo proposito, v. PAMPANINI, *Principi generali di gestione della politica comunitaria dei prezzi*, in <http://www.agr.unipg.it>.

<sup>(54)</sup> PROSPERI, *ibidem*.

<sup>(55)</sup> *Ibidem*.

<sup>(56)</sup> *Ibidem*.

Da queste considerazioni si ricava il principio per cui le norme che pongono in capo all'intermediario dei doveri di diligenza, correttezza e professionalità se da un lato, immediatamente, rispondono all'esigenza di tutelare il singolo investitore, soddisfacendo un interesse meramente privatistico, dall'altro lato, in via mediata, rispondono alla più generale necessità di tutelare l'integrità dei mercati, interesse quest'ultimo di marcato rilievo pubblicistico.

Sulla scorta di quest'ultimo rilievo, una parte della giurisprudenza di merito constata che la violazione degli obblighi di condotta ad opera degli intermediari integri la nullità virtuale del contratto di intermediazione finanziaria ai sensi dell'art. 1418, comma 1°, c.c., in quanto concluso in violazione di una norma imperativa.

Questo orientamento – condivisibile sul piano logico-interpretativo – ha subito un freno <sup>(57)</sup> da parte della giurisprudenza di legittimità, dapprima con la c.d. Sentenza Marziale <sup>(58)</sup> e, successivamente, con le sentenze Rordorf <sup>(59)</sup>.

Con la sentenza Marziale i giudici del Supremo Consesso hanno escluso che la violazione degli obblighi di condotta posti in capo agli intermediari generi una nullità virtuale ed hanno sottolineato la necessità di distinguere tra violazione di regole che attengono alla struttura del contratto e norme che prescrivono dei doveri di comportamento. La violazione di quest'ultime non genererebbe in nessun caso nullità, in assenza di una previsione legislativa espressamente rivolta in tal senso (nullità testuale). Si è in questo modo ribadito con forza il tradizionale principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento dell'atto di autonomia. Nella stessa decisione si precisa inoltre che la nullità non può conseguire alla mancanza del requisito essenziale dell'accordo, ex art. 1325 c.c., n.1, frutto di un difetto informativo in sede di stipulazione del contratto poiché, in quest'ultima ipotesi, il consenso mancherebbe soltanto parzialmente e non nella sua interezza <sup>(60)</sup>.

La Suprema Corte è poi tornata sull'argomento con le c.d. sentenze Rordorf. In uno spirito di conformazione alla tradizione, ha ribadito la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità ed ha delineato un assetto che è possibile schematizzare nel modo seguente <sup>(61)</sup>:

- La violazione degli obblighi di informazione e di corretta esecuzione che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento in ambito finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, se tali violazioni avvengono nella fase

---

<sup>(57)</sup> D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione*, in *Contratti*, 2009, 7, 732 ss.

<sup>(58)</sup> Cass. civ., Sez. I, 29 settembre 2005. n. 19024.

<sup>(59)</sup> Cass. civ., Sez. Unite, 19 dicembre 2007, n. 26724; id. n. 26725.

<sup>(60)</sup> Cass. civ., Sez. I, 29 settembre 2005. n. 19024.

<sup>(61)</sup> PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali*, cit., 936 ss.

antecedente o concomitante alla stipula del contratto di intermediazione finanziaria (c.d. contratto quadro) volto alla regolazione dei successivi rapporti tra le parti;

- Darà invece luogo a responsabilità contrattuale la violazione dei doveri comportamentali intervenuta nella fase successiva alla conclusione del contratto;
- In nessun caso, in difetto di espressa disposizione normativa in tal senso – *id est* in assenza di una nullità testuale – la violazione dei doveri di comportamento dà luogo alla nullità del contratto d'intermediazione finanziaria e degli atti negoziali compiuti in sua esecuzione.

Sulla sistematica appena esposta, poggiano le argomentazioni dell'istituto di credito presenti nella sentenza della prima sezione della Corte di Cassazione del 15 febbraio 2016 n. 2900.

Il Supremo Collegio, dopo aver affermato l'atipicità dell'operazione economica "*for you*" e dopo aver attribuito unità sostanziale ai quattro contratti conclusi tra risparmiatore ed intermediario, poiché unitaria <sup>(62)</sup> ne è la causa, puntualizza che «la violazione d[elle] regole di condotta può essere scrutinata soltanto su di un contratto valido e produttivo di effetti vincolanti sulle parti e non nell'ipotesi in cui si debba escludere la stessa configurabilità di un testo contrattuale per il giudizio negativo ex art. 1322, c.c., comma 2».

Il Supremo Collegio, in questo modo, pur facendo surrettiziamente salva la costruzione operata con le sentenze Rordorf, dichiara la nullità del contratto d'intermediazione finanziaria per mezzo del sindacato di meritevolezza che viene a porsi in questo modo in un rapporto di pregiudizialità logico-giuridica rispetto allo scrutinio dei già ampiamente discussi doveri comportamentali degli intermediari. Gli esiti di questo modo di procedere appaiono criticabili poiché contraddittori rispetto allo *jus receptum* della Suprema Corte e al principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento. Si ha insomma l'impressione che la Corte dovendo, da un lato, tutelare l'assetto di interessi privatistici e pubblicistici di cui si discorreva poc'anzi e dovendo, allo stesso tempo, far salva la statuizione delle Sezioni Unite, si sia servita del giudizio di meritevolezza ponendo a metro di valutazione dei profili squisitamente soggettivi attinenti al comportamento dell'ente creditizio <sup>(63)</sup>; ciò nella ben nota difficoltà di determinare dei criteri atti a soprassedere il vaglio di meritevolezza degli interessi. A conferma di quest'argomentazione, ci si soffermi su formule quali «sfruttamento delle preoccupazioni previdenziali dell'utenza», o «mancata indicazione del costo, del rendimento e delle

---

<sup>(62)</sup> Così si esprime la Suprema Corte in Cass. civ., Sez. I, 15 febbraio 2016, n. 2900.

<sup>(63)</sup> Che, si ripete, potrebbero al più costituire un vizio funzionale del rapporto e non un vizio genetico.

caratteristiche dei prodotti finanziari acquistati con il mutuo», che richiamano dei profili esclusivamente comportamentali.

## Sezione II

### La difficile integrazione della clausola *claims made*

#### 1. Le clausole «*claims made*»

Le clausole *claims made*, elaborate dalla prassi assicurativa anglosassone<sup>(64)</sup>, sono state importate nel nostro paese negli anni Novanta<sup>(65)</sup> ed hanno gradualmente sostituito il modello tradizionale (cd. *loss occurrence*). Questo innovativo modello assicurativo garantisce la responsabilità civile unicamente per le istanze di risarcimento giunte all'assicurato, per la prima volta, dopo il perfezionamento del contratto, nel periodo di operatività della garanzia assicurativa; ciò a prescindere dal momento in cui il danno si è prodotto<sup>(66)</sup>. Si attua in questo modo una delimitazione temporale del rischio garantito, inesistente nel modello *loss occurrence*, che prevede invece che la garanzia assicurativa copra il risarcimento che l'assicurato deve pagare a terzi in virtù della sola circostanza che il fatto generatore della responsabilità sia accaduto «durante il tempo dell'assicurazione» (1917, c.c., comma 1)<sup>(67)</sup>.

In altre parole, con la clausola *claims made* la garanzia assicurativa opera esclusivamente nel caso in cui la richiesta di risarcimento pervenga in corso di polizza, mentre in regime *loss occurrence* la copertura scatta se è il fatto

---

<sup>(64)</sup> CARASSALE, *La clausola claims made nelle polizze di responsabilità civile professionale, in danno resp.*, 2006, 5, 600 e MARIOTTI GUACCI, *La responsabilità civile nelle polizze di assicurazione*, Milano, 2004, 126, in cui si puntualizza come nel mondo anglosassone la clausola *claims made* sia nata per assecondare l'interesse delle imprese di produzione di beni al fine di garantire loro una copertura per i danni prodotti dai beni messi in circolazione.

<sup>(65)</sup> CARNEVALI, *La clausola claims made nella sentenza delle sezioni unite*, in *Contratti*, 2016, 8-9, 753 ss.

<sup>(66)</sup> MAZZOLA, *La copertura assicurativa claims made: origine, circolazione del modello e sviluppi normativi*, *Eur. dir. priv.*, 2017, 3, 1013 ss.

<sup>(67)</sup> MAGNI, *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità*, in *Giur. it.*, 2011, 834: «Lo schema del contratto di assicurazione designato nell'art. 1917 c.c. (e che, sempre secondo la terminologia anglosassone è definito *loss occurrence* ossia "insorgenza del danno"), prevede l'obbligo dell'assicuratore di tenere indenne l'assicurato "di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare ad un terzo» e, dunque, obbliga l'assicuratore alla manleva del proprio assicurato rispetto a tutti i sinistri verificatisi in costanza di contratto, ossia per un periodo di tempo molto esteso e che va ben al di là della efficacia stessa del contratto di assicurazione. Infatti l'unico limite temporale è la prescrizione del diritto dell'assicurato, perché una volta cessata l'efficacia del contratto, l'assicuratore è comunque tenuto alla garanzia anche a distanza di anni se il danneggiato agisce per un fatto verificatosi durante l'esistenza del contratto».

dannoso ad accadere nel suddetto periodo e, salvo prescrizione <sup>(68)</sup>, indipendentemente dal momento in cui pervenga l'istanza di risarcimento.

La prassi assicurativa ha elaborato due differenti versioni di clausola *claims made*. Un primo modello definito "puro" tramite il quale l'assicuratore si obbliga a manlevare l'assicurato per tutte le richieste di risarcimento inoltrate nel periodo di efficacia della polizza, sia nel caso in cui esse facciano riferimento a sinistri verificatisi durante il periodo di vigenza del contratto, sia ad incidenti che, sorti in precedenza, non abbiano mai trovato formalizzazione nei confronti di quest'ultimo (c.d. periodo di garanzia retroattiva) <sup>(69)</sup>.

V'è poi un secondo modello denominato "spurio" o "misto", di più frequente applicazione, in virtù del quale sono garantiti unicamente i sinistri verificatisi in corso di polizza purché risultino denunciati durante il tempo dell'assicurazione <sup>(70)</sup>; in determinati casi questo tipo di polizza attribuisce una limitata copertura retroattiva, di regola non superiore a due o tre anni dal momento in cui il contratto è stato concluso.

In sintesi: con la clausola *claims made* "pura", all'assicurato viene garantita una copertura retroattivamente illimitata; ciò non avviene nel modello "spurio o misto" in cui la garanzia viene accordata soltanto in relazione a fatti dannosi verificatisi in corso di polizza, o, se specificamente previsto, in un limitato periodo temporale anteriore alla sua stipulazione.

Si noti che, qualsiasi sia la versione della clausola presa in considerazione, l'elemento essenziale del modello *claims made* resta la circostanza che la richiesta di risarcimento pervenga entro la data di validità della garanzia <sup>(71)</sup>. Al di fuori di questo presupposto essenziale, il sinistro non trova copertura.

Con l'intento di estendere l'ambito temporale di copertura del rischio oltre i limiti sopraccennati, la prassi assicurativa ha elaborato varie soluzioni. Tra di esse, spiccano per importanza:

---

<sup>(68)</sup> Si noti che nella responsabilità civile il termine prescrizione di riferimento è spesso decennale perché il titolo della responsabilità è contrattuale. A tal proposito, vedi MAGNI, *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità*, cit., 834, nota 5, in cui si fa riferimento alla responsabilità medica e a Cass. civ., Sez. VI, 30 settembre 2015, n. 19559.

<sup>(69)</sup> MAGNI, *Il contratto di assicurazione per la responsabilità civile claims made non è meritevole di tutela se non è prevista la garanzia postuma*, cit., 1191 ss; BONUOMO, *L'inserimento in un contratto assicurativo di una clausola claims made determina la stipulazione di un contratto atipico*, *lecito*, in *Giur. it.*, 2006, 257: «Attraverso tale clausola l'assicuratore si obbliga a lasciar indenne l'assicurato per tutti quei sinistri che gli siano stati comunicati dal terzo danneggiato nel periodo di vigenza del contratto, indipendentemente quindi dal giorno del loro materiale verificarsi».

<sup>(70)</sup> MAGNI, *ibidem*.

<sup>(71)</sup> MAGNI, *ibidem*.

- La “*Sunset clause*” che estende il frangente temporale di presentazione della richiesta di risarcimento oltre il termine di scadenza della polizza <sup>(72)</sup>;
- La “*Deeming clause*” ossia la formula assicurativa che prevede la possibilità per l'assicurato di denunciare, in corso di polizza, circostanze che potrebbero dar origine ad una richiesta di risarcimento in un momento successivo alla sua scadenza.

## 2. Le esigenze dei soggetti coinvolti nell’attuazione del modello *claims made*: L’interesse degli assicuratori

La causa primigenia dell’elaborazione del modello assicurativo *on claims made basis* risiede nell’esigenza delle compagnie di far fronte ai danni <sup>(73)</sup> che, emergendo a notevole distanza di tempo dalla verifica del fatto che li ha causati, obbligano l’assicuratore, in regime *loss occurrence*, alla loro manleva (c.d. danni lungolatenti).

Si pensi a questo riguardo agli effetti collaterali dei farmaci sperimentali o di nuova invenzione, i cui effetti dannosi eventuali, sovente, si manifestano molto tempo dopo il momento della somministrazione. L’esigenza di indennizzare l’assicurato per questo genere di sinistri comporta gravi inconvenienti di gestione dell’impresa assicurativa che si avvalga di polizze *loss occurrence* <sup>(74)</sup> a causa dell’eccessiva dilatazione temporale del rischio che questa tipologia di danni comporta.

Le problematiche principali cui va incontro l’assicuratore, che si avvalga di polizze tradizionali, in relazione all’obbligo di manlevare i danni lungolatenti, sono riconducibili:

- All’incertezza di stimare l’importo esatto del danno risarcibile: se il danno si manifesta a notevole distanza di tempo dal momento in cui è avvenuta la condotta che lo ha cagionato, allora risulterà impossibile determinarne il *quantum debeatur* con sufficiente precisione.

---

<sup>(72)</sup> FERMEGLIA, *Le Sezioni Unite confermano sé stesse sulla natura della clausola claims made*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2017, 5, 622.

<sup>(73)</sup> CARNEVALI, *La clausola claims made nella sentenza delle Sezioni Unite*, cit., 755.

<sup>(74)</sup> MAGNI, *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità*, cit., 835: «Secondo lo schema disegnato dall’art. 1917 c.c., alla cessazione del contratto l’assicuratore non ha la certezza di non essere più tenuto a manlevare l’assicurato, perché tale obbligo permane fino a quando non si sia maturato il termine di prescrizione del diritto del danneggiato ad essere risarcito dei comportamenti posti in essere dall’assicurato durante il tempo dell’assicurazione. E soprattutto non è possibile sapere, alla data di cessazione del contratto, quali sinistri e di quale peso economico l’assicuratore potrà essere tenuto a garantire l’assicurato».

- Al problema di effettuare delle stime probabilistiche e statistiche certe in ordine alla probabilità di verificazione di siffatta tipologia di danni;
- Alla difficoltà di consolidare il bilancio di polizza alla scadenza del rapporto contrattuale, attesa la presenza del rischio IBNR (*incurred but not reported*), cioè della tipologia di rischio connessa a sinistri che si sono verificati, ma che non sono ancora stati denunciati nel corso dell'annualità di polizza; in questa categoria rientrano certamente i danni lungolatenti.
- Nel rischio di un mutamento imprevisto delle condizioni economiche (andamento imprevedibile dei mercati) o giuridiche (mutamenti di giurisprudenza) nel periodo intercorrente tra l'accadimento del fatto dannoso e la manifestazione del danno <sup>(75)</sup>.

A detta degli assicuratori la clausola *claims made* eliminerebbe questi inconvenienti <sup>(76)</sup>. È stato infatti osservato che:

- La stima dei costi della polizza può essere effettuata con l'utilizzo dei criteri in uso nel momento in cui avviene la tariffazione; ciò implica l'immediato allineamento tra la valutazione del rischio, da un lato, ed il momento di sottoscrizione della polizza e del costo relativo, dall'altro;
- L'assenza del rischio IBNR ossia del rischio connesso a sinistri già verificati ma che non sono ancora stati denunciati nel corso dell'annualità della polizza (*incurred but not reported*). La sua mancanza consente di consolidare in maniera immediata e definitiva il bilancio della polizza al momento della sua scadenza conferendo per questa via maggiore stabilità all'attività dell'impresa assicurativa;

Potrebbe sembrare che le polizze *loss occurrence* in relazione ai danni lungolatenti determinino sempre degli svantaggi per gli assicuratori. Le cose però non stanno così. È stato infatti osservato che:

- Il massimale stabilito tempo addietro con la polizza *loss occurrence* risulterà inadeguato per l'assicurato poiché il suo ammontare, non aggiornato al mutare di alcuni indici fondamentali, quali ad esempio il tasso di inflazione, risulterà inadeguato a far fronte al danno; ciò

---

<sup>(75)</sup> CARNEVALI, *La clausola claims made nella sentenza delle Sezioni Unite*, cit., 755.

<sup>(76)</sup> CARNEVALI, *ibidem*; MAGNI, *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità*, cit., 835: «Siffatta conformazione della clausola *claims made* ha il pregio, ponendosi dal punto di vista dell'assicuratore, di dare certezza circa il numero e l'ammontare dei sinistri indennizzabili da quest'ultimo, il quale, alla cessazione del contratto, è in grado di conoscere esattamente i comportamenti per i quali potrebbe essere chiamato a rispondere e sa che da tale data non sarà più tenuto per i sinistri che, ancorché verificatisi durante il periodo di efficacia del contratto di assicurazione, non siano stati denunciati sino a quel momento».

finisce col rivelarsi conveniente per l'assicuratore che consegue da questo stato dell'arte un risparmio di spesa;

- La prova che sarà tenuto a fornire l'assicurato, in ordine alla circostanza che il fatto generatore di responsabilità sia avvenuto in corso di polizza, costituirà il più delle volte un'autentica *probatio diabolica*, essendo il medesimo parecchio risalente nel tempo; ancora una volta, ne deriva un vantaggio per l'assicuratore.

In relazione agli assicurati, gli assicuratori sostengono inoltre:

- Che gli assicurati dispongono di un massimale più elevato rispetto a quello previsto dalle polizze *loss occurrence*;
- Che la clausola *claims made* pura e, non sempre e se del caso in maniera limitata, quella "spuria", hanno efficacia retroattiva; attribuiscono pertanto copertura ai sinistri verificatisi antecedentemente alla stipulazione del contratto di assicurazione.

## 2.1 (segue) Gli interessi degli assicurati

La determinazione dei vantaggi e degli svantaggi derivanti all'assicurato dall'adozione di una polizza *claims made* dipende, in larga misura, dal modello preso in considerazione.

La clausola *claims made* priva di effetti retroattivi – ossia il modello "spurio" o misto che non presenti correttivi di sorta <sup>(77)</sup> – fa derivare all'assicurato solo svantaggi rispetto all'archetipo *loss occurrence*: i sinistri devono infatti verificarsi in corso di polizza, analogamente a quanto avviene con la fattispecie disegnata all'art. 1917, c.c., comma 1, ma il *claims made* li rende privi di copertura rispetto alle istanze di risarcimento pervenute successivamente allo spirare del termine del contratto di assicurazione <sup>(78)</sup>. Anche una clausola spuria atta a fissare un periodo di retroattività di due o tre anni, se da un lato attribuisce all'assicurato un vantaggio inesistente nel modello *loss occurrence*, che non copre i sinistri occorsi anteriormente alla stipula della polizza assicurativa, dall'altro lato, non priva certamente quest'ultimo dell'onere di provare che il sinistro si è verificato durante l'arco temporale retroattivo coperto dalla clausola.

In altre parole, rimane per l'assicurato lo svantaggio di non essere manlevato dalle richieste risarcitorie formalizzate dopo la scadenza del contratto di assicurazione e resta al contempo l'onere di provare il momento esatto in cui si è verificato il fatto generatore di responsabilità.

Sempre con riguardo *all'onus probandi* dell'assicurato, la clausola *claims made* pura riserva a quest'ultimo un indubbio vantaggio: la copertura retroattiva illimitata rende infatti superflua la prova del momento esatto in cui il fatto

---

<sup>(77)</sup> Si è già osservato che il modello "spurio" potrebbe attribuire una limitata copertura retroattiva, di norma non superiore a due o tre anni.

<sup>(78)</sup> CARNEVALI, *ibidem*.

generatore di responsabilità si è verificato <sup>(79)</sup>. Ma non tutto quel che è oro luccica: residuano infatti due inconvenienti, segnatamente, il maggior premio che è dato pagare per usufruire della copertura retroattiva illimitata unitamente alla questione dei danni lungolatenti i quali, indipendentemente dal modello di clausola «a richiesta fatta» adottata, rimangono privi di qualsivoglia copertura <sup>(80)</sup>. Risulta inoltre doverosa un'ulteriore considerazione. Posto che la circostanza atta a dare attuazione alla polizza e ad attivare la relativa copertura, nel regime *on claims made basis* consiste, come ormai ripetuto più volte, nella richiesta risarcitoria, si noti come quest'ultima pervenga all'assicurato per tramite del danneggiato e quindi per un fatto che esula dalla sfera di dominio di chi ha commesso l'illecito. Ciò genera un paradosso: la copertura del danno viene in definitiva a dipendere dalla diligenza e dalla sollecitudine del danneggiato nello svolgimento delle indagini del caso e nel pronto avanzamento della relativa richiesta di risarcimento. Peraltro, le polizze per la responsabilità professionale sono spesso annuali: è quindi sufficiente che tra il fatto dannoso e la relativa richiesta di risarcimento intercorra anche poco più di un anno per privare l'assicurazione di qualsivoglia utilità <sup>(81)</sup>.

Quanto poi agli effetti della clausola che attribuisce all'assicuratore la facoltà di recedere dal contratto. In regime *loss occurrence* sono indennizzabili i danni derivanti da fatti accaduti fino al momento del recesso dell'assicuratore anche se la richiesta di risarcimento perviene in un momento successivo. In regime *claims made* – puro o “spurio” – l'istanza di risarcimento del danno deve pervenire all'assicurato prima del recesso dell'assicuratore, a pena della perdita della garanzia anche in relazione ai fatti verificatisi in corso di polizza

---

<sup>(79)</sup> Cass. civ., sez. III, 15 marzo 2005, n. 5624; BONUOMO, *L'inserimento in un contratto assicurativo di una clausola «claims made» determina la stipulazione di un contratto atipico, lecito*, cit., 258: «Sulla esplicita estensione di garanzia della clausola *claims made* in favor dell'assicurato, la Suprema Corte, ha avuto cura di aggiungere nell'*obiter dictum* della decisione che la polizza, estendendo la garanzia ai fatti antecedenti la stipulazione, finisce col coprire rischi che sono normalmente fuori dall'oggetto del contratto di assicurazione e lascia invece esclusi quelli per i quali normalmente ci si assicura. Il sinistro, infatti, pur verificatosi in pendenza del contratto, verrà garantito solo se la richiesta di risarcimento danni del terzo pervenga nel periodo di validità del contratto.

<sup>(80)</sup> MAGNI, *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità*, in *Giur. it.*, 2011, 834: «Il problema è, dunque, avvertito soprattutto per i cd. sinistri latenti, ossia per i comportamenti posti in essere dall'assicurato durante il tempo dell'assicurazione ma che abbiano indotto il danneggiato ad avanzare una richiesta risarcitoria a distanza di anni e quasi al limite della prescrizione del diritto. Per tali sinistri, in quanto verificatisi “durante il tempo dell'assicurazione”, l'assicuratore è tenuto a manlevare l'assicurato, anche se la richiesta del danneggiato giunge dopo parecchio tempo».

<sup>(81)</sup> CARNEVALI, *ibidem*; in questa direzione depongono le considerazioni svolte dalla Suprema Corte in Cass. civ., sez. III, 15 marzo 2005, n. 5624 e da BONUOMO, *ibidem*, in cui si legge che «Il variabile ed imprevedibile lasso di tempo, intercorrente tra il fatto e la richiesta di risarcimento del danneggiato all'assicuratore, rende, quindi, difficile per l'assicurato stabilire con certezza se, il periodo di assicurazione *claims made*, sia suscettibile di coprire integralmente il periodo di rischio dedotto nel contratto».

precedentemente al recesso <sup>(82)</sup>. Il garante-assicuratore può dunque, in quest'ultimo caso, rifiutarsi legittimamente di coprire il danno.

Infine, con riferimento ai fatti dannosi occorsi prima della stipulazione del contratto, è dirimente il rilievo che la loro copertura presuppone che l'assicurato dichiari in polizza di non essere a conoscenza di qualche suo possibile comportamento produttivo di danno. Resta però difficile escludere con certezza che, al momento della stipulazione del contratto di assicurazione, quest'ultimo sconosca effettivamente siffatte condotte; al contrario, è ragionevole supporre che questi ne abbia una sia pur minima cognizione. L'estensione retroattiva della copertura assicurativa – pura o impura – rischia così di scontrarsi con l'eccezione dell'assicuratore di reticenza e di dichiarazioni inesatte dell'assicurato (1892 c.c.).

### **3. Il cammino della giurisprudenza precedente alla pronuncia a sezioni unite del 6 maggio 2016, n. 9140**

#### **3.1 Premessa**

Precedentemente all'arresto delle sezioni unite del 6 maggio, la giurisprudenza di merito aveva espresso, sul sistema di garanzia generato dalla clausola *claims made*, opinioni diverse e discordanti <sup>(83)</sup>. Accanto alle rare e sporadiche pronunce volte ad affermarne la validità <sup>(84)</sup>, una più cospicua maggioranza ne aveva statuito la nullità <sup>(85)</sup> mentre la giurisprudenza della Cassazione sul punto era stata letta dai più in termini di generalizzata validazione della suddetta <sup>(86)</sup>. Volendo schematizzare lo stato dell'arte <sup>(87)</sup>, alle porte della pronuncia a Sezioni Unite di cui si dirà a breve, è possibile individuare tre orientamenti generali:

- Una prima e minoritaria tendenza affermava la radicale nullità del contratto di assicurazione con clausola *claims made* <sup>(88)</sup>;

---

<sup>(82)</sup> Rileva unicamente il momento di presentazione della richiesta risarcitoria.

<sup>(83)</sup> DELFINI, *Controllo di meritevolezza ex art. 1322 c.c. e clausole claims made nella assicurazione r.c. professionale (d.m. Giustizia 22 settembre 2016)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 5, 893 ss.

<sup>(84)</sup> Trib. Milano 5 luglio 2005, in *Fallimento*, 2006, 4, 438; Trib. Crotone 8 novembre 2004, in *Assicurazione*, 2004, II, 260.

<sup>(85)</sup> Trib. Bologna 2 ottobre 2002, n. 3318, in *Dir e econ. ass.*, 2005, 711; Trib. Casale Monferrato 25 febbraio 1997, in *Giur. mer.*, 1997, 700; Trib. Genova, 8 aprile 2008, in *Danno e resp.*, 2009, 103.

<sup>(86)</sup> DELFINI, *Controllo di meritevolezza ex art. 1322 c.c. e clausole claims made nella assicurazione r.c. professionale (d.m. Giustizia 22 settembre 2016)*, cit., 893 ss.

<sup>(87)</sup> AIELLO, *Il controllo di meritevolezza delle clausole claims made nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Assicurazioni*, 2016, 3-4, 506, nota 1.

<sup>(88)</sup> Trib. Roma 10 aprile 2013, in *Corr. merito*, 2013, 1162; Trib. Genova 8 aprile 2008, in *Danno e resp.*, 2009, 103; Trib. Bologna 2 ottobre 2002, in *Dir. econ. ass.*, 2005, 711; App.

- Un secondo orientamento sosteneva implicitamente la legittimità della clausola *de qua*, ma ne affermava al contempo la vessatorietà per la limitazione della responsabilità che essa determinerebbe in capo all'assicuratore <sup>(89)</sup>;
- Un terzo orientamento riteneva sempre valida ed efficace la clausola «a richiesta fatta» nella sua versione pura; sosteneva però la vessatorietà del modello *on claims made basis* misto o “spurio”.

## 3.2 Cass. civ., sez. III, 15 marzo 2005, n. 5624

### 3.2.1 Fattispecie

La prima pronuncia della Suprema Corte sul tema risale al marzo del 2005 <sup>(90)</sup>. Il destro è offerto dalle sentenze del Tribunale di Torre Annunziata, in primo grado, e della Corte d'appello di Napoli, in secondo, che avevano affermato la responsabilità civile di un curatore fallimentare per l'imprudente gestione del conto di deposito intestato alla curatela <sup>(91)</sup>; la compagnia assicurativa era quindi stata condannata a manlevare l'assicurato, nonostante il dettato dell'art. 2 delle condizioni generali del contratto di assicurazione sottoscritto dal professionista che prevedeva che « L'assicurazione vale[esse] per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'assicurato nel corso del periodo di assicurazione». Questa condizione non aveva trovato applicazione essendo stata la richiesta di risarcimento inoltrata, per la prima volta in giudizio, l'8 maggio 1996, a circa un anno dallo spirare del periodo di vigore della polizza.

### 3.2.2 Decisione

La Cassazione, capovolgendo le sentenze dei giudici di merito, afferma in quest'occasione la piena validità della clausola *claims made* sulla scorta del seguente principio di diritto: «Il contratto di assicurazione della responsabilità civile con clausola "*claims made*" non rientra nella fattispecie tipica prevista dall'art. 1917 c.c., ma costituisce un contratto atipico i cui presupposti di meritevolezza vanno esaminati alla luce dell'art. 1322 c.c. <sup>(92)</sup>». Viene in questo modo rigettata la tesi sostenuta della compagnia assicurativa atta ad

---

Napoli 28 febbraio 2011, *Dir. econ. ass.*, 2005, 711; Trib. Casale Monferrato 25 febbraio 1997, in *Arch. civ.*, 1997, 647;

<sup>(89)</sup> Per tutti, v. Cass. civ., Sez. III, 15 marzo 2005, n. 5624.

<sup>(90)</sup> Cass. civ., Sez. III, 15 marzo 2005, n. 5624.

<sup>(91)</sup> DI GREGORIO, *Contratto di assicurazione: la Cassazione al vaglio delle nuove tendenze*, in *Giur. it.*, 2006, 3.

<sup>(92)</sup> Cass. civ., Sez. III, 15 marzo 2005, n. 5624; DI GREGORIO, *ibidem*.

identificare la nozione di «fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione» ex art. 1917, c.c., comma 1, con la richiesta di risarcimento <sup>(93)</sup> e viene, allo stesso tempo, confermato l'orientamento tradizionale che individua nella nozione di «fatto» la fattispecie concreta generatrice della responsabilità civile. Questa conclusione risulta suffragata da una serie di argomentazioni, puntualmente richiamate in sentenza.

In primo luogo è confortata dall'art. 1917 c.c. che, nell'escludere dalla copertura «... i danni derivanti da fatti dolosi», palesa l'intento di far riferimento al fatto di cui l'assicurato deve rispondere <sup>(94)</sup>.

Trova altresì riscontro nell'art. 1913 c.c. ove si prevede l'onere dell'assicurato «di dare avviso del sinistro all'assicuratore o all'agente entro tre giorni dal momento in cui il sinistro si è verificato o l'assicurato ne ha avuto conoscenza». Si opera in questo modo un chiaro riferimento al fatto inteso come comportamento colposo <sup>(95)</sup>.

Lo stesso principio opera poi in relazione all'art. 1914 c.c. che pone un obbligo di salvataggio in relazione al fatto inteso come comportamento colposo escludendo dunque che esso dipenda dalla richiesta di risarcimento del danno. La Corte non ha invece ritenuto decisivo il collegamento, allegato in giudizio, dell'art. 2952 c.c., comma 3 <sup>(96)</sup> con la richiesta di risarcimento del danno essendo la *ratio* di tale norma esclusivamente prescizionale.

Con la presente sentenza viene infine affermata la vessatorietà della clausola *claims made* ed il suo conseguente assoggettamento alla disciplina di cui all'art. 1341 c.c.; il modello *on claims made basis* ridurrebbe infatti l'ambito oggettivo della responsabilità dell'assicuratore fissato dall'art. 1917 c.c., comma 1, che verrebbe in questo modo ad essere ricompreso tra le condizioni che stabiliscono limitazioni di responsabilità a favore del predisponente.

### 3.3 Cass. civ., Sez. III, 17 febbraio 2014, n. 3622

---

<sup>(93)</sup> Cass. civ., Sez. III, 15 marzo 2005, n. 5624; DI GREGORIO, *Contratto di assicurazione: la Cassazione al vaglio delle nuove tendenze*, cit., 3 ss; BONUOMO, *L'inserimento in un contratto assicurativo di una clausola «claims made» determina la stipulazione di un contratto atipico, lecito*, in *Giur. it.*, 2006, 257: «La stessa espressione "fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione", palesa l'intento di fare riferimento al fatto di cui l'assicurato deve rispondere civilmente e non alla richiesta di risarcimento danni da parte del terzo».

<sup>(94)</sup> DI GREGORIO, *Contratto di assicurazione: la Cassazione al vaglio delle nuove tendenze*, in *giur. it.*, 2006, 3 ss.

<sup>(95)</sup> DI GREGORIO, *ibidem*; BONUOMO, *ibidem*.

<sup>(96)</sup> L'art. 2954 c.c., comma 3, identifica il termine di decorrenza dell'assicurazione della responsabilità civile con il giorno in cui il terzo danneggiato ha richiesto il risarcimento all'assicurato o ha promosso contro di questo l'azione; attribuisce in questo modo rilevanza al momento di presentazione della richiesta risarcitoria e non al momento di verifica del fatto generatore di responsabilità.

### 3.3.1 Fattispecie

In una pronuncia successiva <sup>(97)</sup>, la Cassazione esprime un ulteriore giudizio di favore circa il modello assicurativo *on claims made basis*.

Nel caso di specie un'agenzia immobiliare, convenuti in giudizio innanzi al Tribunale di Roma due dottori commercialisti suoi consulenti, ne aveva chiesto la condanna al risarcimento dei danni – in solido con la società di professionisti di cui questi facevano parte – a seguito di alcuni errori e inadempimenti nella compilazione delle dichiarazioni IVA.

Resistevano in giudizio i convenuti i quali avevano frattanto chiamato in causa la propria compagnia assicuratrice chiedendo di essere manlevati.

Il tribunale, eseguita l'istruttoria, accoglieva la domanda attorea e la domanda di garanzia proposta dai convenuti-assicurati nei riguardi del loro assicuratore.

In primo grado e in appello però, la domanda di manleva veniva rigettata: l'illecito addebitato, che era stato commesso in data anteriore (1990-91) al momento di decorrenza del periodo di efficacia della polizza (30 dicembre 2004), avrebbe infatti determinato l'inoperatività della clausola *claims made* inserita nel contratto di assicurazione poiché l'alea coperta dalla garanzia deve riguardare un evento futuro e incerto e non un fatto già verificatosi prima della conclusione del contratto.

La clausola *claims made* non importerebbe, in alcun caso, una deroga allo schema tipico disegnato dall'art. 1917, c.c., comma 1 <sup>(98)</sup>.

Veniva quindi proposto ricorso per Cassazione: due risultavano i motivi fatti valere, segnatamente, la violazione degli art. 1362 e 1322 c.c. e la contraddittorietà ed insufficienza della motivazione della sentenza d'appello sul rilievo che la Corte avrebbe erroneamente negato la validità della clausola *claims made* la quale, già largamente praticata nella prassi assicurativa, avrebbe dovuto garantire all'assicurato «la copertura assicurativa in tutti i casi in cui la domanda di risarcimento dei danni sia proposta contro l'assicurato nel periodo di validità-efficacia della polizza» anche nel caso in cui il fatto generatore di responsabilità sia stato commesso anteriormente alla stipulazione della relativa polizza.

La Corte avrebbe perciò disatteso il tenore letterale dell'appena citata disposizione contrattuale nonché violato il principio per cui le parti, in totale autonomia, possono dar vita a pattuizioni atipiche; viene, a tal fine, richiamata la pronuncia del Supremo Collegio di cui sopra ed il principio di diritto per cui i contratti di assicurazione contenenti clausole *claims made*, derogando all'impianto codicistico, costituiscono delle contrattazioni atipiche in linea di principio lecite e meritevoli di tutela ex art. 1322, c.c., comma 2.

---

<sup>(97)</sup> Cass. 17 febbraio 2014, n. 3622;

<sup>(98)</sup> E se questa tesi fosse stata confermata, non si sarebbe probabilmente mai parlato di giudizio di meritevolezza in relazione alle clausole *claims made*.

### 3.3.2 Decisione

La Cassazione accoglie il ricorso. Invero, sostiene il Supremo Collegio, nel modello *claims made* l'alea non è assente <sup>(99)</sup> ma si presenta con «natura e consistenza diverse» da quella avente ad oggetto i comportamenti colposi del professionista» <sup>(100)</sup>. Si chiarisce quindi che:

- È stata operata, nel caso di specie, un'erronea equiparazione tra assenza di alea ed insussistenza del rischio;
- Che l'estensione della copertura assicurativa a fatti anteriori alla conclusione del contratto assicurativo è frutto di una precisa scelta dell'assicuratore che ha, unilateralmente ed in maniera consapevole, inserito la clausola *claims made* tra le condizioni generali di contratto;
- Che l'alea, lungi dal potersi dire assente, concerne in questa particolare ipotesi non tanto la possibilità che l'assicurato tenga dei comportamenti colposi, quanto che li abbia commessi in passato, pur non essendo ancora consapevole della loro illiceità; in considerazione di ciò si esclude che possa ritenersi l'insussistenza dell'alea in relazione a fatti già verificatisi <sup>(101)</sup>.

Viste le precedenti considerazioni, non appaiono affatto peregrine le considerazioni di quella dottrina <sup>(102)</sup> che ritiene che l'*iter* argomentativo della sentenza in discorso sia in fin dei conti teso ad attribuire una maggiore tutela all'assicurato ed a riequilibrare le posizioni di partenza delle parti che risultano essere, ad un primo esame, sperequate in favore dell'assicuratore posto che la clausola *claims made* era stata predisposta da questi in via unilaterale.

## 4. La decisione a sezioni unite 6 maggio 2016, n. 9140

### 4.1 Premessa

---

<sup>(99)</sup> Com'è noto, l'alea costituisce uno degli elementi essenziali del contratto di assicurazione che va dunque, a pieno titolo, collocato nel novero dei contratti aleatori. L'assenza di alea determina la nullità del contratto medesimo (1895 c.c.).

<sup>(100)</sup> Cass. civ., Sez. III, 17 febbraio 2014, n. 3622.

<sup>(101)</sup> Cass. civ., Sez. III, 17 febbraio 2014, n. 3622, in *Giur. it.*, 2014, 4, 803: Con riferimento alla presunta nullità della clausola per assenza del rischio (1895 c.c.), si sostiene che «l'alea riguarda comportamenti passati non nella loro materialità, ma nella consapevolezza da parte dell'assicurato che si ha solo al momento della richiesta risarcitoria».

<sup>(102)</sup> DELFINI, *Controllo di meritevolezza ex art. 1322 c.c. e clausole claims made nella assicurazione r.c. professionale (d.m. Giustizia 22 settembre 2016)*, cit., 893 ss.

Le SS.UU. si pronunciano per la prima volta sulla clausola *claims made* con la sentenza del 6 maggio 2016, n. 9140. La fattispecie posta all'attenzione dei giudici aveva ad oggetto la condotta di una struttura ospedaliera che aveva proposto ricorso per Cassazione avverso la sentenza della Corte d'Appello che, ribaltando la decisione del Tribunale <sup>(103)</sup>, aveva ritenuto perfettamente valida ed efficace la clausola *claims made* inserita nella polizza contratta con la compagnia assicuratrice rigettando in questo modo la domanda di manleva per essere il sinistro temporalmente fuori garanzia <sup>(104)</sup>.

Il fatto generatore di responsabilità ebbe infatti a verificarsi nel 1993, la polizza fu efficace dal febbraio 1996 al dicembre 1997 e la richiesta risarcitoria fu presentata nel 2001 a distanza di parecchio tempo dallo spirare del rapporto contrattuale <sup>(105)</sup>.

In nessun caso dunque sembrerebbe che il sinistro potesse in qualche modo meritare copertura assicurativa posto che sia il fatto dannoso, sia la richiesta di risarcimento si ponevano al di fuori del periodo di vigenza della polizza.

Ciononostante, la domanda di manleva aveva trovato accoglimento in primo grado. Come ciò sia potuto accadere – rileva icasticamente un noto autore – risulta un autentico “mistero”. Nonostante la relativa semplicità del caso posto all'attenzione dei giudici del Supremo Collegio, il Primo Presidente decideva di rimettere la questione alle Sezioni Unite visti i confusi e contraddittori orientamenti che avevano fino ad allora interessato il cammino della giurisprudenza e data la particolare importanza della questione.

## 4.2 Decisione

La Suprema Corte, rinunciando in quest'occasione, alla stesura di una “sentenza-monstre” ed alla prassi di scrivere decisioni che spesso finiscono con l'assumere le dimensioni di veri e propri trattati <sup>(106)</sup>, opera inizialmente una ricognizione della prassi contrattuale assicurativa tesa a distinguere tra clausole *claims made* pure e “spurie” giungendo per questa via ad effettuare un'analisi a tutto campo della problematica in esame andando – volutamente – oltre i motivi di impugnazione formulati dall'assicurato <sup>(107)</sup>.

---

<sup>(103)</sup> Il Tribunale di Roma aveva ritenuto l'inoperatività della clausola *claims made* in quanto illegittimamente derogativa dell'art. 1917, comma 1, del codice civile.

<sup>(104)</sup> Cass. civ., Sez. Unite, 6 maggio 2016, n. 9140; GAZZARA, *Sezioni Unite e clausola claims made – la meritevolezza della claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2016, 10, 929 ss.

<sup>(105)</sup> GAZZARA, *ibidem*.

<sup>(106)</sup> GAZZARA, *ibidem*.

<sup>(107)</sup> CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo*, in *Banca borsa titoli*, 2016, II, 657, nota 2: «I motivi di impugnazione sono tre e attengono alla natura vessatoria della clausola per mancata sottoscrizione della stessa ex art. 1341, comma 2°, c.c.; alla riconducibilità della clausola ad un'ipotesi di decadenza convenzionale ex art. 2965

## 4.2.1 Sulla per difetto di trasparenza

Parte ricorrente lamenta con il terzo motivo di impugnazione la violazione da parte dell'assicuratore del principio di buona fede nella formazione e nell'esecuzione del contratto e, in conseguenza di ciò, la nullità dell'atto di autonomia per violazione di norme imperative<sup>(108)</sup>. La Cassazione, richiamati i riferimenti codicistici alla correttezza intesa come regola generale cui debitore e creditore devono uniformarsi con i propri comportamenti (1175 c.c.), alla buona fede, stella polare nell'interpretazione e nell'esecuzione del contratto (1366 e 1375 c.c.) ed all'equità (1374 c.c.), rigetta il motivo di ricorso poiché «la violazione di regole di comportamento ispirate a quel dovere di solidarietà che sin dalla fase delle trattative richiama “nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore”, secondo l'icastica enunciazione della Relazione ministeriale al codice civile, *in nessun caso potrebbe avere forza ablativa di un vincolo convenzionalmente assunto, essendo al più destinato a trovare ristoro sul piano risarcitorio*».

Tutto ciò, salvo quanto si dirà più avanti in tema di giudizio di meritevolezza in relazione a pattuizioni non eque e gravemente sbilanciate<sup>(109)</sup>. Viene così respinta la deduzione di nullità della previsione pattizia. Ancora una volta<sup>(110)</sup> la Corte, per tutelare il contraente debole non adeguatamente informato, richiama il principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento<sup>(111)</sup> sanzionando la violazione di quest'ultime, in assenza di una norma prescrittiva di altra sanzione civilistica, con il rimedio del risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c., norma che prescrive l'obbligo di buona fede nella formazione del contratto<sup>(112)</sup>. La più recente giurisprudenza giunge così a ritenere configurabile la *culpa in contrahendo*

---

c.c., che renderebbe eccessivamente difficile l'esercizio del diritto; alla inosservanza da parte dell'assicuratore delle regole di correttezza e buona fede nella fase di formazione del contratto e alla conseguente nullità per violazione di norme imperative».

<sup>(108)</sup> N. 3.3.: «Con il terzo motivo si deduce violazione e falsa applicazione degli art. 1175, 1337, 1358, 1366, 1374 e 1375 c.c., nonché omessa e, insufficiente o contraddittoria motivazione su punti decisivi della controversia, ex art. 360 c.p.c., nn. 3, 4, e 5. Sostiene l'esponente che la clausola in contestazione sarebbe nulla per contrarietà ai principi di correttezza e buona fede, poiché essa, intitolata “inizio e termine della garanzia”, non contiene alcun richiamo espresso alla circostanza che viene assicurato non già il fatto foriero di richiamo di danno, ma la richiesta di risarcimento che, insieme al fatto, deve intervenire nel corso di vigenza temporale della polizza».

<sup>(109)</sup> N. 7.2.

<sup>(110)</sup> v. par. 2.1.5;

<sup>(111)</sup> Cass. civ., sez. Unite, 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725.

<sup>(112)</sup> GAZZARA, *Sezioni Unite e clausola claims made – la meritevolezza della claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 929 ss.

anche in caso di contratto di valido (<sup>113</sup>) commisurando il risarcimento del danno al “minor vantaggio o al maggiore aggravio economico” cagionato dai comportamenti sleali o dalla reticenza di una delle parti (<sup>114</sup>); scelta reputata conveniente da una parte della dottrina. Questa soluzione lascia per certi versi perplessi. Infatti, la possibilità concreta che l’assicurato non sia adeguatamente informato circa le caratteristiche della polizza da lui stipulata costituisce un’ipotesi tutt’altro che infrequente. A favore di questo assunto, depongono una serie di considerazioni, quali, ad esempio, la prassi di “mimetizzare” la polizza tra le condizioni generali di contratto (<sup>115</sup>). Confinare la tutela del contraente debole, non adeguatamente informato, sul piano puramente risarcitorio risulta essere una scelta parecchio infelice. Non è casuale che il codice delle assicurazioni private (<sup>116</sup>) preveda oggi che le clausole che stabiliscono decadenze, nullità, limitazioni delle garanzie, oppure oneri a carico del contraente o dell’assicurato vadano riportate «con particolare evidenza». Si veda inoltre il disposto dell’art. 31 del regolamento ISVAP n. 35 del 26 maggio 2010 che aggiunge alla suddetta elencazione «le condizioni che prevedono rivalse nei confronti dell’assicurato». (<sup>117</sup>)

#### **4.2.2 Sulla nullità per confliggenza col divieto di assicurazione del rischio putativo**

---

(<sup>113</sup>) Sul tema della cd. Responsabilità precontrattuale da contratto valido, v. Cass. 21 ottobre 2013, n. 23873; Cass. civ., 8 ottobre 2008, n. 24795; Cass. civ., 29 settembre 2005, n. 19024.

(<sup>114</sup>) Cass. civ., Sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024.

(<sup>115</sup>)GAZZARA, *Sezioni Unite e clausola claims made – la meritevolezza della claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 929 ss.; Cass. 9140/2016: «ciò di cui l’impugnante Provincia Religiosa si duole è che l’inserimento della clausola sia avvenuta in maniera asseritamente subdola, posto che la sua denominazione “inizio e termine della garanzia” avrebbe fuorviato il consenso dell’aderente, affatto inconsapevole di un contenuto che stravolge lo schema codicistico del contratto assicurativo, ispirato alla formula *loss occurrence*: da tanto inferendo non già l’esistenza di ipotesi di annullabilità per errore o dolo o di variamente modulati diritti risarcitori dell’assicurato nei confronti dell’assicuratore, ma la nullità radicale e assoluta della clausola *sub specie* di illiceità che *viziat* *sed non viziatur*, con conseguente attivazione del meccanismo sostitutivo di cui all’art. 1419 c.c., comma 2, implicitamente, ma inequivocabilmente evocato».

(<sup>116</sup>) Decreto Legislativo del 7 settembre 2005, n. 209.

(<sup>117</sup>) Cass. 9140/2016: «E tuttavia, si ripete, è principio consolidato nella giurisprudenza di questa Corte, al quale si intende dare continuità, che, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente le violazioni di precetti inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità, non già l’osservanza di norme, quand’anche imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti, inosservanza che può costituire solo fonte di responsabilità per danni»; Esplicito il richiamo a Cass. civ., 10 aprile 2014, n. 8462 e Cass. civ. 19 dicembre 2007, n. 26724.

Il secondo punto affrontato dalla Corte <sup>(118)</sup> ha ad oggetto l'annosa questione della validità dell'assicurazione del rischio putativo, cioè del rischio realizzatosi anteriormente alla stipula del contratto all'insaputa delle parti contraenti. L'assicurabilità di questo genere di rischio è stata per un lungo periodo osteggiata da una parte della giurisprudenza e della dottrina, sul presupposto che la clausola *claims made* finirebbe in questo modo con l'essere mancante dell'alea richiesta dall'art. 1895 c.c. a pena di nullità. Potrebbe infatti attribuirsi copertura soltanto ad un rischio futuro ed incerto e non ad un rischio putativo. Sul punto si erano succedute due decisioni delle sezioni semplici che avevano portato a risultati contrastanti.

Con la prima, di cui si è ampiamente detto in precedenza, la corte aveva sostenuto che, nel modello «a richiesta fatta» l'alea del contratto non può dirsi assente puntualizzando al contempo come quest'elemento, essenziale ai fini del contratto di assicurazione, si atteggi in maniera differente rispetto al regime ordinario *loss occurrence*, poiché avrebbe ad oggetto la possibilità che l'assicurato abbia compiuto in passato comportamenti colposi, pur sconoscendone l'illiceità o l'idoneità a produrre un danno <sup>(119)</sup>.

La seconda pronuncia <sup>(120)</sup> aveva per converso stabilito che «Ai fini della validità del contratto di assicurazione ... quel che ha da essere “futuro” rispetto alla stipula del contratto non è il prodursi del danno civilisticamente parlando, ma l'avverarsi della causa di esso. Non è infatti mai consentita l'assicurazione di quel rischio i cui presupposti causali si siano già verificati al momento della stipula, a nulla rilevando che l'evento – e quindi il concreto pregiudizio patrimoniale – si sia verificato dopo la stipula del contratto, quando l'avveramento del sinistro non rappresenta che una conseguenza inevitabile di fatti già avvenuti prima di tale momento».

Le Sezioni unite compongono il contrasto riportando il rischio nell'ambito delle fattispecie a formazione progressiva: «Il rischio dell'aggressione del patrimonio dell'assicurato in dipendenza di un sinistro verificatosi nel periodo contemplato dalla polizza, si concretizza progressivamente, perché esso non si esaurisce nella sola condotta materiale, cui pur è riconducibile causalmente il danno, occorrendo anche la manifestazione del danneggiato di esercitare il diritto al risarcimento <sup>(121)</sup> ».

Si trae così la seguente conclusione: «La clausola *claims made* con garanzia pregressa è lecita perché afferisce a un solo elemento del rischio garantito, la condotta colposa posta già in essere e peraltro ignorata, restando invece

---

<sup>(118)</sup> N. 8.1.: «E allora, considerato che il sinistro di cui la chiamante ha chiesto di essere indennizzata si è verificato in epoca antecedente alla stipula del contratto, risulta ineludibile il confronto con la *vexata quaestio* della validità dell'assicurazione del rischio pregresso»

<sup>(119)</sup> GAZZARA, *Sezioni Unite e clausola claims made – la meritevolezza della claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 929 ss.; Cass. civ., Sez. III, 17 febbraio 2014, n. 3622.

<sup>(120)</sup> Cass. civ., Sez. III, 13 marzo 2014, n. 5791.

<sup>(121)</sup> Cass. civ., Sez. Unite, 6 maggio 2016, n. 9140.

impregiudicata l'alea dell'avveramento progressivo degli altri elementi costitutivi dell'impoverimento patrimoniale del danneggiante-assicurato»).

Si nega così all'art. 514 cod. nav., che espressamente prevede l'assicurabilità del rischio putativo, natura di norma eccezionale e viene attribuita validità generale alla possibilità di assicurare un rischio siffatto anche al di fuori dell'ambito marittimo.

La rilevanza della questione dell'assicurabilità del rischio putativo risulta però ad un più attento esame piuttosto limitata.

Infatti, come osservato dalla migliore dottrina <sup>(122)</sup>, il problema della clausola *claims made* non risiede tanto nella possibilità di assicurare un rischio pregresso quanto nella mancata copertura dei danni occorsi durante la vigenza della polizza in relazione alle richieste risarcitorie che pervengano successivamente alla cessazione del contratto <sup>(123)</sup>.

All'orientamento volto ad affermare la nullità ex art. 1895 c.c. della clausola *claims made* di copertura di un rischio putativo non è inoltre possibile aderire perché il suo accoglimento implicherebbe la nullità, non della singola clausola *claims made* – e dunque di una parte della pattuizione, con la conseguenza di ritenere operante, in quest'ultimo caso, il modello *loss occurrence* – ma dell'intera pattuizione <sup>(124)</sup>. Ciò comprometterebbe irrimediabilmente la posizione dell'assicurato <sup>(125)</sup>, generando uno squilibrio abnorme tra le posizioni dei contraenti.

#### 4.2.3 Sulla derogabilità dello schema legale tipico

La terza questione affrontata dalla Corte attiene alla possibile derogabilità dello schema tipico delineato dall'art. 1917 c.c., comma 1, incentrato, come ormai ripetuto più volte, sul modello c.d. *loss occurrence* <sup>(126)</sup>. Al riguardo, il Supremo Collegio, sgombrando il campo da possibili equivoci, assicura la natura di

---

<sup>(122)</sup> GAZZARA, *Sezioni Unite e clausola claims made – la meritevolezza della claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 929 ss.

<sup>(123)</sup> MAZZOLA, *La copertura assicurativa claims made: origine, circolazione del modello e sviluppi normativi*, cit., 1033: «non sempre la possibilità di fruire di una garanzia pregressa rappresent[a] per l'assicurato un'opzione contrattuale vantaggiosa»

<sup>(124)</sup> La ratio dell'art. 1895 è – immediatamente – di proteggere l'assicuratore da possibili comportamenti disonesti dell'assicurato e – mediatamente – di salvare l'equilibrio del sistema evitando il trasferimento delle conseguenze dannose di eventi già verificatisi, piuttosto che di meri rischi.

<sup>(125)</sup> GAZZARA, *Sezioni Unite e clausola claims made – la meritevolezza della claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 929 ss.: «È assai dubbio che, invocandosi una nullità per contrasto con l'art. 1895 c.c., si possa poi – come nelle sentenze di cui l'illustre Autore è stato estensore [il riferimento è al Consigliere Dott. Marco Rossetti] sia in sede di merito che di legittimità – salvare la validità del contratto, e ancor di più che dalla nullità della clausola *claims made* possa scaturire l'applicazione della disciplina di legge sostitutiva della previsione pattizia invalida».

<sup>(126)</sup> Cass. civ., Sez. Unite, 6 maggio 2016, n. 9140.

norma derogabile della disposizione testé citata – escludendone quindi l'imperatività – ma con un'importante precisazione: «l'astratta derogabilità dello schema legale» è subordinata alla verifica della sua concreta meritevolezza, ex 1322, c.c., comma 2. Finiscono così per rimanere isolate le tesi di quella giurisprudenza di merito <sup>(127)</sup> che, attribuendo all'art. 1917 natura di norma «primaria ed imperativa, di immediata applicazione» avevano affermato la nullità della clausola *claims made*. In questo senso non era mancato il riferimento alla causa del contratto di assicurazione poiché il modello *on claims made basis*, «prevedendo la validità dell'assicurazione solo per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'assicurato nel corso del periodo di efficacia» della polizza, comporterebbe l'esclusione di tutti i fatti accaduti durante la vigenza del contratto di assicurazione, facendo venire meno la causa del contratto qualora «i danneggiati richiedano legittimamente e con scelta non sindacabile, dopo la scadenza dell'assicurazione con il professionista ma prima del termine di prescrizione del loro diritto, il risarcimento dei danni subiti».

In questo modo cioè l'operatività della copertura resterebbe subordinata non «al momento di accadimento del fatto» - come sembra volere l'art.1917, c.c., comma 1 – ma alla condotta discrezionale dei danneggiati con l'esclusione dei sinistri accaduti in prossimità della scadenza della polizza professionale. Quest'ordine di idee non sembra tuttavia condivisibile poiché confligge col dato normativo.

Con l'attribuire all'art. 1917 c.c., comma 1, natura di norma imperativa si finirebbe per non tener conto del disposto dell'art. 1932 c.c., che, in maniera chiara ed inequivocabile, esclude che l'assetto *loss occurrence* non possa essere derogato.

Si è detto poc'anzi di come l'astratta derogabilità dello schema legale disegnato dall'art. 1917, c.c., comma 1, sia subordinata all'esito positivo del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, c.c., comma secondo. È questo un dato oramai, alla luce dell'arresto delle Sezioni Unite e delle considerazioni appena svolte, difficile da mettere in discussione. Non appare più proponibile una lettura tesa ad attribuire alla clausola ex art. 1917 c.c., comma 1, carattere di imperatività. Ciò tuttavia pone sul piatto un ulteriore problema: ci si chiede cioè se la norma testé citata sia sempre derogabile dall'autonomia privata specie in quelle circostanze in cui i rapporti di forza tra gli operatori economici appaiano “sbilanciati” in favore del contraente forte che dispone unilateralmente il contenuto del contratto <sup>(128)</sup>. Di ciò si dirà a breve.

---

<sup>(127)</sup> V. Trib. Bologna 3287/1999 richiamata da DE STROBEL, *La vicenda del “Claims made”*, in *Dir. econ. assicur.*, II, 2006, 531 ss.; Trib. Bologna 10 febbraio 2002, n. 3318, in *Dir. fisc. ass.*, II-III, 2005, 711; Trib. Casale Monferrato 25 febbraio 1997, in *Dir. fisc. ass.*, II-III, 2005, 716.

<sup>(128)</sup> GAZZARA, *Sezioni Unite e clausola claims made – La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 935.

#### 4.2.4 Sulla vessatorietà della clausola

Un ulteriore profilo argomentativo trattato dalla sentenza in esame attiene alla risoluzione dell'annosa questione del rapporto tra clausole delimitative della responsabilità ex art. 1341, c.c., comma 2 e clausole limitative dell'oggetto del contratto le quali com'è noto, a differenza delle prime, restano escluse dal giudizio di vessatorietà. S'intende per "clausole delimitative della responsabilità", in ottemperanza ad un orientamento piuttosto consolidato in giurisprudenza <sup>(129)</sup>, le disposizioni contrattuali che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento, ovvero escludono il rischio garantito; comprimono invece l'oggetto del contratto, le clausole che, facendo riferimento al contenuto ed ai limiti della garanzia assicurativa, specificano il rischio garantito. Per questa via, delimita l'oggetto del contratto la clausola volta a stabilire gli obblighi concretamente imposti e, viceversa, limita la responsabilità la clausola che conduce all'esclusione di una responsabilità che, rientrando nell'oggetto, sarebbe potuta insorgere.

Chiamate a statuire sulla natura giuridica della clausola *claims made*, le Sezioni Unite ne escludono la vessatorietà <sup>(130)</sup>.

Se infatti «sul piano strettamente dogmatico la tesi dell'intangibilità del modello codicistico si scontra con il chiaro dato testuale costituito dall'art. 1932 c.c., che tra le norme inderogabili non menziona l'art. 1917 c.c., comma 1», allora il modello *claims made* «è volto in definitiva a stabilire quali siano, rispetto all'archetipo fissato dall'art. 1917 c.c., i sinistri indennizzabili, così venendo a limitare l'oggetto, piuttosto che la responsabilità» <sup>(131)</sup>.

La posizione della Corte sul punto risulta però tutt'altro che chiara e definita. Se infatti da un lato si esclude la vessatorietà della clausola, sottolineando come non sia condivisibile la tesi che essa incida sull'oggetto del contratto, dall'altro lato si riconosce che essa, in determinati casi, è suscettibile di ingenerare un

---

<sup>(129)</sup> Cass. civ., 7 agosto 2014, n. 17783; Cass. civ., 7 aprile 2010, n. 8235; Cass. Civ. 10 novembre 2009, n. 23741.

<sup>(130)</sup> Cass. civ., Sez. Unite, 6 maggio 2016, n. 9140; GAZZARA, *Sezioni Unite e clausola claims made – La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 935, da cui si rileva come l'affermazione della Corte non sia di poco conto ove si osservi che «la questione della presunta vessatorietà della clausola era stata prospettata, specie in riferimento alla versione spuria, da un certo orientamento prevalente giurisprudenziale all'interno del quale è dato peraltro registrare una importante divaricazione di opinioni circa le conseguenze che da tale qualificazione scaturirebbero». Secondo una pronuncia del Tribunale di Milano infatti, la clausola *claims made* spuria «si configura come vessatoria nella sola parte in cui esclude in tutto o in parte la copertura dei sinistri originatisi antecedentemente alla stipula in un lasso di tempo specificato». Secondo altre pronunce di merito invece «l'inefficacia della clausola comporterebbe la sua automatica sostituzione con la disciplina legale, che sarebbe quella dell'art. 1917, c.c., comma 1».

<sup>(131)</sup> Cass. civ., Sez. Unite, 6 maggio 2016, n. 9140; D'AIELLO, *Il controllo di meritevolezza delle clausole claims made nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Assicurazioni*, 2016, 3-4, 510.

significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto a norma dell'art. 33 cod. cons. <sup>(132)</sup>.

Condivisibili appaiono pertanto i rilievi di quella dottrina che rileva che sarebbe convenuto precisare che la clausola *claims made*, in presenza dei requisiti soggettivi (*status* di consumatore) ed oggettivi (idoneità a determinare un significativo squilibrio di diritti e obblighi a sfavore dell'assicurato-consumatore) di applicabilità della normativa consumeristica è vessatoria ai sensi del codice del consumo, ma non a norma del codice civile <sup>(133)</sup>.

C'è poi chi rileva che, comunque stando le cose, ritenuta o meno vessatoria la clausola *claims made*, poco o nulla cambierebbe in termini di tutela dell'assicurato. Infatti i soggetti interessati da codeste contrattazioni sono perlopiù imprese ovvero imprese assicurative e liberi professionisti. Raramente, consumatori. La tutela del contraente debole si limiterebbe perciò, nella stragrande maggioranza dei casi, alla c.d. doppia sottoscrizione <sup>(134)</sup>.

#### **4.2.5 Sulla potenziale nullità della clausola per difetto di meritevolezza**

L'aspetto centrale della decisione del Supremo Collegio consiste senz'altro nell'affermata atipicità della clausola *claims made* e, conseguentemente, nella sua sottoposizione al sindacato di meritevolezza ex art. 1322, c.c., comma 2.

Innanzitutto le Sezioni unite, richiamando la teoria generale del contratto, operano un riferimento alla «possibilità di estendere vaglio giudiziale di meritevolezza degli interessi al singolo patto atipico inserito in un contratto tipico <sup>(135)</sup>». Da questo assunto discende un corollario di notevolissimo impatto pratico, segnatamente la possibilità di scrutinare, in concreto, la meritevolezza della deroga al regime legale designato dal codice civile.

Volendo riprendere quanto detto nel paragrafo precedente, l'art. 1917, c.c., comma 1, è, coerentemente con quanto stabilito all'art. 1932 c.c., una norma derogabile; ciononostante non ogni deroga è in sé e per sé concessa. L'autonomia privata deve infatti arrestarsi nella sua infinita capacità creativa "alle soglie" della meritevolezza <sup>(136)</sup>. Appare in questo modo "abissale" <sup>(137)</sup> la

---

<sup>(132)</sup> CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo*, cit., 664.

<sup>(133)</sup> Cass: «Ove poi risulti applicabile la disciplina del codice di consumo, il giudice di merito avrà anche il compito di «intercettare, a carico del consumatore, quel significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto» di cui all'art. 36 dell'omonimo codice»

<sup>(134)</sup> GAZZARA, *Sezioni Unite e clausola claims made – la meritevolezza della claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 929 ss.

<sup>(135)</sup> Cass. civ., Sez. Unite, 6 maggio 2016, n. 9140, n. 17.

<sup>(136)</sup> Cass. civ., Sez. Unite, 6 maggio 2016, n. 9140, n. 11: «Si tratta piuttosto di stabilire fino a che punto i paciscenti possano spingersi nella riconosciuta loro facoltà di variare il contenuto del contratto e quale sia il limite oltre il quale la manipolazione dello schema tipico sia in

distanza che in termini di approccio al tema è stata seguita da Cass 5624/2005 che ricalca la distinzione tra meritevolezza e liceità della causa, entrambe condizioni imprescindibili di validità del contratto.

Il sindacato di liceità in particolare, esigendo che la clausola sia conforme alle norme inderogabili, ai principi di ordine pubblico ed al buon costume, implica una valutazione astratta della natura giuridica della pattuizione che resta la stessa in ogni caso e che non muta in dipendenza del concreto assetto di interessi in cui si inserisce.

Viceversa il giudizio di meritevolezza, facendo riferimento alla concreta applicazione ed all'assetto contrattuale "concreto" in cui la clausola si ritrova ad operare potrebbe ragionevolmente condurre ad esiti diversi dipendenti dalle irripetibili singolarità della fattispecie concreta presa in esame.

Le Sezioni Unite, nel dichiarare la validità/invalidità della clausola *claims made*, optano per una tesi intermedia: la pattuizione atipica *de qua* non è nulla, né tantomeno valida *apriori*, ma risulta soggetta, caso per caso, ad uno scrutinio di meritevolezza che abbia a riferimento la fattispecie concreta in cui trova inserimento. «Il pallino torna perciò ai giudici di merito»<sup>(138)</sup> cui viene demandato lo svolgimento di questo controllo, ma non senza alcune accurate indicazioni. I giudici del Supremo Collegio assumono che «l'immeritevolezza è, in via di principio, infondata con riferimento alle clausole cd. pure, che, non prevedendo limitazioni temporali alla loro retroattività, svalutano del tutto la rilevanza dell'epoca della commissione del fatto illecito, mentre l'esito dello scrutinio sembra assai più problematico con riferimento alle clausole c.d. impure, a partire da quella che limita la copertura alla sola ipotesi in cui, durante il tempo dell'assicurazione, intervengano sia il sinistro che la richiesta di risarcimento<sup>(139)</sup>». In relazione poi alle clausole che assicurano la copertura del rischio antecedente alla stipula della polizza, si paventa il problema, già affrontato in Cass. civ., 3622/2014, che manchi la corrispettività tra il pagamento del premio ed il diritto all'indennizzo poiché «il sinallagma contrattuale, che nell'ultimo periodo del rapporto è destinato ad operare in

---

concreto idonea ad avvelenarne la causa. Non a caso, al riguardo, la tesi della nullità viene declinata nella ben più scivolosa chiave della immeritevolezza di tutela dell'assicurazione con clausola *claims made*, segnatamente di quella mista, in ragione della significativa delimitazione dei rischi risarcibili, del periodo di mancanza di copertura in caso di mutamento dell'assicuratore e delle conseguenti possibili ripercussioni negative sulla concorrenza tra le imprese e sulla libertà contrattuale»; significativo quanto riportato da GAZZARA, *Sezioni Unite e clausola claims made – la meritevolezza della claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 929 ss.: «Se, infatti, ogni deroga alla norma imperativa è illecita per definizione, non è vero il contrario, e cioè che la norma dispositiva, la quale compone nel modo ritenuto ottimale e socialmente più equo dal legislatore il conflitto d'interessi tra le parti, sia sempre liberamente derogabile dall'autonomia privata, specie quando quest'ultima sia doppiamente menomata, essendo in primo luogo il contratto predisposto del tutto unilateralmente da contraente forte».

<sup>(137)</sup> CARNEVALI, *La clausola claims made nella sentenza delle Sezioni Unite*, cit., 755;

<sup>(138)</sup> CARNEVALI, *ibidem*.

<sup>(139)</sup> Cass. civ., Sez. Unite, 6 maggio 2016, n. 9140, n.17.

maniera assai ridotta, quanto alla copertura delle condotte realizzate nel relativo arco temporale, continuerà nondimeno a operare con riferimento alle richieste risarcitorie avanzate a fronte di comportamenti dell'assicurato antecedenti alla stipula». In questo senso pare che la Cassazione assimili il giudizio di meritevolezza a quello di esistenza della causa in concreto. Sulla stessa scia si pone il riferimento "all'esordiente", inteso come colui che non abbia in passato esercitato un'attività professionale, il quale abbia stipulato una polizza *claims made* che prevede la copertura del rischio pregresso. In quest'ultima ipotesi si specifica l'inutilità della copertura di un rischio siffatto, stante l'assenza di condotte antecedenti alla stipula della polizza «di talché anche tale circostanza entrerà, se del caso, nella griglia valutativa della meritevolezza».

Per il caso poi che la valutazione di meritevolezza/immeritevolezza della clausola *claims made* non appaia di "fulminante evidenza" sulla scia delle risultanze offerte dal caso, il giudice sarà in ogni caso tenuto a valutare una serie di indici, segnatamente <sup>(140)</sup>:

- l'esistenza di un contesto caratterizzato da una "spiccata asimmetria" delle parti, in cui il contraente non predisponente è nella stragrande maggioranza dei casi «sguarnito di esaustive informazioni in ordine ai complessi meccanismi giuridici che governano il sistema della responsabilità civile <sup>(141)</sup>»;
- Qualsiasi circostanza del caso concreto utile a questo fine.

Le argomentazioni della Corte e la riscoperta del giudizio di meritevolezza, se, da un lato, garantiscono delle decisioni più elastiche e, in senso lato, più equilibrate, rievocando temi mai sopiti in dottrina, dall'altro lato, minano la stabilità dell'attività assicurativa che necessita di sapere con precisione fino a quando e per quale ammontare sarà tenuta alla manleva di ciascun garantito <sup>(142)</sup>.

In altre parole, far dipendere la meritevolezza della clausola dalla "scienza del caso concreto" finisce per porsi in contrasto con il corretto funzionamento di un'economia di mercato che necessita per poter funzionare al meglio di regole

---

<sup>(140)</sup> N. 19.

<sup>(141)</sup> Per la tesi dell'equiparazione del consumatore e libero professionista "domestico", v. GAZZARA, *Sezioni Unite e clausola claims made – la meritevolezza della claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 929 ss.

<sup>(142)</sup> MAZZOLA, *La copertura assicurativa claims made: origine, circolazione del modello e sviluppi normativi*, cit., 1053; HAZAN, *sezioni unite e clausola claims made - la singolare vicenda della claims made, prima e dopo le sezioni unite ("piacer figlio d'affanno; gioia vana...")*, in *Danno e resp.*, 2016, 10, 929 ss: «rimane il fatto che affidare la "tenuta" della clausola alla scienza del caso concreto ed al poco palpabile costituisce un'insidia al buon svolgimento dell'attività assicurativa: di un'attività che, fondata sull'inversione del ciclo produttivo e sulla corretta profilazione del rischio, dovrebbe essere governata da regole certe e poter contare sul pieno affidamento circa il rispetto dei patti stabiliti all'atto della stipula della polizza»

certe <sup>(143)</sup>. *Last but not least* le Sezioni Unite indagano sugli effetti della valutazione di immeritevolezza. L'esito negativo del vaglio giudiziale di meritevolezza degli interessi, lungi da determinare la nullità dell'intera pattuizione, si limita, secondo la costruzione adottata dal Supremo Collegio, alla sola nullità della clausola *claims made*. Il regime «a richiesta fatta» viene in questo modo ad essere sostituito con il modello *loss occurrence* ex art. 1917, c.c., comma 1. Si tratta di un'ipotesi di nullità parziale ex art. 1419 c.c.. Questa scelta, rispondente ad una finalità di tutela dell'assicurato, presta il fianco, sotto il profilo sistemico, a due obiezioni fondamentali <sup>(144)</sup>.

In primo luogo dà adito a dubbi la sostituzione di diritto delle clausole *claims made* con il modello *loss occurrence* poiché l'art. 1917 c.c., comma 1 è una norma derogabile e non imperativa.

In secondo luogo, il riferimento all'art. 1419, c.c. appare dubbio dato che l'assicuratore non avrebbe di certo concluso il contratto in assenza della clausola *claims made* viziata da nullità. La clausola in discorso è certamente determinante per la persona dell'assicuratore; il pieno rispetto della disciplina della nullità parziale imporrebbe pertanto la nullità dell'intero contratto. Ma è un'altra la *ratio* che prevale in questo caso, segnatamente, quella di proteggere il contraente debole (l'assicurato). Ciò induce la Corte ad “aggirare” il dato codicistico.

## 5. Le sentenze gemelle del 2017: la terza sezione contraddice le Sezioni Unite

Circa un anno dopo l'*arreté* delle Sezioni Unite, la terza sezione della Corte di Cassazione torna ad occuparsi della clausola *claims made* con due sentenze gemelle <sup>(145)</sup> offrendo degli importanti spunti in tema di giudizio di meritevolezza.

La giurisprudenza di merito, cui era nel frattempo stato demandato l'onere di scrutinare in concreto la meritevolezza delle clausole *claims made* “spurie” ha dato vita, come prevedibile, ad un orientamento oscillante tra chi ha sostenuto la piena validità di siffatte clausole <sup>(146)</sup> e chi invece ne ha ritenuto l'immeritevolezza <sup>(147)</sup>. Le sentenze gemelle del 2017 confermano i principi già enunciati dalle Sezioni Unite, segnatamente:

---

<sup>(143)</sup> MAZZOLA, *ibidem*.

<sup>(144)</sup> ROMEO, *Vessatorietà, atipicità e dubbia meritevolezza delle clausole claims made*, in [www.dirittocivilecontemporaneo.com](http://www.dirittocivilecontemporaneo.com), 2016, 3.

<sup>(145)</sup> Cass. Civ., Sez. III, 28 aprile 2017, n. 10506 e 10509.

<sup>(146)</sup> Trib. Milano, 18 maggio 2017; Trib. Bologna, 12 agosto 2016; App. Torino, 14 luglio 2016; Trib. Napoli, 20 giugno 2016; Trib. Genova, 1 giugno 2016.

<sup>(147)</sup> Trib. Roma, 25 gennaio 2017; Trib. Roma, 19 dicembre 2016; Trib. Genova, 27 luglio 2016; Trib. Monza 16 giugno 2016; Trib. Treviso 10 giugno 2016.

- L'esclusione della vessatorietà della clausola *claims made* poiché limitativa dell'oggetto del contratto e non della responsabilità dell'assicuratore;
- Il principio per cui, tramite il modello *on claims made basis*, è possibile attuare una copertura retroattiva del rischio contrattuale senza che ciò comporti la nullità dell'intera pattuizione per l'inesistenza del rischio assicurato.

La sentenza passa quindi a trattare di giudizio di meritevolezza ribadendo l'insegnamento del maggio 2016: si afferma così che «La clausola *claims made* ... potrebbe tuttavia risultare in singoli casi specifici non diretta a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ai sensi dell'art. 1322 c.c.; quest'ultima valutazione va svolta in concreto e non in astratto». Si dovrà in particolare valutare:

- Se la clausola *claims made* sia pura o impura;
- La qualità delle parti;
- L'attitudine della clausola ad esporre l'assicurato a buchi di garanzia.

Il contributo di maggiore interesse delle pronunce gemelle del 2007 si riscontra al punto 3.1., ove si enuncia la questione della meritevolezza in relazione alle clausole *claims made* che «esclud[ono] il diritto all'indennizzo per i danni causati dall'assicurato in costanza di contratto» rispetto cui il terzo danneggiato ha chiesto il pagamento dopo la scadenza del del medesimo (la Cassazione le definisce "richieste postume"). Intorno a questa problematica ruota la *ratio decidendi* delle sentenze *de quibus*. In particolare, dopo aver enunciato che la clausola *claims made* costituisce una pattuizione atipica, sottoponibile in quanto tale al giudizio di meritevolezza degli interessi, chiarisce come quest'ultimo investa «non il contratto in sé, ma il risultato con esso perseguito» che non si esaurisce nel sindacato di liceità della causa ma che va oltre.

Si fornisce così una nozione "dinamica" del vaglio giudiziale di meritevolezza atta a ponderare i molteplici interessi del caso concreto e gli esiti che le parti si sono poste il fine di conseguire.

Infine, il Supremo Consesso, pur non fornendo una precisa definizione di immeritevolezza, attraverso il riferimento ad alcuni importanti precedenti, enuclea tre criteri fondamentali funzionali alla definizione di quest'ultima categoria. Segnatamente, è immeritevole di tutela il contratto atipico:

- Che attribuisce ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita;
- Che pone uno dei paciscenti in una posizione di indefinita soggezione nei confronti dell'altro;

- Che costringe uno dei contraenti a tenere delle condotte contrastanti con i superiori doveri di solidarietà sociali imposti dalla Costituzione<sup>(148)</sup>.

In forza dei parametri appena citati si compie il passo finale e si traggono le seguenti conclusioni: «la clausola *claims made* che esclud[e] le richieste postume» è immeritevole di tutela poiché attribuisce all'assicuratore un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza alcuna contropartita per l'assicurato. All'indomani della decisione, una parte della dottrina ha – in maniera piuttosto condivisibile – rilevato che la decisione della terza sezione della Suprema Corte, seppur in maniera cauta, contraddice le Sezioni Unite le quali avevano ritenuto la tendenziale validità delle clausole pure e che avevano subordinato l'operatività, o meglio la meritevolezza, di quelle “spurie” ad una serie di elementi quali l'estensione della garanzia al rischio pregresso, il premio pagato ed il “grado” di asimmetria informativa<sup>(149)</sup>. Con le pronunce gemelle tutti questi elementi cedono il passo al *vulnus* che si viene a creare per l'assicurato con riferimento alle richieste postume, il quale diviene in questo modo parametro fondamentale e metro incontrovertibile del giudizio. Siffatta prospettazione andrebbe però opportunamente ridimensionata. Sembrerebbe cioè ragionevole, dal momento che la fattispecie concreta oggetto del giudizio origina da un'ipotesi di *malpractice* sanitaria, che i tre parametri enunciati per lo scrutinio di meritevolezza siano funzionali alla sola valutazione delle clausole *claims made* relative alla responsabilità del medico e non a qualsivoglia genere di responsabilità professionale<sup>(150)</sup>. A sostegno di questa tesi deporrebbero alcuni espliciti riferimenti della Corte all'incompatibilità del modello *on claims made basis* «con il tipo di responsabilità professionale cui può andare incontro il *medico*».

L'esplicito riferimento alla figura del medico direzionerebbe i parametri alla cui stregua operare il vaglio giudiziale di meritevolezza degli interessi alle sole ipotesi in cui venga vagliata la responsabilità di questo specifico professionista con l'esclusione pertanto di altre figure professionali che, in ossequio alla vigente prassi assicurativa, ricorrono alla clausola *claims made* al fine di assicurare il rischio che deriva dallo svolgimento delle rispettive attività.

Questa conclusione è però criticabile sotto vari profili.

Sul fronte sistemico, sembra violare il principio di uguaglianza poiché attribuisce una tutela maggiore ad una particolare specie di professionista (il medico) tralasciando il fatto che anche altre figure professionali ricorrono

---

<sup>(148)</sup> 3.4. Viene richiamata la ben nota pronuncia 14343/09 di cui si dirà ampiamento nel capitolo successivo.

<sup>(149)</sup> CARNEVALI, *La clausola claims made e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità*, in *Contratti*, 2017, 4, 383 ss.

<sup>(150)</sup> CARNEVALI, *ibidem*.

all'assicurazione del rischio, derivante dallo svolgimento delle loro attività, per tramite del modello *on claims made basis*.

In secondo luogo non sembra possibile circoscrivere l'operare di una clausola generale in ragione del solo fatto di venire applicata *una tantum* ad una determinata fattispecie concreta. Si finirebbe infatti per negargli l'attributo della generalità.

## **Sezione III**

### **Altre fattispecie di immeritevolezza, tratte dalla giurisprudenza di legittimità**

#### **1. Premessa**

La Suprema Corte ha sempre evitato di fornire definizioni generali della categoria dell'immeritevolezza, ciononostante in una sempre maggiore serie di pronunce, il Supremo Collegio, sulla scorta di principi generali di matrice costituzionale e sovranazionale, ha statuito la nullità di operazioni economiche o di singole clausole ad esse afferenti. A seguire, le pronunce che, chi scrive ritiene, in tal senso, più significative.

#### **2. Cass. civ., Sez. III, 19 luglio 2012, n. 12454**

##### **2.1 (segue) Fattispecie**

La sentenza ha ad oggetto la validità di un contratto di mutuo finalizzato all'acquisto di un'autovettura a seguito della domanda di risoluzione per inadempimento del connesso contratto di vendita. Nello specifico, due coniugi, convenuta in giudizio una concessionaria di automobili ed un istituto di credito, chiedevano la risoluzione, per colpa del venditore, del contratto di vendita concluso tra Tizio e la concessionaria e del contratto di mutuo che era stato nel frattempo concluso dalla moglie Caia per finanziare l'acquisto dell'autovettura. Il mutuo, in particolare, prevedeva che la somma di denaro fosse versata direttamente al venditore e che il mutuatario fosse in ogni caso tenuto al pagamento delle rate anche nell'ipotesi in cui il venditore, rendendosi inadempiente, non procedesse alla consegna del bene.

Malauguratamente, si veniva a verificare proprio quest'ultima eventualità. Agivano in giudizio i coniugi chiedendo, in prima battuta, la risoluzione del contratto di vendita e, in secondo luogo, la nullità della clausola del contratto di mutuo avente ad oggetto l'inopponibilità al mutuante delle eccezioni relative al contratto di vendita, poiché vessatoria e contraria a buona fede.

Ad analoghe conclusioni non giungeva però il Tribunale né tantomeno la Corte d'appello che dichiarava la risoluzione (di diritto) per colpa del venditore inadempiente del contratto di compravendita affermando contestualmente la piena validità del contratto di mutuo. Secondo i giudici infatti, la clausola censurata non rientrerebbe «in alcuna delle ipotesi di vessatorietà», ex art. 33 Cod. cons., «perché il rapporto su cui si controverte è la compravendita intercorrente tra Tizio e la concessionaria e non il mutuo concluso da Caia con l'istituto di credito».

## 2.2 (segue) Decisione

La decisione della Suprema Corte qualifica il contratto di finanziamento come un mutuo di scopo <sup>(151)</sup> ravvisando contestualmente un collegamento negoziale <sup>(152)</sup> tra detto contratto ed il contratto di vendita <sup>(153)</sup>, senza attribuire rilievo alla circostanza che i predetti negozi siano stati conclusi da due persone differenti <sup>(154)</sup>. Questa premessa, di non poco conto, consente di valutare l'operazione economica nella sua interezza. In particolare, il collegamento negoziale acquista rilievo su due fronti <sup>(155)</sup>: *in primis*, per disciplinare l'azione restitutoria

---

<sup>(151)</sup> «Il mutuo di scopo – va sottolineato – generalmente è caratterizzato dalla consegna al mutuatario di somme di denaro od altre cose fungibili allo scopo esclusivo di raggiungere una determinata finalità espressamente inserita nel sinallagma contrattuale»; v. anche GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni scientifiche, 2015, 1161: «Il mutuo di scopo consiste ... nel prestito di denaro per una precisa e prefissata destinazione d'uso che è atta a realizzare un interesse non solo del mutuatario ma anche del mutuante o di terzi»; Sussumendo la fattispecie in discorso entro lo schema del mutuo di scopo, la Corte finisce per escludere che si tratti di credito al consumo. Rileva a questo fine RISPOLI, *Clausole generali e regole settoriali*, in *Giur. it.*, 2013, 1813: «Mancherebbe infatti la prova [oggi non più necessaria] di un accordo che attribuisca al finanziatore l'esclusiva per la concessione di credito ai clienti del fornitore». Detto ciò, l'autore sferra due critiche. In primo luogo, «ben potrebbe [un mutuo di scopo] rientrare nella figura del credito al consumo, sussistendo tra i due istituti un rapporto di genere a specie»; in secondo luogo, «l'asserita necessità della prova di un accordo di esclusiva fra venditore e finanziatore» rilevava unicamente al fine di riconoscere in capo al consumatore il diritto d'azione nei confronti del finanziatore e non allo scopo di qualificare la fattispecie.

<sup>(152)</sup> definizione collegamento negoziale

<sup>(153)</sup> «Nella specie, la Corte di merito, nell'affermare l'autonomia dei due rapporti - quello di compravendita e quello di mutuo "diverso sebbene collegato" - non ha considerato, nè messo in rilievo le seguenti circostanze.

a) Lo stretto legame funzionale esistente fra il contratto di compravendita e quello di mutuo destinato a finanziare l'acquisto del veicolo oggetto della compravendita;

b) La circostanza che le trattative per la concessione del mutuo erano state condotte all'interno dei locali della venditrice dell'autovettura (Tontini Auto s.r.l.);

c) La qualità delle parti, coniugi: il L. acquirente del veicolo, la C. mutuataria;

d) La destinazione immediata della somma mutuata alla società venditrice dell'autovettura.

Tali circostanze, se complessivamente considerate, avrebbero reso evidente che il contratto di mutuo concluso dalla C. era finalizzato soltanto all'acquisto del veicolo del coniuge».

<sup>(154)</sup> RISPOLI, *Clausole generali e regole settoriali*, cit., 1813, rileva acutamente l'intento della Corte finalizzato a dare rilievo «all'operazione economica nel suo complesso» e non già ai singoli negozi di cui essa si compone.

<sup>(155)</sup> PALUMBO, *Un'occasione mancata per chiarire alcuni (tra i tanti) dubbi in materia di collegamento negoziale nel credito al consumo*, in *giur. it.*, 2013, 2 ss.

della somma oggetto del contratto di mutuo e, *in secundis*, al fine di valutare, in concreto, la meritevolezza della clausola di inopponibilità al mutuante delle eccezioni di inadempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto di compravendita.

Discostandosi da precedenti arresti <sup>(156)</sup>, il giudicante afferma l'immeritevolezza della clausola del contratto di mutuo da ultimo citata. Essa «che sarebbe potuta essere astrattamente valida, quale espressione della libertà negoziale delle parti» dev'essere interpretata «alla luce dei principi di buona fede e di correttezza» tenendo conto dei molteplici interessi che contraddistinguono l'operazione economica. Segnatamente, l'interesse del mutuante, il quale avrebbe la possibilità di rivalersi sul venditore, cui la somma era stata consegnata già nel momento in cui il contratto di mutuo era stato concluso, e del mutuatario, il quale si ritroverebbe a versare delle somme mai percepite a fronte di un bene mai ricevuto. Il principio qui esposto emerge con limpida chiarezza dalla lettura di una delle massime attinente alla *ratio decidendi* della pronuncia: « In tema di mutuo di scopo collegato ad un contratto di vendita avente ad oggetto l'acquisto di un bene da parte del mutuatario, la validità (sotto il profilo della meritevolezza degli interessi tutelati) della clausola, la quale preveda l'obbligo del mutuatario di effettuare i singoli pagamenti a favore del mutuante nei modi e nei termini convenuti, anche nel caso di inadempimento di qualsiasi genere da parte del venditore, ivi compresa la mancata consegna del bene richiesto, deve essere valutata alla luce dei principi di buona fede e di correttezza, tenendo presente, da un lato, l'interesse del mutuante, che avrebbe la possibilità di ripetere la somma dal venditore al quale l'aveva direttamente consegnata e, dall'altro, la condizione del mutuatario che, anche di fronte alla mancata consegna del bene, dovrebbe continuare a restituire somme, mai percepite, ma entrate direttamente nella sfera di disponibilità del venditore favorito dalla diretta consegna, da parte del mutuante, della somma, pur senza avere adempiuto all'obbligazione di consegna <sup>(157)</sup> ».

---

<sup>(156)</sup> Cass. civ., Sez. III, 24 maggio 2003, n. 8253, in *Gius.*, 2003, 21, 2414: «In tema di contratto di mutuo finalizzato all'acquisto di un veicolo, è valida la clausola che, pur escludendo in modo palese il collegamento negoziale, faccia gravare sul mutuatario il rischio della mancata consegna del bene. In tal caso il contratto di mutuo rimane estraneo alle vicende che interessano quello di vendita ed il mutuatario, che non riceva il veicolo dal venditore, non può opporre al mutuante l'eccezione di inadempimento per rifiutare di pagare le rate del mutuo»; Cass. civ. Sez. I, 11-02-2011, n. 3392, in *Contratti*, 2011, 11, 994: «In tema di contratto di mutuo finalizzato all'acquisto di un veicolo, la clausola di rinuncia del mutuatario a far valere nei confronti del mutuante l'eccezione di mancata consegna del veicolo da parte del venditore, pur astrattamente valida, in quanto espressione della libertà negoziale, deve essere valutata alla luce della fattispecie concreta, potendo essere considerata invalida qualora violi il principio di buona fede, non sussistendo alcun interesse del mutuante diverso da quello di favorire il venditore, che tratterebbe la somma senza aver consegnato l'auto. (Rigetta, App. Ancona, 31/05/2004).

<sup>(157)</sup> v. *Giust. civ. mass.*, 2012, 7-8, 929.

### 3. Cass. Sez. Unite, 17 febbraio 2017, n. 4224

#### 3.1 (segue) Fattispecie

La sentenza in esame, decisa dalla Cassazione a Sezioni Unite, fa sfoggio delle più recenti tesi giurisprudenziali in tema di causa in concreto e di meritevolezza degli interessi, giungendo, per questa via, a dichiarare la nullità, per difetto di meritevolezza, di una clausola inserita all'interno di un contratto di concessione di una derivazione d'acqua. I fatti di causa sono i seguenti <sup>(158)</sup>.

La società Tecnowatt s.r.l., già titolare di una concessione di piccola derivazione d'acqua, riceveva nel 2009 due ingiunzioni di pagamento dalla regione Lombardia per non aver corrisposto i canoni relativi all'anno 2006, unitamente ad alcune somme accessorie. La società concessionaria, non avendo potuto in quell'anno usufruire della concessione a causa dell'assenza di alcuni permessi di carattere amministrativo, non procedeva al pagamento ritenendosi esentata nonostante una clausola del contratto di concessione prevedesse espressamente l'obbligo della concessionaria al versamento dei canoni relativi anche per il caso in cui non volesse o potesse derivare l'acqua <sup>(159)</sup>. Il Tribunale regionale delle acque pubbliche, in primo grado, ed il Tribunale superiore delle acque pubbliche, in appello, accoglievano le doglianze della società concessionaria.

Il Tribunale superiore, in particolare, rilevando che il comportamento di alcune comunità montane, a tutela dell'ambiente, si era rivelato oltremodo determinante, nel precludere il rilascio delle concessioni amministrative e nell'impedire lo sfruttamento della concessione, dispensava la concessionaria da qualsivoglia responsabilità in ordine al mancato utilizzo della concessione facendo utilizzo del principio generale dell'*inadempienti non est adimplendum*. La mancata effettiva fruizione della concessione era infatti ascrivibile ad un evento – il negato rilascio delle autorizzazioni necessarie – non imputabile al concessionario <sup>(160)</sup>.

---

<sup>(158)</sup> Utili spunti ricostruttivi della vicenda sono contenuti in GAROFALO, *Meritevolezza degli interessi e correzione del contratto*, in *NGCC*, 2017, 9, 1205.

<sup>(159)</sup> Veniva in questo modo derogato il principio generale che, come da regola generale, fa ricadere sul creditore il rischio dell'impossibilità della prestazione.

<sup>(160)</sup> La pronuncia richiama Cass. civ., Sez. Unite, 7 luglio 2010, n. 16035, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 7-8, 1017. La massima di cui ha fatto applicazione il Tribunale superiore è la seguente: «In tema di concessioni di derivazione di acque pubbliche per uso idroelettrico, la mancata effettiva fruizione della derivazione da parte del concessionario - se dovuta ad impossibilità di funzionamento dell'impianto ascrivibile a cause di forza maggiore o, comunque, ad eventi non imputabili al medesimo concessionario - può avere rilevanza ai fini dell'esigibilità dell'addizionale regionale del relativo canone, la quale postula un nesso oggettivo con l'utilizzazione effettiva, o almeno potenziale, della risorsa idrica. (Nella specie, le S.U. hanno confermato la sentenza del Tribunale superiore delle acque pubbliche che aveva riconosciuto il

La regione Lombardia ricorreva per Cassazione ritenendo che le decisioni dei giudici di merito, nel disattendere la clausola del contratto che imponeva in ogni caso il pagamento della concessione, avessero violato il principio dell'autonomia contrattuale e compresso oltremodo la libertà delle parti di determinare il contenuto del contratto.

In secondo luogo censurava la violazione dei canoni di ermeneutica contrattuale e contestava il ragionamento dei giudici teso ad attribuire prevalenza al criterio di buona fede rispetto alla volontà espressa delle parti. In nessun caso cioè, a detta della ricorrente, detto principio potrebbe determinare una modificazione dell'assetto di interessi predisposto dai paciscenti attraverso la contrattazione.

### **3.2 (segue) Decisione**

La decisione del Supremo Collegio muove dalla constatazione che il disciplinare di concessione è un contratto atipico. Questo presupposto consente alla Corte di fondare la pronuncia intorno al sindacato giudiziale di meritevolezza degli interessi. Non è superfluo a questo fine riportare alcuni passi della motivazione in cui si chiarisce:

- Che «il vaglio di meritevolezza degli interessi perseguiti ... deve avere ad oggetto la causa concreta»;
- Che la causa coincide «con lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato»;
- Che l'attività negoziale dei contraenti in relazione ai contratti atipici dev'essere meritevole;
- Che «i controlli insiti nell'ordinamento positivo relativi all'esplicazione dell'autonomia negoziale, riferiti alla meritevolezza di tutela degli interessi regolati convenzionalmente ... devono essere in ogni caso parametrati ai superiori valori costituzionali previsti a garanzia degli specifici interessi perseguiti: in tal senso dovendosi ormai intendere la nozione di "ordinamento giuridico", cui fa riferimento la norma generale sul riconoscimento dell'autonomia negoziale ai privati, attesa l'interazione, sulle previgenti norme codicistiche, delle superiori e successive norme di rango costituzionale e sovranazionale comunque applicabili quali principi informatori o fondanti dell'ordinamento stesso».

---

diritto dei concessionari ad ottenere la restituzione delle somme versate a titolo di addizionale regionale, in quanto i Comuni territorialmente competenti avevano negato loro le concessioni edilizie per la realizzazione delle opere necessarie al prelievo idrico)».

Poste queste premesse, in un'ottica tesa a bilanciare il principio di meritevolezza dell'interesse perseguito dai paciscenti con quello di autonomia contrattuale <sup>(161)</sup>, la Corte opera un raffronto tra i principi generali e la fattispecie concreta fin qui descritta giungendo, al termine del ragionamento, ad affermare l'immeritevolezza della clausola atta a negare l'esenzione della concessionaria dal pagamento dei canoni contrattualmente previsti. Due sono in particolare le argomentazioni utilizzate per giungere a tale risultato.

In *primis* viene posto l'accento sul principio di necessaria corrispettività tra il pagamento del canone di concessione e lo sfruttamento della risorsa che ne è oggetto <sup>(162)</sup>, la cui deroga determinerebbe un'inaccettabile trasmutazione del contratto, che diverrebbe aleatorio poiché riverserebbe sulla persona del concessionario una serie di rischi non prevedibili sulla base di un criterio di normalità. L'inaccettabilità di una siffatta trasformazione non appare sostenibile sulla base di due punti, segnatamente, poiché non risulta un'espressa volontà dei contraenti diretta in tal senso e perché si verrebbe a determinare una lesione del principio ex art. 41 Cost. della libertà di iniziativa economica privata. Si addosserebbe infatti all'imprenditore ogni tipo di rischio, prevedibile e non, e si costituirebbe in capo alla pubblica amministrazione una rendita "di mera posizione" in forza della quale un rendimento economico si verrebbe a determinare in ragione della titolarità di una risorsa e non sulla base dell'effettivo sfruttamento che di essa venga in concreto operato. In questa maniera, il Supremo Collegio giudica immeritevole la pattuizione che deroghi al principio di necessaria corrispettività in via "ontologica", in ciò discostandosi anche da quanto statuito in tema di clausola *claims made* "spuria", ove, come visto in precedenza, l'esito negativo del sindacato ex art. 1322, c.c., comma 2, è subordinato ad una valutazione caso per caso <sup>(163)</sup>.

La seconda argomentazione utilizzata dai giudici ha ad oggetto il richiamo ai principi della produzione, del trasporto e della distribuzione nazionale dell'energia. In questa materia, la Corte richiama le nozioni di onerosità della concessione e di proporzionalità del canone all'entità dello sfruttamento della risorsa pubblica e all'utilità economica che ne deriva per il concessionario.

---

<sup>(161)</sup> FERRARA, in *Foro it.*, 2017, 2013.

<sup>(162)</sup> In merito la Corte sembra dare per scontato che il disciplinare di concessione di derivazione d'acqua qui considerato sia assimilabile ad un contratto a prestazioni corrispettive. Questo dato che ad una prima impressione potrebbe risultare scontato e per certi versi banale vacilla innanzi alle osservazioni di una certa dottrina (GAROFALO, *Meritevolezza degli interessi e correzione del contratto*, cit., 1206, nota 5). La prestazione della p.a. sembra infatti «difficile da ritenere tecnicamente tale», consistendo nella sola «attribuzione di un godimento esclusivo di un bene pubblico»; In relazione al principio di necessaria corrispettività tra pagamento del canone e sfruttamento della concessione, v. Corte Cost. 1 aprile 2014, n. 64.

<sup>(163)</sup> FERRARA, *ibidem*. La nullità è in quest'ultima ipotesi solo potenziale. Rinvio alla sezione 2.

Si richiamano altresì i principi di economicità e di ragionevolezza <sup>(164)</sup>. Quest'ultimo in particolare è inteso in termini di prevalenza della sostanza sulla forma ed è ritenuto espressione di logicità, uniformità e adeguatezza. Il richiamo dei principi da ultimo citati consente alla Corte di ritenere immeritevole la clausola in virtù dell'illegittimo squilibrio contrattuale che si viene a determinare in seguito di una loro violazione.

Un ultimo punto di interesse della sentenza appena citata attiene alle conseguenze dell'esito negativo del sindacato di meritevolezza. Com'è noto, i principi generali imporrebbero di ritenere integralmente nulla la pattuizione <sup>(165)</sup>. Ciò però danneggerebbe oltremodo la posizione del concessionario vanificando la *ratio* di tutela che fa da sfondo all'*iter* argomentativo del Supremo Collegio. Al pari di quanto visto in tema di clausola *claims made*, i giudici ricorrono ad un'impostazione intermedia, facendo ampio utilizzo della categoria della nullità parziale ex art. 1419 c.c. del codice civile.

#### **4. Cass. civ., Sez. III, 19 giugno 2009, n. 14343**

##### **4.1 (segue) Fattispecie**

L'IMPDAI, proprietario di un appartamento, concludeva un contratto di locazione con L.B.D. Successivamente agiva in giudizio nei suoi confronti sostenendo che l'immobile non fosse più occupato dalla conduttrice e che codesta, in spregio al divieto di sublocazione previsto dal contratto, lo avesse concesso in godimento a B.D.. Chiedeva quindi al Tribunale di Roma la risoluzione del contratto di locazione, la dichiarazione che B.D. fosse occupante senza titolo dell'immobile e la condanna di entrambe al rilascio dell'appartamento, al pagamento dell'indennità di occupazione ed alla corresponsione del risarcimento dei danni. Rimaneva contumace B.D. ma si costituiva in giudizio L.B.D., che resisteva alla domanda sostenendo di avere

---

<sup>(164)</sup> Il richiamo è attuato in riferimento alla normativa di settore, cioè all'art. 37, comma 7 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134: «Al fine di assicurare un'omogenea disciplina sul territorio nazionale delle attività di generazione idroelettrica e parità di trattamento tra gli operatori economici, con decreto del Ministro dello sviluppo economico, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sono stabiliti i criteri generali per la determinazione, secondo principi di economicità e ragionevolezza, da parte delle regioni, di valori massimi dei canoni delle concessioni ad uso idroelettrico. Con lo stesso decreto sono fissate le modalità tramite le quali le regioni e le province autonome possono destinare una percentuale di valore non inferiore al 20 per cento del canone di concessione pattuito alla riduzione dei costi dell'energia elettrica a beneficio dei clienti finali, con riferimento ai punti di fornitura localizzati nel territorio della provincia o dell'unione dei comuni o dei bacini imbriferi montani insistenti nel medesimo territorio interessato dalle opere afferenti alle concessioni di cui al presente comma».

<sup>(165)</sup> «l'ordinamento non riconoscerebbe alla autoregolamentazione di interessi delle parti alcun effetto giuridico, quale conseguenza della valutazione appunto complessiva dell'inidoneità di quella a perseguire interessi ritenuti meritevoli».

ancora la disponibilità dell'immobile, di avere lì indirizzata la sua corrispondenza, di essersi limitata ad ospitare B.D., di avere una presenza in appartamento discontinua a causa dei propri impegni lavorativi e che le modalità di godimento della cosa locata inervano alla sua sfera personale ossia ad una dimensione non sindacabile in alcun modo dal locatore. Sosteneva inoltre la vessatorietà della clausola n. 15 del contratto nella parte in cui vietava «di ospitare non temporaneamente persone estranee al nucleo familiare anagrafico» e la nullità della medesima in quanto limitativa «della libertà personale, delle relazioni personali e del domicilio, in contrasto con l'art. 3 Cost., comma 2, art. 13 e 14 Cost». Il Tribunale dichiarava risolto, in virtù di clausola risolutiva espressa, il contratto di locazione, dichiarava B.D. occupante senza titolo dell'immobile, condannava le convenute al rilascio dell'immobile in favore dell'INPS (successore a titolo universale dell'I.N.P.D.A.I.) e, in solido, al risarcimento dei danni. Proponeva appello L.B.D. ma non B.D. rispetto cui la sentenza passava in giudicato. L'appellante riproponeva l'eccezione di nullità della clausola n. 15 di cui continuava ad asserire la vessatorietà; negava inoltre il sussistere degli estremi per la risoluzione del contratto e deduceva la mancanza di prova del danno di cui riteneva l'integrale insussistenza. La Corte d'appello, in parziale riforma della sentenza impugnata, rigettava la domanda di risarcimento dei danni ma confermava per il resto la sentenza impugnata. Proponeva ricorso per Cassazione L.D.B. che criticava la decisione della Corte d'appello nella parte in cui sosteneva che la locazione abitativa fosse un rapporto fondato sull'*intuitu personae*, ritenendo invece valida la clausola n. 15 del contratto. Il Supremo Collegio, pur negando la vessatorietà della clausola n. 15 del contratto ed escludendo, in conseguenza di ciò, l'onere di una sua specifica e separata approvazione ex art. 1341, c.c., comma 2, accoglieva il ricorso principale e dichiarava la nullità della clausola, ponendo a fondamento della sua statuizione un dovere di ospitalità costituzionalmente garantito espressione del principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Costituzione.

## **4.2 (segue) Decisione**

Nella fattispecie sopra considerata, la Suprema Corte offre un'interpretazione costituzionalmente orientata del giudizio di meritevolezza, tesa a valorizzare i principi di solidarietà sociale e di inviolabilità della persona umana. L'*iter* argomentativo dei giudici, muovendo dalla considerazione che l'ordinamento giuridico si compone di un complesso di fonti tra loro eterogenee ordinate secondo un criterio gerarchico, valorizza la posizione preminente che nella piramide dei valori giungono ad assumere i principi da ultimo citati. Questi, lungi dall'esser dotati di un'efficacia meramente programmatica, acquistano un valore precettivo e divengono, per questa via, direttamente applicabili ai rapporti

intersoggettivi (<sup>166</sup>) ed alle pattuizioni private. Lo strumento atto a veicolare detti principi è il giudizio di meritevolezza che consente al giudicante di espungere dal contratto le previsioni pattizie che si pongano con essi in contrasto.

In relazione al caso di specie, la Corte, ritenuta la contrarietà della clausola n. 15 del contratto di locazione con il principio di solidarietà sociale (<sup>167</sup>) e con il dovere fondamentale di ospitalità (<sup>168</sup>), che di esso costituisce espressione, accoglie il ricorso principale e ne afferma la nullità. Ancora una volta, si fa ricorso all'istituto della nullità parziale al fine di tutelare la posizione della locataria. Detto ciò, chi scrive non può non condividere le considerazioni della più attenta dottrina (<sup>169</sup>) che rileva come la decisione, di gran pregio sul piano dei principi generali, si riveli poco persuasiva in relazione alla fattispecie concreta. Sembra infatti che il dovere di ospitalità, espressione del principio di solidarietà sociale ex art. 2 Cost., debba necessariamente rifarsi al generale principio dell'offerta «per venire incontro all'altrui difficoltà». Ciò non accade nel caso in discorso. L'ospite della locataria non era infatti un'indigente e la stessa locazione era collegata ai sostanziosi benefici della c.d. legge sull'equo canone, da cui derivava, per la locatrice, il dovere di corresponsione di un canone di molto inferiore a quello di libero mercato. Posta la difficoltà di distinguere la fattispecie della sublocazione (<sup>170</sup>) dalla semplice ospitalità, si ha l'impressione che nel caso *de quo* la Suprema Corte abbia erroneamente escluso il

---

(<sup>166</sup>) Questo principio si evince dalla lettura della decisione: «[Le] norme che attengono ai valori inviolabili della persona umana [non hanno efficacia] meramente programmatic[a], ma [sono] dotat[e] d'un valore precettivo che le rende direttamente applicabili anche ai rapporti intersoggettivi»; Con riferimento al danno non patrimoniale, la Corte richiama inoltre le sentenze gemelle in tema di danno esistenziale, Cass. civ., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828; Cass. civ., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828.

(<sup>167</sup>) Interessanti appaiono le considerazioni della Suprema Corte in ordine al principio di solidarietà sociale: «Il principio solidaristico non è più soltanto caratterizzato in senso economico, rivolto a scopi nazionalistici, di efficientismo del sistema o di aumento della produttività, ma ha fini ad un tempo politici, economici, sociali. Nell'art. 2 Cost. trovano così il loro sostegno le esplicazioni di autonomia, a contenuto patrimoniale e non, che hanno ragion d'essere nella famiglia, alla quale è devoluto l'essenziale compito di realizzare le istanze più profonde della persona.

(<sup>168</sup>) «L'adempimento dei doveri di solidarietà [si] può manifestare attraverso l'ospitalità offerta per venire incontro ad altrui difficoltà»

(<sup>169</sup>) IZZO, *Il dovere di solidarietà sociale e l'ospitalità del conduttore*, in *corr. giur.*, 2010, I, 61.

(<sup>170</sup>) Fattispecie di cui peraltro continua a restare incerta la definizione. A questo fine, v. CASO, *Fondamento costituzionale del dovere di ospitalità*, in *rass. dir. civ.*, 2011, 3, 1002, nota 15: «Parte della dottrina ravvisa nella sublocazione quel particolare fenomeno giuridico consistente nella concessione in godimento, totale o parziale, della cosa locata, da parte di chi ne è conduttore». Altro orientamento ritiene «che la sublocazione abbia natura di contratto derivato: conferisce al sublocatore, che ha la disponibilità della cosa per esserne il conduttore, il ruolo del locatore; e sarebbe proprio tale disponibilità a dargli la possibilità di cedere ad altri il godimento della cosa». Secondo altri «il conduttore è un intermediario tra locatore e sub conduttore» e c'è poi chi ritiene che «la sublocazione» abbia «le caratteristiche del contratto con stipulazione a favore del terzo dove, però, gli effetti favorevoli sono per il locatore principale».

sussistere della prima <sup>(171)</sup> e consequenzialmente reputato inapplicabile il divieto ex art. 2 della l. n. 392 del 1978 <sup>(172)</sup>.

## **5. Cass. civ., Sez. III, 8 febbraio 2013, n. 3080**

### **5.1 (segue) Fattispecie**

In data 16 settembre 2009, l'Ordine dei farmacisti di Caserta irrogava la sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale a carico della dottoressa P.C., titolare di una farmacia, per avere violato l'accordo avente ad oggetto gli orari di servizio e i turni di riposo del sabato, da questa concluso con altri soggetti appartenenti al medesimo ordine professionale, e per aver in aggiunta pubblicizzato siffatto orario di apertura. Contro tal decisione presentava ricorso la farmacista innanzi alla Commissione Centrale per gli esercenti le professioni sanitarie di Roma la quale, confermando la sanzione disciplinare irrogata dall'Ordine dei farmacisti di Caserta, lo rigettava. Ricorreva innanzi alla Suprema Corte di Cassazione la dottoressa P.C. deducendo: a) il diritto di tenere aperta la farmacia anche nei giorni di sabato, non potendo in ciò ritenersi vincolata dagli accordi intercorsi con gli altri farmacisti in sede di definizione dei turni; b) la contestazione che la pubblicizzazione del relativo orario di apertura costituisca un atto di concorrenza sleale; c) il difetto assoluto di motivazione circa l'entità e la sanzione in concreto irrogata.

Presentava controricorso l'Ordine provinciale dei farmacisti che eccepiva il difetto di autosufficienza del ricorso principale e, nel merito, ribadiva la fondatezza della sanzione irrogata per la violazione dei doveri di correttezza insiti nel mancato rispetto degli accordi di categoria, la sussistenza di pubblicità non conforme ai dettami del codice deontologico e l'idoneità della motivazione in ordine all'identificazione, alla misura ed all'entità della sanzione.

La Suprema Corte accoglie i primi due motivi di ricorso e dichiara assorbito il terzo; cassa la sentenza gravata e, decidendo nel merito, annulla il provvedimento adottato dall'Ordine dei farmacisti di Caserta; compensa le spese di giudizio.

### **5.2 (segue) Decisione**

---

<sup>(171)</sup> CASO, *Fondamento costituzionale del dovere di ospitalità*, cit., 1004.

<sup>(172)</sup> La disposizione prevede: «Il conduttore non può sublocare totalmente l'immobile, né può cedere ad altri il contratto senza il consenso del locatore. Salvo patto contrario il conduttore ha la facoltà di sublocare parzialmente l'immobile, previa comunicazione al locatore con lettera raccomandata che indichi la persona del subconduttore, la durata del contratto ed i vani sublocati».

Con la pronuncia *de qua* la Cassazione offre degli interessanti spunti in tema di giudizio di meritevolezza rispetto il quale procede all'enucleazione di criteri e parametri affatto differenti da quelli sinora esaminati. L'intesa che la ricorrente aveva stipulato con l'ordine professionale di appartenenza è infatti vagliata dai giudici alla luce del principio di tutela dell'assetto concorrenziale del mercato.

L'*iter* argomentativo della Corte può essere così riassunto.

In primo luogo, la Cassazione ravvisa nell'intesa, raggiunta con l'ordine professionale, un contratto atipico sottoponibile, in quanto tale, al giudizio di meritevolezza. Successivamente, sottolinea l'esito negativo di questo controllo e l'immeritevolezza dell'accordo poiché in contrasto con le esigenze di effettiva realizzazione di un assetto concorrenziale di mercato e, in relazione a questo, della vendita al dettaglio di prodotti farmaceutici. Il principio dell'autonomia contrattuale dev'essere infatti parametrato sui superiori valori costituzionali così come interpretati alla luce dei principi dell'ordinamento dell'Unione Europea e da quelli tratti dalla Convenzione Europea per dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino. Sicché, la causa concreta del contratto, il suo scopo pratico, la ragione concreta dell'affare, la sintesi degli interessi che il negozio è diretto a realizzare, dev'essere letta alla luce di tali principi.

Dalla mancata corrispondenza della causa concreta ai dettami da ultimo visti deriva il rigetto della pattuizione. L'esito negativo del vaglio di meritevolezza «della causa concreta del contratto atipico, pur non incidendo sulla struttura intrinseca dell'accordo, impedisce però in radice di ricollegare ad esso qualsiasi effetto giuridico, tanto che l'accordo in parola non assurge, dal rango originario di fatto naturalisticamente inteso, a quello di atto introduttivo di effetti giuridici e resta pertanto estraneo all'ordinamento, tanto da non potere fondare alcuna pretesa, da quest'ultimo riconosciuta e coercibile dall'ordinamento stesso, in favore e tanto meno a danno ai chi ne è stato parte (173)».

A questa premessa si accompagnano le seguenti osservazioni:

- Che l'attività del farmacista, essendo diretta all'esercizio in modo durevole ed organizzato di un'attività economica sul mercato, è suscumbibile nella nozione di "attività d'impresa". Questo presupposto rileva ai fini della tutela della libertà della concorrenza sia in relazione alla normativa nazionale (L. 10 ottobre 1990, n. 287), sia con riferimento alla disciplina comunitaria (art. 101, 102 e 106 TFUE);
- Che il risvolto "dinamico" della tutela della concorrenza (174), inteso nei termini di un intervento atto ad aprire un mercato, eliminando

---

(173) Così si esprime il Supremo Collegio al punto 8.4.

(174) Il riferimento è alla giurisprudenza della Corte Costituzionale ed alla definizione della "tutela della concorrenza". V. TROPEA, *Il giudice amministrativo, giudice dell'economia*, in *L'intervento pubblico nell'economia* a cura di Cafagno e Manganaro (a 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana, studi a cura di Ferrara Sorace), Firenze, 2016, 577: « Nell'ottica di stabilire cosa debba rientrare nella 'tutela della concorrenza', la Corte ha affermato più volte che

barriere all'entrata, riducendo i vincoli alla libertà d'impresa ed al libero esplicarsi delle attività professionali persegue finalità di ampliamento dell'area di libera scelta dei cittadini e delle imprese;

- Che l'attività di promozione della concorrenza intesa nel suo risvolto "dinamico" è nota al diritto comunitario che giustifica politiche pubbliche volte a ridurre squilibri atte ad incentivare la promozione di un «sufficiente sviluppo del mercato» ed all'instaurazione di assetti concorrenziali;
- Che la liberalizzazione, intesa come razionalizzazione della regolazione, costituisce uno dei principali strumenti di attuazione del principio di libera concorrenza;
- Che l'eliminazione dei limiti agli orari ed ai giorni di apertura al pubblico degli esercizi commerciali attua in favore del consumatore la creazione di un mercato più ampio e dinamico.

Nel caso di specie, l'intesa attuata dall'Ordine dei farmacisti di Caserta, poiché tesa a vietare l'apertura degli esercizi commerciali al di fuori dei turni minimi, persegue una finalità puramente economica ed egoistica da cui deriva un vantaggio per i soli appartenenti all'Ordine. Essa, vanificando il principio di libera concorrenza, produce in capo ai consumatori e sul mercato delle esternalità negative. In forza di questa considerazione viene statuita l'immeritevolezza dell'accordo.

### **5.3 (segue) Immeritevolezza di tutela e diritto Antitrust: le ragioni della Suprema Corte**

L'*iter* argomentativo della Corte lascia per certi versi perplessi poste che altre erano le possibili vie percorribili al fine di statuire sulla nullità dell'intesa qui delineata. Invero non si comprende perché la Cassazione non abbia applicato direttamente gli art. 2 e 33 <sup>(175)</sup> della già citata l. n. 287/1990, ricorrendo invece

---

in tale titolo competenziale convivono un profilo statico (o conservativo), consistente nel mantenimento di mercati già concorrenziali, e uno dinamico (o promozionale), volto alla liberalizzazione dei mercati e/o all'instaurazione di assetti concorrenziali». Il riferimento è a Corte Cost., 13 gennaio 2004, n. 14.

<sup>(175)</sup> La legge del 13 ottobre 1997, n. 287 dispone all'art. 2 che «1. Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordati tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari.

2. Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi, o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo

al giudizio di meritevolezza degli interessi affermando l'insussistenza dall'accordo e correlativamente la sua inefficacia <sup>(176)</sup>. Scartata infatti la tesi, pur sostenuta in dottrina, della pregiudizialità amministrativa a tenore del quale il giudice ordinario dovrebbe, prima di statuire sulla nullità di un'intesa che reputi anticoncorrenziale, attendere una previa pronuncia in merito dell'autorità garante della concorrenza e del mercato <sup>(177)</sup>, la scelta del Supremo Collegio appare per certi versi inspiegabile. Non è agevole pertanto rispondere a tal interrogativo.

Parte della dottrina <sup>(178)</sup>, a questo riguardo, sostiene che il giudicante «piuttosto che operare una valutazione tecnica sull'anticoncorrenzialità dell'accordo in esame» abbia privilegiato il ricorso all'art. 1322, c.c., comma 2. Tal conclusione, sebbene non pienamente giustificabile sulla base del dettato normativo, appare, per certi versi, condivisibile.

## Conclusioni

Il complessivo esame della giurisprudenza conduce alla conferma delle premesse abbozzate all'esordio del presente capitolo. La "riscoperta" del giudizio di meritevolezza è un dato di fatto di cui l'operatore giuridico non può non prendere atto, che priva di fondamento le tesi della dottrina atte a negare diritto di cittadinanza alla clausola ex art. 1322, c.c., comma 2.

Chi sosteneva l'abrogazione tacita del vaglio di meritevolezza degli interessi attraverso la confluenza del medesimo nel ristretto alveo della liceità <sup>(179)</sup> deve oggi ricredersi alla luce degli orientamenti e delle sentenze da ultimo citate.

Invero, non è sempre stato così. C'è stato un momento in cui la giurisprudenza, in aderenza alla tesi dell'artefice della causa concreta, accolse una lettura

---

sviluppo tecnico o il progresso tecnologico; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi.

3. Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto.

<sup>(176)</sup> TONETTI, *Intesa anticoncorrenziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 4, 1315.

<sup>(177)</sup> Quest'ordine di idee non è sostenibile poiché l'Autorità garante della concorrenza e del mercato non è un organo giurisdizionale bensì amministrativo. I suoi giudizi sono "decisioni" e non sentenze. Non potrebbero pertanto, in nessun caso, costituire delle *condiciones sine qua non* di una sentenza del giudice ordinario nella materia in discorso. V. a questo riguardo TONETTI, *ibidem*.

<sup>(178)</sup> TONETTI, *Intesa anticoncorrenziale*, cit., 1316.

<sup>(179)</sup> DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *riv. dir. comm.*, 1970, I, 211 ss; GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparatistico e casistico*, 1, *Lineamenti generali*, Milano, Giuffrè, 1954, 199 ss; GAZZARA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *riv. dir. priv.*, 2003, 55 ss; GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse sociale e utilità sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 814, il quale concludeva addirittura per l'abrogazione della norma in questione.

minimalista della clausola della meritevolezza degli interessi <sup>(180)</sup>, ma si tratta di un ordine di idee che per le ragioni appena viste non appare più sostenibile.

Preso atto del fenomeno non resta che condurre un'indagine atta ad approfondire l'istituto ed il suo concreto atteggiarsi rispetto alle situazioni della vita oggetto del vaglio giudiziale. Dal presente capitolo emerge in particolare la tendenza delle Corti a fare utilizzo della clausola di meritevolezza per operare un riequilibrio dell'operazione economica che risulti essere eccessivamente sbilanciata e che pregiudichi in misura abnorme la posizione di una parte rispetto all'altra.

Questa constatazione rende doveroso il seguente interrogativo. Ci si chiede cioè se i più recenti sviluppi del diritto privato facultizzino l'affermazione di un generale principio di rilevanza dell'equilibrio negoziale.

Nel capitolo successivo si darà risposta a questa domanda verificando se, ed a quali condizioni, il principio di rilevanza dell'equilibrio contrattuale trovi spazio nel nostro ordinamento.

---

<sup>(180)</sup> Hanno proposto una lettura volta ad assimilare il giudizio di meritevolezza con il giudizio di liceità della causa ex art. 1343 c.c.: Cass. civ., 6 febbraio 2004, n. 2288, in *www.dejure.it*; Cass. civ., 26 agosto 1998, n. 8611, in *giur. it.*, 1999, 2267; Cass. civ., 9 ottobre 1991, n. 10612, in *corr. giur.*, 1991, I, 2889; Cass. civ., 10 marzo 1980, n. 1602, in *Riv. not.*, 1980, 842; Cass. 6 giugno 1967, n. 1248, in *foro it.*, 1968, I, 1027; Trib. Brindisi, 21 giugno 2005, in *Contratti*, 2006, 884; Trib. Milano, 28 aprile 1990, in *Giur. merito*, 1991, 1041; Trib. Monza, 19 gennaio 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, 125.

## Capitolo III

### Equilibrio negoziale e contratto eterodeterminato

#### 1. Autonomia privata

Autonomia significa essenzialmente facoltà di autoregolamentare i propri interessi. Un soggetto è autonomo se può decidere sul *se* e sul *come* perseguire e raggiungere i propri obiettivi <sup>(1)</sup>. In termini giuridici, il problema dell'autonomia consiste nel verificare il rapporto intercorrente tra la volontà del privato e la volontà della legge di modo da verificare *se ed a quali condizioni* una data operazione economica possa trovare ingresso nel mondo del diritto, con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di tutela giudiziaria in caso di inadempienza ai patti raggiunti <sup>(2)</sup>.

L'autonomia negoziale, rapportata al contratto, si specifica nell'autonomia contrattuale. L'art. 1322 c.c. la qualifica come «il potere delle parti di determinare liberamente il contenuto del contratto *nei limiti* imposti dalla legge»; le parti possono anche concludere contratti non aventi una disciplina particolare purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico». Con il riconoscimento dell'autonomia contrattuale, l'ordinamento garantisce una libertà riconducibile sostanzialmente a tre profili essenziali <sup>(3)</sup>: (i) libertà di contrarre, intesa come libertà di assumere un vincolo contrattuale, nel tempo e con le modalità concordate; (ii) libertà di scelta del contraente, ossia di individuare il soggetto con cui contrattare; (iii) libertà di contrattare, cioè di determinare il contenuto del contratto, in ossequio agli schemi tipici confezionati dal legislatore ovvero attraverso la creazione di nuovi che dovranno risultare meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Il tema dell'autonomia privata, e più specificamente, dell'autonomia contrattuale, richiama poi l'ulteriore profilo della sua giustificazione nei riguardi dell'ordinamento. A tal proposito, sebbene manchi nella Carta fondamentale un'espressa previsione a presidio dell'autonomia contrattuale, sono ciononostante rinvenibili, nell'area dedicata alla disciplina costituzionale dei rapporti economici (c.d. costituzione economica), alcune fondamentali disposizioni che ne implicano necessariamente il riconoscimento.

---

<sup>(1)</sup> GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni scientifiche, 2013, 781.

<sup>(2)</sup> GAZZONI, *ibidem*.

<sup>(3)</sup> BOCCHINI, QUADRI, *Diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2016, 770.

Si tratta delle norme poste a tutela della proprietà privata (art. 42 Cost.), del risparmio privato (art. 47 Cost) e dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost). Il riconoscimento di dette libertà non è incondizionato ma, viceversa, subordinato, di volta in volta, al perseguimento di valori di rango pari o superiore. Così ad esempio l'art. 41 Cost. stabilisce che la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti; l'art. 47 Cost. tutela ed incoraggia il risparmio ed in particolare quello volto «alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese»; l'art. 41 Cost. sancisce il principio di libertà dell'iniziativa economica privata la quale però non può svolgersi in contrasto con «l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana». Sulla stessa direzione è oggi orientato il legislatore dell'Unione Europea, nello sforzo di garantire un più efficace bilanciamento dell'autonomia contrattuale con le norme dell'Unione Europea poste a garanzia di un corretto funzionamento del mercato e del riequilibrio dei poteri e delle risorse economiche <sup>(4)</sup> e in questo solco si collocano finanche gli interventi comunitari volti ad attribuire una maggiore tutela al c.d. contraente debole <sup>(5)</sup>. Si pensi, a questo riguardo, alla disciplina della tutela del consumatore calibrata, sul delicato modo di porsi di questa categoria di soggetti nei confronti della grande impresa, sulla disparità di potere contrattuale e sulle asimmetrie informative che ne alterano il regolare processo decisionale <sup>(6)</sup> ovvero si faccia riferimento all'abuso di dipendenza economica, ossia alla peculiare situazione in cui un'impresa è in grado di determinare, nei rapporti con altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi.

Da queste brevi considerazioni preliminari emerge un dato ineludibile, segnatamente, il fatto che l'autonomia contrattuale, lungi dal potersi considerare un dogma intangibile, incontra dei limiti, funzionali, di volta in volta, alla tutela o di interessi superindividuali, o di una delle parti del rapporto, sovente indicata

---

<sup>(4)</sup> AGNELLO, *L'autonomia negoziale: i limiti, la meritevolezza degli interessi e gli strumenti di tutela del contraente debole nelle asimmetrie informative*, in [www.ildiritto.it](http://www.ildiritto.it).

<sup>(5)</sup> CAMERO, DELLA VALLE, *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, Milano, Giuffrè, 1999, 2: «La via approntata dal legislatore comunitario, snodatasi attraverso l'emanazione di una serie di direttive, di respiro settoriale, ha spinto verso un potenziamento della tutela del consumatore, e, nel contempo, ad un'omogeneizzazione delle forme di protezione garantite dai singoli Stati membri. Del resto, intervenendo in maniera sempre più invasiva, dietro la stella polare di una tutela sempre più forte e sostanziale, il diritto comunitario giunge a scalfire il principio dell'autonomia contrattuale, sì da dare la stura a limitazioni della possibilità di autodeterminarsi delle parti, nell'ottica di un riequilibrio delle posizioni dei contraenti».

<sup>(6)</sup> BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, 11: «La tutela del consumatore certamente ha di mira anche il riequilibrio di una debolezza che è connaturata alla posizione del consumatore nei confronti della grande impresa, e così la mancanza di potere contrattuale e l'asimmetria informativa che lo caratterizza rispetto alla controparte professionale».

come *parte debole* <sup>(7)</sup>. Da una concezione soggettivistica del contratto basata sulla volontà delle parti si è gradualmente passati ad una dimensione oggettiva fondata sul principio della congruità dello scambio <sup>(8)</sup>. Non stupiscono pertanto le sempre più frequenti invasioni dei formanti legislativi e giurisprudenziali nei riguardi dell'antica (ed un tempo inespugnabile) cittadella dell'autonomia privata <sup>(9)</sup>.

## 2. L'equilibrio contrattuale nella tradizione dei codici continentali

I codici civili dei paesi continentali rifuggono l'idea di un controllo oggettivo sull'equilibrio dello scambio e sulla congruità delle prestazioni contrattuali sul presupposto che gli unici soggetti legittimati a stabilire la soglia di convenienza di un accordo siano i contraenti. Stando a questa prospettiva, il contratto che costituisca il «riflesso di valori soggettivi espressi dalle scelte individuali nelle singole contrattazioni <sup>(10)</sup>» è finanche equo e vantaggioso per i contraenti purché il processo di formazione della volontà in ordine al suo contenuto non risulti indebitamente alterato da circostanze straordinarie o imprevedibili.

Più in chiaro: in relazione ad un accordo raggiunto in circostanze regolari e tendenzialmente ordinarie non vi sarebbe mai spazio per un sindacato ordinamentale <sup>(11)</sup>.

Quest'ordine di idee si ispira al noto principio di matrice liberista del *laissez faire*.

Pothier, che ne fu uno dei maggiori sostenitori, lo afferma nel suo Trattato delle Obbligazioni ravvisandone il fondamento nelle necessità di attribuire stabilità alle contrattazioni e di agevolare gli scambi commerciali <sup>(12)</sup>. Questo quadro, già

---

<sup>(7)</sup> DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, Cedam, 2002, 9-10: «La proliferazione degli interventi di tutela del soggetto più debole – quale sia il suo effettivo fino ultimo – pare essere la migliore dimostrazione di come la società senta ed avverta che fasce rilevanti della popolazione non trovano beneficio ma, anzi, pregiudizio dal corso naturale del mercato».

<sup>(8)</sup> COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti: un'analisi economica e comparata*, Torino, Giappichelli, 2004, 6.

<sup>(9)</sup> L'espressione è tratta da Cass. civ, Sez. I, 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1929 con nota di PALMIERI.

<sup>(10)</sup> SPINOZZI, *Equilibrio contrattuale eterodeterminato*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da Pietro Perlingieri*, Napoli, Edizioni scientifiche, 2013, 45. Il richiamo indicato è a LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1985, 310.

<sup>(11)</sup> SPINOZZI, *Equilibrio contrattuale eterodeterminato*, cit., 46; ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, Giappichelli, 2011, 74: «I fondamentali del diritto dei contratti consegnatoci dalla tradizione dicono che l'equilibrio contrattuale è affare dei privati contraenti, e non è materia di regolazione pubblica né di sindacato pubblico, se non nel quadro di occasionali e contingenti obiettivi di politica economica, ovvero quando la contrattazione si sia sviluppata in condizioni di estrema anomalia».

<sup>(12)</sup> POTHIER, *Trattato della vendita*, Livorno, 1841, 501: «Ordinariamente il compratore non è ammesso a dolersi di aver comprato più caro del giusto prezzo, esigendo l'interesse del

recepito nel *Code Civil*, trova una puntuale conferma nel Codice civile italiano del 1942. Alla base del c.c. v'è infatti il c.d. dogma della volontà tipico del liberismo economico e contrapposto al paternalismo di matrice interventista <sup>(13)</sup>. Al di fuori di una patologia tipizzata, il contratto non può essere sindacato poiché esso è il frutto della volontà delle parti. Se la signoria del volere è sovrana, allora anche l'analisi dei costi e dei benefici che hanno portato al negozio non potrebbe essere vagliata dal giudice. L'insindacabilità dell'equilibrio economico deriva da questo principio <sup>(14)</sup>.

Accanto però a siffatta assolutizzazione della volontà negoziale – ed alla tendenziale irrilevanza dell'equilibrio contrattuale – il legislatore del 42' ha posto dei limiti all'autonomia privata delle parti riconducibili al giudizio di meritevolezza degli interessi <sup>(15)</sup> e agli istituti giuridici della rescissione e della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità <sup>(16)</sup>.

Con la rescissione e con la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità <sup>(17)</sup>, il legislatore del 42' si è innanzitutto posto il fine di correggere le alterazioni – genetiche o funzionali – del sinallagma <sup>(18)</sup>.

Si faccia riferimento a questo riguardo agli art. 1447, 1448 e 1467 del Codice civile <sup>(19)</sup>:

- L'art. 1447 c.c., in relazione al negozio concluso in stato di pericolo, dispone che «Il contratto con cui una parte ha assunto obbligazioni a condizioni inique, per la necessità, nota alla controparte, di salvare sé o gli altri dal pericolo di un danno grave alla persona, può essere rescisso sulla domanda della parte che si è obbligata»;

---

commercio che le parti non siano ammesse facilmente ad intentare azioni contro i loro contratti».

<sup>(13)</sup> Così scrive SERRAIOTTO, *L'obbligo di rinegoziare il contratto divenuto squilibrato: l'influenza della buona fede, dell'art. 2 Cost. italiana e del diritto dell'Unione Europea. Analisi di recenti ipotesi applicative*, in *Lex social*, 2017, 7, 537.

<sup>(14)</sup> SERRAIOTTO, *L'obbligo di rinegoziare il contratto divenuto squilibrato: l'influenza della buona fede, dell'art. 2 Cost. italiana e del diritto dell'Unione Europea. Analisi di recenti ipotesi applicative*, cit., 538.

<sup>(15)</sup> V. cap. 1°, par. 6.

<sup>(16)</sup> VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 1, 26.

<sup>(17)</sup> La rescissione pone rimedio ad uno squilibrio originario, mentre la risoluzione fa riferimento ad uno squilibrio successivo. V. al riguardo la nota successiva.

<sup>(18)</sup> Com'è noto, con il termine sinallagma si fa riferimento al nesso che, nei contratti a prestazioni corrispettive, intercorre tra prestazione e controprestazione e che rende con la sua forza le obbligazioni interdipendenti e non meramente coesistenti: il sinallagma si dice genetico allorché prenda a riferimento il rapporto di giustificazione causale che intercorre reciprocamente tra le obbligazioni al momento della stipulazione del contratto ovvero funzionale laddove tenga in considerazione la vita del rapporto ed il vincolo contrattuale nella sua fase esecutiva; COSENTINO, *Eteronomia giudiziale e contratto diseguale*, in *www.comparazionedirittocivile.it*, 2.

<sup>(19)</sup> Con riferimento alla nozione di sinallagma accennato alla nota precedente, giova ricordare che mentre la rescissione fa riferimento ad un vizio genetico del rapporto (più precisamente, allo squilibrio economico originario del medesimo), la risoluzione attiene per contro ad un vizio funzionale afferente al suo svolgimento.

- L'art. 1448 c.c., con riguardo alla rescissione per lesione, stabilisce che «se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto. L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto <sup>(20)</sup>»;
- L'art. 1467 c.c. prevede che «Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto».

L'interpretazione di queste norme consegnataci dalla tradizione nega qualsivoglia rilevanza generale al principio per cui il mero squilibrio determini ex se interventi eteronomi idonei ad attuare un riequilibrio del contratto poiché «il fondamento della rescissione regge solo grazie al fondamento dei tre requisiti» <sup>(21)</sup> o sul rilievo che nell'ambito della fattispecie rescissoria rilevi, non la mera sproporzione tra le prestazioni di per sé, ma la condizione di pericolo o di bisogno in cui versa il contraente leso a fronte della condotta approfittatoria della controparte <sup>(22)</sup>.

Analogo ragionamento è svolgibile in relazione all'istituto della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità. Anche qui la sproporzione non rileva mai da

---

<sup>(20)</sup> SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, Utet, 1993, I, 469 (richiamato da ORRÙ, Op. cit., 4): Le norme sulla rescissione «trovano il loro addentellato in precedenti legislativi italiani e stranieri. L'esiguità del prezzo costituiva causa di rescissione della vendita immobiliare secondo il C. Nap. (art. 1673), e, in seguito, secondo il codice del 1865 (art. 1529). Con l'adozione del nuovo codice penale, la rilevanza paternalistica dell'usura (art. 644) faceva ritenere nullo per illiceità il contratto usurario. L'interpretazione evolutiva del C. Nap. e dell'art. 1865 c.c. consentiva inoltre di estendere le regole sulla violenza all'approfittamento dell'altrui stato di necessità. Il B.G.B. qualifica come contrario al buon costume il negozio mediante il quale una parte si procura vantaggi sproporzionati approfittando del bisogno, della leggerezza o dell'inesperienza altrui; e pertanto lo colpisce con nullità assoluta. A sua volta, il cod. fed. obbl., quando un contratto lesivo sia stato concluso fra due parti di l'una ha sfruttato lo stato di bisogno, la leggerezza o l'inesperienza altrui concede a quest'ultima di impugnare il contratto. I precedenti, come si vede, fanno leva talora sull'elemento oggettivo del contratto (ossia sulla sproporzione tra le prestazioni), talora sul comportamento della parte che approfitta, talora sull'anomalia del processo psicologico che ha condotto la vittima a concludere il contratto o il negozio. Il nuovo legislatore italiano ha adottato un sistema che dà rilievo al cumulo di tre circostanze: la sproporzione delle prestazioni, l'atteggiamento del contraente che si avvantaggia, lo stato di bisogno o di necessità in cui si trova il contraente danneggiato».

<sup>(21)</sup> ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Iudica Zatti, Milano, Giuffrè, 884.

<sup>(22)</sup> SPINOZZI, *Equilibrio contrattuale eterodeterminato*, cit., 46; BIANCA, *Il Contratto*, Milano, Giuffrè, 2000, 682: «L'irregolarità del contratto non è determinata dall'iniquità in sé considerata, a dall'iniquità risultante dall'approfittamento di una situazione di anomala alterazione della libertà negoziale.

sola ma solo in concorso con l'accadimento di fatti imprevedibili ed inevitabili, del tutto estranei alle previsioni ed al voluto delle parti in sede di stipulazione del contratto ad esecuzione differita o periodica <sup>(23)</sup>.

Invero, non sono mancate in dottrina alcune voci contrarie. Ci si riferisce, in particolare, alla tesi di chi, muovendo dallo squilibrio economico – originario o sopravvenuto – che contraddistingue le fattispecie di riferimento di detti istituti, ha inferito il sussistere di un generale principio di solidarietà che essi <sup>(24)</sup> verrebbero in qualche modo a promuovere. Stando a tal prospettazione, con la loro introduzione, il legislatore del 42' avrebbe contribuito al superamento di una concezione puramente individualistica del diritto privato <sup>(25)</sup> e condotto il sistema verso una generale affermazione di rilevanza del principio di proporzionalità delle prestazioni dedotte in contratto. Rescissione e risoluzione per eccessiva onerosità implicherebbero insomma l'esistenza di un principio di tutela della parte debole del rapporto <sup>(26)</sup>, che avrebbe carattere generale e non meramente eccezionale e circostanziale. Ma si tratta di una voce quasi isolata.

Ad una generale affermazione di irrilevanza dello squilibrio economico delle prestazioni conduce anche l'analisi degli ordinamenti angloamericani. In omaggio al principio della *freedom of contract* <sup>(27)</sup> non si ammette in linea di

---

<sup>(23)</sup> SPINOZZI, *Ibidem*;

<sup>(24)</sup> ORRÙ, *op. cit.*, 4, secondo cui La rescissione ha rappresentato una delle più importanti novità introdotte dal legislatore del 1942 nel chiaro e proclamato intento di garantire il principio di solidarietà tra i contraenti

<sup>(25)</sup> DI BARTOLOMEO, *La violenza morale nei contratti*, Napoli, Esi, 1996, 55, secondo cui la normativa costituzionale con la valorizzazione del principio solidaristico ha attuato il superamento di una concezione del diritto privato puramente individualistica.

<sup>(26)</sup> ORRÙ, *La rescissione del contratto*, Padova, Cedam, 1997, 3.

<sup>(27)</sup> ALPA, DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, Padova, Cedam, 2005, 15: «Il principio del *freedom of contract* si basa sull'assunto che il contratto sia il risultato dell'accordo della volontà delle parti, che queste siano libere di concludere e di determinarne liberamente ed integralmente il contenuto, senza interferenze da parte del legislatore, del giudice o dell'autorità amministrativa, giustificate dall'esigenza di tutelare gli interessi di una parte, normalmente quella più debole, o l'interesse pubblico». Questo principio, entrato in crisi a cavallo tra gli anni 70' ed 80', ha oggi riacquisito degli spazi sempre maggiori. V. al riguardo SMITH, *Atiyah's Introduction to the law of contract*, in *Clarendon law series*, Oxford, Clarendon, 2005, 9 ss: L'autore espone l'evoluzione del principio della *freedom of contract*, scindendone il percorso in tre periodi fondamentali. Il primo (1770-1870) che si caratterizza per la forte valorizzazione del principio di autonomia (*The law was not concerned with the fairness or justice of the outcome ... The judges were not even greatly concerned with the possibility that a contract might not be in the public interest*); Il secondo (1870-1980) per l'entrata in crisi del suddetto principio (*Specifically, there was a gradual decline in belief in freedom of contract and a reversion to paternalist and regulatory traditions ... Two main factors underlay this change. First, the idea that free and voluntary exchange was the secret to economic prosperity and, more generally to a freer and more contented society, went into steep decline. In particular, the problem of "externalities was recognized ... Secondly, the idea that "free and voluntary" contracts lead to desirable or just results for the parties who choose to enter – or not enter – them was also challenged ... it was thought that the legal meaning of "free and voluntary" provided no guarantee that the contracts that were made were fair or just*); Ed il terzo (dal 1980 in avanti) per la sua riviviscenza (*England, like most Western democracies, has seen a resurgence of support for market and for the traditional notion of freedom of contract*).

principio l'operatività di un sindacato eteronomo sugli effetti sostanziali del contratto atto a riequilibrare uno scambio che appaia "sperequato" in danno di una parte ed a vantaggio dell'altra <sup>(28)</sup>. Ciò sempre che lo scambio non sia il frutto dell'alterazione dell'ordinario processo di formazione della volontà negoziale o di un grave stato di vulnerabilità a carico di uno dei contraenti <sup>(29)</sup>, determinato da un significativo squilibrio di potere contrattuale. In questo senso, il riferimento corre alla *doctrine of unconscionability* – oggi "positivizzata" attraverso lo *Uniform Commercial Code* (Sect – 302) in area nord americana <sup>(30)</sup> – che consente ai giudici di intervenire in una relazione contrattuale modificando o rigettando un accordo per il suo essere *unfair*. Un contratto può dunque essere dichiarato invalido o inefficace allorché imporre il suo rispetto vada contro la coscienza della Corte <sup>(31)</sup>.

La breve disamina sin qui operata conferma le premesse iniziali.

Gli orientamenti tradizionali dei sistemi giuridici continentali non ammettono, se non in casi sporadici ed eccezionali, un intervento giudiziale correttivo o integrativo volto ad attuare un riequilibrio della pattuizione. In altre parole, secondo la tradizione, il mero squilibrio contrattuale non è di per sé sufficiente a facultizzare un intervento integrativo o modificativo di natura eteronoma.

Ebbene, se il diritto fosse un'entità statica, immobile ed avulsa dalla realtà circostante, questa conclusione apparirebbe certamente soddisfattiva e la presente indagine dirsi già conclusa.

---

<sup>(28)</sup> COSENTINO, *Eteronomia giudiziale e contratto diseguale*, cit., 2; V. anche ALPA, *Contratto e common law*, Padova, Cedam, 1987, 15: «La sostituzione del "valore riconosciuto alle parti" al valore intrinseco della cosa che è oggetto del contratto, la "impenetrabilità" del contratto (inteso come affare privato del contraente) ad ogni intervento esterno, la superfluità (quando la non dichiarata inopportunità) di un controllo sull'affare operato sulla base di principi di equity, l'indifferenza dello sforzo sostenuto dalla singola parte per adempiere le obbligazioni volontariamente assunte, sono tutte manifestazioni di quella "teoria della volontà" destinata a rivestire, ben presto, i caratteri di un dogma. O, come qualcuno ha detto, con terminologia assai eloquente, i caratteri della sacertà del contratto (*sanctity of contract*) [...] significativa l'affermazione di Powell secondo la quale il prezzo fissato dalle parti è il "giusto prezzo" della cosa oggetto di scambio»; «Il contratto come strumento principe di scambio della merce non è più destinato a realizzare fini di giustizia sostanziale, bensì ad attuare la volontà delle parti, con la quale si identifica la nuova giustizia».

<sup>(29)</sup> COSENTINO, *Ibidem*.

<sup>(30)</sup> Si tratta di una legge modello in materia di contratti commerciali. Al suo interno vi si ritrovano ad esempio la disciplina del contratto di vendita, della garanzia per il bene venduto, dell'agenzia e del contratto d'appalto. La Section 2 – 302 dell'*Uniform Commercial Code* stabilisce: «(1) If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result; (2) When it is claimed or appears to the court that the contract or any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination».

<sup>(31)</sup> COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica, tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti, Un'analisi comparata*, Torino, Giappichelli, 2004, 25.

Tuttavia le cose non stanno di certo così: il diritto non è una realtà granitica, bensì veloce ed in continua trasformazione.

Accanto al principio della generale irrilevanza dell'equilibrio contrattuale, corollario fondamentale della tradizione liberista, si giustappone una nuova tendenza, frutto della recezione e dell'elaborazione di provvedimenti e principi di stampo sovranazionale ed internazionale. Questo nuovo vento spinge inevitabilmente il giurista verso una riconsiderazione delle categorie tradizionali; di esso si terrà conto nei paragrafi successivi.

### **3. Verso una riconsiderazione del principio di irrilevanza dell'equilibrio contrattuale**

Già a partire dagli anni 80' le istituzioni europee hanno diretto la loro attenzione verso il diritto privato attraverso la predisposizione di una serie di progetti di armonizzazione sulla disciplina del contratto. Si sono in questo modo introdotti degli elementi di forte dissonanza dalla tradizione di diritto comune che hanno gradualmente eroso il principio liberista dell'irrilevanza dell'equilibrio contrattuale, in luogo del canone, di matrice spiccatamente interventista, della rilevanza dello squilibrio negoziale.

Prima di procedere alla loro trattazione, si rendono però indispensabili una serie di precisazioni preliminari. In primo luogo, per la dottrina italiana non esisterebbe un'unica categoria di contratto, ma ben tre versioni del medesimo istituto, differenti per struttura e disciplina <sup>(32)</sup>.

Il "primo contratto" che presuppone una situazione di simmetria tra le parti, le quali contrattano con pari forza.

Il "secondo contratto", previsto dal Codice del consumo, che presuppone un'asimmetria professionale, informativa ed economica tra il professionista (parte forte) ed il consumatore (parte debole). La disciplina afferente a questo genere di negozio si pone il fine di tutelare la parte debole del rapporto colmando il *deficit* informativo di forza contrattuale per mezzo della normazione in tema di clausole vessatorie e attraverso la nullità di protezione. I rimedi hanno in questo caso carattere caducatorio: la vessatorietà importa la nullità delle clausole abusive e la nullità di protezione pone nel nulla il contratto iniquo ma soltanto in parte.

Infine, il "terzo contratto" (business to business, abbreviato, "B2B") ossia il patto che interviene tra due professionisti posti l'uno in posizione di debolezza rispetto all'altro.

---

<sup>(32)</sup> SERRAIOTTO, *L'obbligo di rinegoziare il contratto divenuto squilibrato: l'influenza della buona fede, dell'art. 2 Cost. italiana e del diritto dell'Unione Europea. Analisi di recenti ipotesi applicative*, cit., 540.

La tripartizione ivi delineata osterebbe, stando ad una parte della dottrina, affinché la disciplina prevista per una tipologia di negozio possa estendersi ad un altro.

In secondo luogo, va detto sin da ora che con il termine equilibrio non si individua una categoria unitaria, bensì eterogenea e densa di sfaccettature.

Di equilibrio/squilibrio può infatti parlarsi, o in senso giuridico, con riferimento alla sintesi delle posizioni normative dei paciscenti intese come assetti negoziali allocativi di diritti, obblighi, responsabilità e rischi <sup>(33)</sup> ovvero in senso economico con riguardo alla proporzione quantitativa delle prestazioni dedotte in contratto.

Ancora, si distingue tra equilibrio/squilibrio genetico e sopravvenuto <sup>(34)</sup>. Infine si distingue tra equilibrio sostanziale e procedurale. Il primo afferisce all'equilibrio economico o normativo del contratto mentre il secondo ha riguardo al comportamento dei contraenti nella formazione del negozio <sup>(35)</sup>.

L'equilibrio procedurale è sempre sindacabile; ciò a differenza di quello sostanziale che non potrebbe subire alterazioni eteronome se nei casi previsti dalla legge <sup>(36)</sup>. Quest'ultimo assunto è però oggi messo in discussione alla luce dei più recenti sviluppi del nostro ordinamento giuridico. Sembra infatti possibile ammettere il sindacato dell'equilibrio sostanziale del negozio anche in ipotesi non espressamente tipizzate; ciò sulla base di tre argomentazioni <sup>(37)</sup>.

*In primis*, per la graduale sostituzione del c.d. dogma della volontà con il principio di solidarietà sociale, ex art. 2 Cost. Da ciò discende anche una riconsiderazione del principio di buona fede, intesa come regola integrativa generale, che impone di tenere in considerazione l'utilità e la posizione contrattuale dell'altra parte e non soltanto il proprio interesse personale.

*In secundis*, per la falsità dell'assunto secondo cui, se le parti si trovano in una posizione di pari forza, allora il contratto dovrà dirsi necessariamente giusto.

---

<sup>(33)</sup> CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, II, Milano, Giuffrè, 2003, 1690.

<sup>(34)</sup> Sul rapporto tra squilibrio genetico e sopravvenuto, v. SERRAIOTTO, *L'obbligo di rinegoziare il contratto divenuto squilibrato: l'influenza della buona fede, dell'art. 2 Cost. italiana e del diritto dell'Unione Europea. Analisi di recenti ipotesi applicative*, cit., 541, in cui si chiarisce che l'equilibrio genetico «è sindacabile attraverso la teoria della causa concreta, che è requisito funzionale, non solo genetico del contratto. Ciò comporta che anche le sopravvenienze possano rilevare, non solo quelle tipiche, quali l'impossibilità, ex art. 1463 e ss. c.c., o l'eccessiva onerosità sopravvenuta, ex art. 1467 c.c., bensì anche quelle atipiche, grazie alla teoria della c.d. presupposizione ... Se dunque viene meno il presupposto, il contratto dovrebbe risolversi per l'impossibilità sopravvenuta di realizzare la causa stessa, ex art. 1463 c.c.».

<sup>(35)</sup> Si pensi all'approffittamento dello stato di incapacità o di ignoranza di una parte ad opera dell'altra. V. a questo riguardo, AGNELLO, *L'autonomia negoziale: i limiti, la meritevolezza degli interessi e gli strumenti di tutela del contraente debole nelle asimmetrie informative*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it).

<sup>(36)</sup> SERRAIOTTO, *L'obbligo di rinegoziare il contratto divenuto squilibrato: l'influenza della buona fede, dell'art. 2 Cost. italiana e del diritto dell'Unione Europea. Analisi di recenti ipotesi applicative*, cit., 542. L'equilibrio sostanziale economico non è sindacabile poiché ciò comprometterebbe l'esigenza di certezza e di stabilità dei traffici giuridici.

<sup>(37)</sup> SERRAIOTTO, *ibidem*.

Questa considerazione è smentita dallo stesso art. 1384 c.c. che, com'è noto, prevede l'intervento riequilibrativo del giudice – su istanza di parte o *ex officio* – in relazione alla clausola penale del contratto, ancorché essa sia stata oggetto di libera contrattazione tra le parti.

Infine, la possibilità di vagliare l'equilibrio sostanziale economico del negozio sembra oggi possibile alla luce dei principi europei e, in particolare, in virtù del rilievo che la normazione sovranazionale attribuisce al problema dell'eccessivo squilibrio delle prestazioni contrattuali (si pensi alla disciplina della *gross disparity* di cui si dirà tra un attimo).

#### 4. I principi *Unidroit* ed i principi di diritto europeo dei contratti

Un importante contributo al tramonto del dogma della signoria del volere è oggi apportato dai progetti di armonizzazione europea sulla disciplina del contratto, quali i principi *Unidroit*, i *Principles of European Contract Law* (c.d. PECLS), elaborati dalla Commissione di diritto europeo dei contratti e il *Code Européen des Contrats* <sup>(38)</sup>, redatto dall'accademia dei Giusprivatisti europei. Da ultimo, nel 2008, è stato pubblicato il testo di un progetto di codice civile europeo, definito "progetto di un quadro comune di riferimento" (*Draft Common frame of reference*) <sup>(39)</sup>. Questi contributi, sebbene *ex se* non godano di forza vincolante, assumono oggi un rilievo preponderante: contribuiscono infatti alla formazione di un diritto comune europeo ossia di una normazione sovranazionale che nasce dal basso – a livello di società civile – per tramite dell'elaborazione di intellettuali, di mediazioni culturali, di circolazione di modelli e attraverso l'apporto di diverse comunità giuridiche nazionali <sup>(40)</sup>.

Detti principi non costituiscono un'esperienza di diritto legislativo bensì un'esperienza giuridica, frutto delle prassi dottrinali e giurisprudenziali degli Stati europei, la quale si pone in una posizione di forte critica nei confronti del positivismo legale e che appare connotata dalla flessibilità e dalle funzionalità necessarie a far fronte ai continui mutamenti economici e tecnologici cui è sottoposto il mondo della contrattazione internazionale <sup>(41)</sup>.

Detto ciò, scopo della nostra indagine non è un'analisi generale del diritto comune europeo ma, conformemente all'obiettivo del presente capitolo, la sola presa in considerazione dei principi volti ad attribuire rilievo all'equilibrio negoziale del contratto. Ci si occuperà in particolari dei principi *Unidroit* e dei PECLS. Numerose appaiono a questo riguardo le norme che richiamano l'equilibrio contrattuale.

---

<sup>(38)</sup> FERRI, *Il "Code Européen des Contrats"*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 345 ss.

<sup>(39)</sup> VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 1, 50. Il testo è stato predisposto da una commissione di accademici presieduta da alcune professori universitari.

<sup>(40)</sup> ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., 38.

<sup>(41)</sup> VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale*, cit., 51.

Cominciando dai principi *Unidroit*, si impone innanzitutto la presa in considerazione dell'art. 3.10 (oggi 3.2.7) <sup>(42)</sup> – c.d. *gross disparity* – che fa espresso riferimento all'eccessivo squilibrio negoziale e alle relative conseguenze. L'eccessivo squilibrio legittima la parte svantaggiata all'esercizio dell'azione di annullamento dell'intero contratto o di una sua singola clausola. Esso può derivare o da una condizione di dipendenza o da particolari difficoltà economiche oppure dall'ignoranza, dall'imperizia o dall'inesperienza. Viene richiamata a questo riguardo la nozione di *unfair* ossia di un comportamento formalmente rispettoso delle regole ma sostanzialmente dannoso per la parte che lo subisce <sup>(43)</sup>. Si prevede inoltre, attraverso il riferimento agli ordinari criteri di correttezza nel commercio, la possibilità del giudice di adattare il contratto o sue singole clausole al fine di rimediare alla situazione di squilibrio. È possibile ricorrere alla *gross disparity* nell'ipotesi in cui lo squilibrio sia originario ma non nel caso in cui questo sopravvenga in un momento successivo. Quest'ultima eventualità rientra nell'ambito di applicazione dell'*hardship* (art. 6.2.3) la quale consente la revisione del contratto allorché circostanze sopravvenute ne abbiano alterato sensibilmente l'equilibrio causale. <sup>(44)</sup>. Non si garantisce in questo modo la possibilità di annullare il contratto <sup>(45)</sup>, ma soltanto di rinegoziarne i contenuti.

Attribuiscono rilevanza allo squilibrio contrattuale anche i principi europei di diritto dei contratti (c.d. PECLS). L'art. 4.109, rubricato "ingiusto profitto o vantaggio iniquo", prevede la possibilità che una parte annulli il negozio allorché, al momento della sua conclusione: «a) fosse in situazione di dipendenza o avesse una relazione di fiducia con l'altra parte, si trovasse in situazione di bisogno economico o avesse necessità urgenti, fosse affetto da prodigalità, ignorante, privo di esperienza o dell'accortezza necessaria a contrattare e

b) l'altra parte era o avrebbe dovuto essere a conoscenza di ciò e, date le circostanze e lo scopo del contratto, ha approfittato della situazione della prima in maniera gravemente scorretta o ne ha tratto un ingiusto profitto.

Su domanda della parte legittimata all'annullamento, il giudice può, ove il rimedio sia adeguato, modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della

---

<sup>(42)</sup> L'ultima versione dei *principles* (2016) è scaricabile al sito [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org).

<sup>(43)</sup> COSENTINO, *Eteronomia giudiziale e contratto diseguale*, cit., 8; v. anche D'ANGELO, MONATERI, SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, Giappichelli, 2005, 4.

<sup>(44)</sup> COSENTINO, *Eteronomia giudiziale e contratto diseguale*, cit., 9, nota 20, in cui si puntualizza come tra il rimedio della *gross disparity* e l'*hardship* intercorra una sostanziale differenza. Infatti «la rinegoziazione è un espediente maggiormente rispettoso dell'autonomia contrattuale in quanto consente ai privati stessi di riaccordarsi al fine di eliminare le causa di squilibrio, sostituendo l'accordo precedente con una nuova intesa. Viceversa, nel caso di intervento eteronomo, il giudice si sostituisce ai contraenti e finisce per imporre la propria volontà nella determinazione del contenuto negoziale, seppur nei limiti previsti dalla legge».

<sup>(45)</sup> VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale*, cit., 66-67.

correttezza. Il giudice può parimenti modificare il contratto su domanda della parte alla quale è stata inviata la comunicazione di annullamento per ingiusto profitto o vantaggio iniquo, purché la parte che ha inviato la comunicazione ne sia informata prontamente da quella che l'ha ricevuta e prima che abbia potuto agire sulla fede nella comunicazione». I presupposti di operatività di tal disciplina sono pertanto due, segnatamente, il conseguimento di un profitto o di un vantaggio ingiusto o iniquo e l'approfittamento dello stato di debolezza dell'altra parte.

Si amplia in questo modo la rilevanza dello squilibrio e si accentuano le tutele del soggetto. Ciò che però colpisce di più di questo genere di rimedio è il disposto del terzo e del quarto comma. In ossequio al canone generale del *favor contractus* si consente al giudice, o al tribunale arbitrale, di procedere all'adattamento del contratto o di sue singole clausole. Possono avvalersi di questa facoltà sia la parte che richiede l'annullamento sia quella che riceve l'avviso del medesimo<sup>(46)</sup>. Si prevede addirittura una correzione del contratto e si consente la correzione del negozio alla luce del principio di buona fede. Appare indubbia pertanto, alla luce delle considerazioni sinora svolte, l'ampia rilevanza che i suddetti attribuiscono all'equilibrio contrattuale.

Posto ciò, si rileva come né i principi Unidroit, né tantomeno i PECS facciano riferimento alla causa ed alla *consideration*<sup>(47)</sup>; anzi, il commento ai principi Unidroit recita *no need for cause; no need for consideration*.

Ad una presa di posizione così netta, non corrisponde però un'effettiva eclissi della nozione di causa. Si può infatti «decidere di non parlare della causa, ma non si possono eludere i problemi che la causa ha sempre evocato e intorno a cui la dottrina ha sempre riflettuto e dibattuto come problemi appunto della causa e sui quali essa ha tentato di costruirne una definizione<sup>(48)</sup>». Il primo elemento da considerare in questo senso è l'accordo<sup>(49)</sup> il quale sarebbe, da solo, elemento necessario e sufficiente al sorgere del vincolo. Invero, non viene menzionato unicamente il nudo accordo; al contrario esso dev'essere inteso

---

<sup>(46)</sup> VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale*, cit., 73: «Ma i principi non si fermano qui, per cui accanto alla giusta preoccupazione di garantire una protezione contro eventuali soprusi, dando spazio ad una disciplina che ricorda molto lo spirito che pervade la normativa degli ordinamenti interni soprattutto alla protezione del contraente debole, nel secondo comma, nel prevedere la possibilità dell'adattamento del contratto, come forma alternativa all'annullamento, si ricordano di essere innanzitutto, una normativa fortemente rispettosa dell'autonomia privata delle parti e delle intenzioni dei contraenti e ci regalano uno splendido esempio di come principi teoricamente alternativi quali la protezione contro soprusi, indirizzata all'annullamento del contratto, e il *favor contractus*, diretto alla conservazione dello stesso, possano completarsi reciprocamente e dominare entrambe la vicenda contrattuale.

<sup>(47)</sup> Com'è noto, la *Consideration* – negli ordinamenti di *common law* – costituisce l'elemento che, assieme al consenso, consente di decretare la vincolatività dell'accordo sul piano giuridico. Sotto il profilo funzionale, essa assume una connotazione squisitamente soggettiva, identificandosi nel vantaggio che deriva ad una parte dalla prestazione dell'altra. Con le dovute cautele, è possibile assimilare la *consideration* alla causa.

<sup>(48)</sup> Così FERRI, *Morte e resurrezione della causa*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, I, 911.

<sup>(49)</sup> ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., 139.

come volontà di «vincolarsi giuridicamente» o come «accordo sufficiente»<sup>(50)</sup>. Si attribuisce rilievo in questo modo a quel requisito di serietà dell'accordo – qual è la causa – la funzione di rivestire – si è già fatto in precedenza riferimento alla nozione di *vestimentum* – il nudo consenso, sì da attribuirgli forza vincolante e dignità giuridica.

Con riferimento poi alla nozione di contratto ,fondata sul nudo consenso, prevista all'art. 3.2 (ora 3.2.1) dei principi Unidroit, si è rilevato come la norma non attenga tanto alla validità del patto, facendo invece riferimento alla sua conclusione<sup>(51)</sup>: «alla norma è estranea ogni implicazione anticausalista: essa si limita ad escludere che il completamento del procedimento di formazione possa, quale sia il rapporto che si intende costituire, dipendere dalla consegna di una cosa, dalla esecuzione di una prestazione, assumendo le sole manifestazioni di volontà ad elemento sufficiente al perfezionamento del processo costitutivo<sup>(52)</sup> ».

Ma il profilo che più di ogni altro depone a favore della presenza della causa consiste senz'altro nell'ampia rilevanza attribuita all'equilibrio contrattuale per mezzo di istituti quali la ormai più volte citata *gross disparity*. Appaiono pertanto valide le considerazioni di quella dottrina che rileva che «se questa è dunque la nozione di causa che può sottendersi ai Principi è chiaro che è una nozione di causa che mette capo ad un vaglio sull'autonomia privata ancor più penetrante di quello della rispondenza della funzione concreta allo schema astratto, giungendo fino a configurare un controllo a che i parametri economici del contratto rispecchino i criteri di mercato<sup>(53)</sup>».

In conclusione: è senz'altro vero che, dai testi normativi qui richiamati, non emerge una nozione di causa; è senz'altro corretto affermare che in nessun caso sia dato in essi rinvenire dei riferimenti alla causa astratta; sarebbe però un errore madornale ritenere la morte della causa concreta: «Nel romanzo *Il cavaliere inesistente* di Italo Calvino ... Agilulfo (il protagonista inesistente), alla domanda che, di fronte alla corazza vuota, gli rivolge Carlomagno, “come fate a prestare servizio, se non ci siete?”, risponde, “con la forza di volontà ... e la fede nella nostra santa causa!<sup>(54)</sup> ».

---

<sup>(50)</sup> ROLLI, *Ibidem*; art. 2:101 dei Principi di diritto europeo dei contratti a norma del quale si ha accordo sufficiente «quando le clausole: a) sono state dalle parti sufficientemente determinate in modo che vi si possa dare esecuzione; b) possono essere determinate in applicazione dei Principi».

<sup>(51)</sup> ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., 140.

<sup>(52)</sup> D'ANGELO, *Principi Unidroit e regole causalistiche*, in *I contratti in generale, Aggiornamento 1991-1998*, diretto da Alpa e Bessone, V. I, Torino, Giappichelli, 1999, 236.

<sup>(53)</sup> ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., 141.

<sup>(54)</sup> FERRI, *L'invisibile presenza della causa nel contratto*, cit., 912.

## 5. La disciplina delle clausole abusive e la tutela del consumatore

La disciplina di stampo comunitario, a tutela del consumatore, rappresenta in tutta probabilità l'elemento che, più di tutti, ha contribuito alla formazione di un nuovo diritto dei contratti. In spregio al dogma tradizionale dell'intangibilità dell'autonomia privata, la normazione europea consumeristica attribuisce al potere giurisdizionale la possibilità di sindacare l'equilibrio contrattuale<sup>(55)</sup>. Attraverso il ricorso alla legislazione settoriale ed individuale<sup>(56)</sup>, avvalendosi di norme di carattere imperativo, si persegue il soddisfacimento non soltanto di un interesse privatistico (quello del consumatore, parte debole del rapporto) ma anche di un interesse generale, quello dell'efficienza del mercato. Il cammino dell'Unione Europea volto ad una maggiore tutela del consumatore ha inizio negli anni 70', con l'avvio di una serie di politiche<sup>(57)</sup>, atte a disciplinare determinati standard qualitativi di beni e servizi e le loro modalità di negoziazione. Questi primi interventi, culminati nei Trattati di Roma del 1957, erano però risultati piuttosto deboli: le finalità meramente economiche di detti accordi tutelavano unicamente gli interessi delle imprese, "controparti" del pubblico dei consumatori<sup>(58)</sup>. Una svolta importante è arrivata soltanto in un secondo momento con il Trattato di Maastricht del 1992, entrato in vigore l'1 novembre del 1993, che ha previsto un apposito titolo dedicato alla «protezione dei consumatori» e con il Trattato di Amsterdam del 1997 che ha sancito, all'art. 153, comma 1, l'impegno della Comunità a «promuovere gli interessi dei consumatori e ad assicurare un livello di protezione adeguato<sup>(59)</sup>». Infine con la Carta di Nizza ed il Trattato di Lisbona<sup>(60)</sup> si è in misura maggiore

---

<sup>(55)</sup> IURILLI, *Manuale di diritto dei consumatori*, Torino, Giappichelli, 2005, 12.

<sup>(56)</sup> Si pensi alla responsabilità del produttore per prodotto difettoso, alle vendite a distanza, alla multiproprietà, al commercio elettronico, alla pubblicità ingannevole e comparativa, alla tutela della privacy, alla disciplina del credito al consumo. Sul punto v. IURILLI, *ibidem*.

<sup>(57)</sup> ALPA, *Il diritto dei consumi*, Roma-Bari, Laterza, 2002, 35.

<sup>(58)</sup> ALPA, *Il diritto dei consumatori*, cit., 42.

<sup>(59)</sup> ALPA, *Il diritto dei consumatori*, cit., 47, in cui si precisa che il termine "promuovere" è stato interpretato in un senso particolarmente favorevole agli interessi del consumatore: lascia infatti intendere l'interesse della Comunità a non accontentarsi di fissare delle regole di protezione, ma si spinge fino ad attribuire a detti interessi un carattere "propulsivo" di modo da assicurare una tutela maggiore ed un più elevato livello di protezione.

<sup>(60)</sup> L'art. 12 TFUE stabilisce che «Nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività dell'Unione sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori»; l'art 169 sancisce: «1. Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, l'Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi. 2. L'Unione contribuisce al conseguimento degli obiettivi di cui al paragrafo 1 mediante: a) misure adottate a norma dell'articolo 114 nel quadro della realizzazione del mercato interno; b) misure di sostegno, di integrazione e di controllo della politica svolta dagli Stati membri. 3. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure di cui al paragrafo 2,

accentuata l'autonomia della politica a protezione del consumatore nel quadro delle politiche UE. Ma il più interessante intervento della Comunità europea, in ambito contrattuale, per novità delle soluzioni giuridiche adottate, ma anche per conseguenze attuative, specie in ordine alla possibilità di effettuare un sindacato sull'equilibrio della contrattazione, è senz'altro rappresentato dalla direttiva (93/13/CE) sulle clausole vessatorie *rectius* abusive.

Detta direttiva è stata recepita nel nostro ordinamento per tramite dell'art. 25 della l. 52/1996 che ha introdotto gli articoli 1469 *bis* - 1469 *sexies*, all'interno di un nuovo Capo XIV – *bis*, rubricato “Dei contratti del consumatore” e collocato al titolo II del libro IV del Codice civile. <sup>(61)</sup> La normativa è poi confluita, non senza alcune sostanziali modifiche, nel Codice del consumo (d.lgs. 206/2005, art. 33 - 38) <sup>(62)</sup>. Prima dell'introduzione della disciplina di stampo comunitario, la tutela del contraente debole dalle clausole vessatorie risultava interamente rimessa alle previsioni di cui agli art. 1341 e 1342 del Codice civile, i quali attribuivano al contraente “non predisponente” una tutela meramente formale che, in concreto, si risolveva nell'apposizione di una doppia firma <sup>(63)</sup>. La tassatività dell'elencazione contenuta all'art. 1341, c.c., comma 2, si rivelava inoltre del tutto inadeguata a far fronte alle sfide poste dal veloce incedere della prassi negoziale. Tale stato dell'arte era insomma del tutto inadeguato a far fronte alle nuove istanze di tutela poste dall'evolversi del mercato e dal proliferare di nuove forme di abuso in danno dei consumatori.

Il legislatore del 1996 con l'introduzione della disciplina dei contratti del consumatore immette nel sistema, per la prima volta, una forma di controllo sul contenuto sostanziale del contratto. L'art. 1469 *bis* (oggi art. 33 Cod. cons.) qualifica come «vessatorie» le clausole che, malgrado buona fede (leggi: in contrasto con la buona fede) <sup>(64)</sup>, determinano a carico del consumatore un

---

lettera b). 4. Le misure adottate a norma del paragrafo 3 non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere o di introdurre misure di protezione più rigorose. Tali misure devono essere compatibili con i trattati. Esse sono notificate alla Commissione.

<sup>(61)</sup> BENACCHIO, *Diritto privato della Unione Europea, fonti modelli e regole*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, 266.

<sup>(62)</sup> BARENGHI, *Diritto dei consumi*, cit., 79. Il Codice del consumo è stato emanato a seguito della delega legislativa contenuta nell'art. 7 (riassetto in materia di tutela dei consumatori) della l. 29 luglio 2003, n. 229 (recante Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione – legge di semplificazione 2001), nel quadro di un processo di semplificazione normativa, secondo i principi contenuti all'art. 20 della l. 15 marzo 1997 n. 59

<sup>(63)</sup> PATTI, *Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, in *I contratti in generali* a cura di Enrico Gabrielli, in *Tratt. contr.* diretto da Rescigno e Gabrielli, Milano, Wolters Kluwer, 2006, 325 ss.

<sup>(64)</sup> GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997, 418; GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, 924, in cui il noto autore puntualizza come l'espressione «malgrado la buona fede» sia dovuta ad un errore di traduzione della direttiva. Il legislatore comunitario fa riferimento alla buona fede intesa in senso oggettivo, ossia al generale obbligo dei contraenti di adottare un comportamento ispirato ai principi di lealtà e correttezza. V. al riguardo PATTI, *Le condizioni generali di contratto e i contratti dei consumatori*, cit., 375: «Nella traduzione in lingua italiana del testo della direttiva si riscontra infatti una formulazione del principio di buona fede che ricorda la buona fede in

significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. Ne consegue che, al fine di escludere l'abusività delle clausole, non è più sufficiente il rispetto dell'onere meramente formale della doppia firma posto dall'art. 1341, c.c., comma 2 ma si rende invece necessario un controllo di tipo sostanziale sul regolamento negoziale finalizzato ad accertare, in concreto, se la clausola possa dirsi o meno vessatoria <sup>(65)</sup>. In questo contesto, lo squilibrio rappresenta l'elemento principe donde valutare tal caratteristica. Si tratta però, giova precisarlo, di uno squilibrio normativo: si esclude cioè che la vessatorietà possa desumersi da uno squilibrio di tipo economico, ossia in virtù di un rapporto afferente alla valutazione patrimoniale delle prestazioni dedotte in contratto. Questo assunto si evince dall'art. 34, comma secondo, del Codice del consumo il quale stabilisce che «La valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi». La circostanza per cui il giudice non possa desumere la vessatorietà di una clausola sulla base dell'equilibrio economico del contratto è però destinata a cadere nel caso in cui gli elementi prettamente economici del negozio non siano individuati in maniera chiara e comprensibile (c.d. principio di trasparenza).

Detto ciò, appare necessario interrogarsi sui criteri alla cui stregua indagare lo squilibrio – giuridico e, in determinati casi, economico – del contratto. È pacifico al riguardo che la valutazione debba essere operata con riferimento al canone della buona fede oggettiva <sup>(66)</sup> che impone alle parti, quale regola di condotta ulteriore rispetto a quella oggetto di specifica negoziazione, di modellare il loro comportamento sui principi di correttezza, lealtà e onestà così da porre in essere una condotta che, non determinando un apprezzabile sacrificio personale, assicuri al contraente di poter adempiere alla propria obbligazione <sup>(67)</sup>. Sicché lo squilibrio della contrattazione deriverà innanzitutto dalla violazione del suddetto canone.

Si è detto in precedenza di come la trasfusione della disciplina dei Contratti del consumatore, in seno al Codice omonimo, sia avvenuta non senza sostanziali modifiche. La più rilevante è quella contenuta all'art. 36 che ricollega all'abusività della clausola la sanzione della nullità, in ciò differenziandosi dal previgente art. 1469-*quinquies* c.c. a tenore del quale «Le clausole vessatorie ai sensi degli articoli 1469-*bis* e 1469-*ter* sono inefficaci mentre il contratto rimane efficace per il resto». La modifica – condivisibilmente – non deve

---

senso soggettivo piuttosto che quella in senso oggettivo. Com'è noto, invece, le altre versioni della direttiva tra cui l'inglese, la francese e la tedesca, cioè quelle a cui normalmente si fa riferimento, non lasciano dubbi sul fatto che l'intenzione del legislatore comunitario era quella di fare riferimento al principio di buona fede in senso oggettivo».

<sup>(65)</sup> SPINOZZI, *Equilibrio contrattuale eterodeterminato*, cit., 59.

<sup>(66)</sup> LONGU, *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *riv. dir. civ.*, 2000, 3, 352-353 ss e RENDA, *Esito di contrattazione e abuso di dipendenza economica: un orizzonte più sereno o la consueta "pie in the sky" ?*, in *Riv. dir. impresa*, 2000, 283;

<sup>(67)</sup> Sul punto, v. CARDILLO, voce *Buona fede*, in *Altalexpedia*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

ritenersi essere una “novità” di tipo sostanziale ma una semplice precisazione del termine inefficacia già adottato dalla precedente normativa <sup>(68)</sup>. La puntualizzazione non è dovuta ad un capriccio del legislatore bensì tiene conto di una disputa dottrinale sorta sul punto.

Secondo un primo orientamento infatti (*tesi dell'inefficacia in senso stretto*) il legislatore con la sanzione dell'inefficacia avrebbe inteso escludere l'applicazione della nullità parziale ex art. 1419, c.c., comma 1 ai sensi del quale «La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità». Chi lo sosteneva argomentava la sua validità nel senso che, se così non fosse stato, se cioè si fosse ritenuta operativa la nullità ex art. 1419, c.c., comma 1, allora a cadere sarebbe stato l'intero contratto e non la singola clausola <sup>(69)</sup>.

Secondo un'altra tesi l'inefficacia andrebbe identificata con l'annullabilità della clausola. Soltanto in questo modo troverebbe infatti giustificazione la legittimazione relativa dell'azione e la parziale inefficacia previste dall'allora art. 1469-quinquies, c.c., comma 1 e 3.

Altro orientamento ravvisava il fondamento dell'inefficacia nella rescissione del contratto concluso in stato di pericolo o di bisogno <sup>(70)</sup>. L'inefficacia della clausola vessatoria opererebbe alla stregua di una rescissione “parziale” funzionale alla riconduzione ad equità del regolamento contrattuale stipulato a condizioni inique. Si tratta però di una tesi che non è possibile accogliere stante la circostanza che l'inefficacia *ex lege* è solo accertata dal giudice, mentre diversa natura e struttura ha la pronuncia di rescissione <sup>(71)</sup>. Nella disciplina della rescissione poi, come si è già accennato in precedenza, un ruolo fondamentale viene rivestito dallo stato psichico del contraente: deve infatti sempre ricorrere la conoscenza della controparte, nei contratti stipulati in stato di pericolo, e l'approfittamento nelle ipotesi di negozi conclusi in stato di bisogno <sup>(72)</sup>.

---

<sup>(68)</sup> GRAZIUSO, *Commento sub artt. 33-34-35-36-38 cod. cons.*, in Italia V., *Codice del Consumo-Commento al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, Milano, Giuffrè, 401.

<sup>(69)</sup> GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, in *Il diritto privato oggi*, Milano, Giuffrè, 2010, 295; v. anche BIANCHINI, *Commento sub art. 1469-quinquies*, in Barenghi, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel Codice civile*, Napoli, Jovene, 1996, 181: «La qualificazione della sanzione in termini di inefficacia, che si conforma a quella adottata dalla legge tedesca sulle condizioni generali di contratto, è il frutto di una precisa opzione del legislatore, adottata in sede di lavori preparatori al Senato, a modifica del disegno di legge precedentemente approvato alla Camera, nonché del testo elaborato dalla Commissione istituita presso il Ministero degli Affari Sociali del gabinetto Ciampi, che prevedevano la nullità delle clausole vessatorie».

<sup>(70)</sup> RUFFOLO, *La inefficacia delle clausole vessatorie*, in Ruffolo, *Clausole “vessatorie” e “abusive”. Gli artt. 1469-bis ss. cc. e i contratti del consumatore*, Milano, Giuffrè, 80.

<sup>(71)</sup> RUFFOLO, *La inefficacia delle clausole vessatorie*, in Ruffolo, *Clausole “vessatorie” e “abusive”. Gli artt. 1469-bis ss. cc. e i contratti del consumatore*, *ibidem*.

<sup>(72)</sup> GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, cit., 297.

Ancora, altro filone interpretativo ha ritenuto le clausole abusive nulle. Si tratterebbe però di nullità di singole clausole con «effetti parzialmente derogatori della disciplina generale<sup>(73)</sup>». Si porrebbe in questo modo una chiara eccezione rispetto alle norme sulla nullità parziale in ordine ai profili dell'estensione (la nullità parziale ex art. 1419 c.c. si estende all'intero contratto) ed alla rivelabilità d'ufficio. Il conflitto qui delineato è stato definitivamente risolto dal Consiglio di Stato<sup>(74)</sup> secondo cui «è opinione dottrinale e giurisprudenziale ormai pacifica quella secondo cui l'espressione "inefficacia", recata anche nella rubrica dell'art. 1469-*quinquies* del codice civile al fine di contrassegnare il regime delle clausole abusive, debba leggersi come sinonimo atecnico di nullità relativa, o meglio, di nullità di protezione».

La categoria della nullità di protezione così delineata gode di una precisa autonomia concettuale: si distingue dalla nullità parziale (art. 1419, c.c., comma 1) poiché prescinde dall'intento dei contraenti; ma si differenzia anche dall'annullabilità poiché originaria, imprescrittibile e, soprattutto, rilevabile d'ufficio<sup>(75)</sup>. Si tratta quindi di un istituto mediante il quale si persegue un obiettivo di politica legislativa e si esprime un preciso *favor* nei riguardi del consumatore. Il legislatore italiano ha inoltre attribuito al consumatore una tutela maggiore anche a quella prevista dalla direttiva 93/13/CEE (art. 6.1) che prevedeva che, in caso di dichiarazione di abusività della clausola, il contratto conservi la sua efficacia «sempre che esso possa sussistere senza clausola abusive». Per contro, nell'ordinamento italiano la sua conservazione si prevede in ogni caso<sup>(76)</sup>.

## 6. La disciplina sulla subfornitura e l'abuso di dipendenza economica

La legge del l. 18 giugno del 1998, n. 192 sulla subfornitura ha introdotto nel nostro ordinamento la nozione di abuso di dipendenza economica. Ciò ha costituito una svolta fondamentale per il diritto dei contratti italiano posto che, prima dell'entrata in vigore del suddetto provvedimento, esso sconosceva istituti idonei a far fronte a situazioni di disparità di potere economico. Il cammino verso la rilevanza del principio dell'equilibrio contrattuale si è così arricchito dell'aggiunta di un nuovo tassello. Tale archetipo contrattuale è del tutto peculiare poiché tiene conto delle dinamiche che possono intercorrere tra due professionisti<sup>(77)</sup>; non sorprende quindi che la dottrina, già da tempo in

---

<sup>(73)</sup> RUFFOLO, *ibidem*; GRAZIUSO, *ibidem*.

<sup>(74)</sup> Cons. Stato, Sez. cons., 20 dicembre 2014, n. 1160, in *FI*, 2005, III, 348.

<sup>(75)</sup> GRAZIUSO, GRAZIUSO, BAJ, *Il condominio di edifici privati e di edilizia residenziale pubblica, in Il diritto dei consumatori*, Frosinone, Key, 2016, 163.

<sup>(76)</sup> GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, cit., 299.

<sup>(77)</sup> SPINOZZI, *Equilibrio contrattuale eterodeterminato*, cit., 61.

relazione ad esso, abbia coniato la formula di “terzo contratto” che si va ad affiancare al contratto di diritto comune ed ai contratti del consumatore (c.d. secondo contratto) <sup>(78)</sup>.

Conviene però andare con ordine data la delicatezza del tema.

Come appena detto, la legge 192/1998 ha inteso realizzare un’equiparazione tra professionista e contraente debole dettando una disciplina in tema di subfornitura <sup>(79)</sup>.

La tutela dell’impresa fornitrice si realizza attraverso <sup>(80)</sup> la predisposizione di una disciplina inderogabile del rapporto <sup>(81)</sup> e per mezzo della previsione della nullità delle contrattazioni reputate inique <sup>(82)</sup>.

Ai fini del presente contributo, l’accento dev’essere inizialmente posto sull’art. 9 della l. 192/1998 che ha introdotto nell’ordinamento italiano l’istituto dell’abuso di dipendenza economica <sup>(83)</sup> con cui si vieta «L’abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice» dove, per dipendenza economica, s’intende «La situazione in cui un’impresa sia in grado di determinare, nei

---

<sup>(78)</sup> V. PARDOLESI nella prefazione di COLANGELO, *L’abuso di dipendenza economica, tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti, Un’analisi comparata*, cit.

<sup>(79)</sup> VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., 30-31. L’esigenza di una legge sulla subfornitura deriva dalla crisi dell’integrazione verticale la quale, determinando una maggiore flessibilità del mercato, «induce a nuove strategie aziendali basate su forme di produzione e di collaborazione esterne alla struttura imprenditoriale. Le imprese si svuotano e con il ricorso al contratto si decentrano e deverticalizzano settori sempre più ampi dell’azienda. Il subfornitore non produce per il mercato ma per un committente che tramite il contratto può realizzare forti prevaricazioni».

<sup>(80)</sup> RUSSO, *Sull’equità dei contratti*, in *Quaderni della rassegna di diritto civile diretta da Pietro Perlingieri*, Napoli, Edizioni scientifiche, 2001, 81.

<sup>(81)</sup> RUSSO, *Sull’equità dei contratti*, cit., 81, nota 219 avverte che si tratta «di inderogabilità relativa, di norme cioè poste a tutela di un interesse particolare, proprio di uno soltanto dei contraenti. La derogabilità relativa *in melius* è peraltro espressione corretta solo su di un piano descrittivo. Sul piano logico-giuridico la pattuizione del contenuto più favorevole di quello preveduto dalla norma è semplicemente fuori dalla portata sanzionatoria di questa che si limita a vietare regole negoziali che dispongono diritti in misura inferiore a quella (minima) legale. Così come la norma non si applica qualora la clausola con essa contrastante sia inserita in pregiudizio del contraente forte».

<sup>(82)</sup> Ma si veda a tal proposito la critica di CASO, PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori ?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 4, 725: «Senonché, la logica economica che, se pure in modo non incontrovertito, supporta l’intervento a favore del consumatore. soprattutto per quanto concerne i contratti standard, svapora nei contratti negoziati individualmente, in special modo se i due paciscenti hanno entrambi natura di impresa. In altre parole, ciò che si può presumere per la contrattazione tra imprese (*pardon*, professionisti) e consumatori – e, cioè che i consumatori sono poco informati e, quindi, non riescono a valutare il *trade-off* tra (contenimento del) prezzo (dovuto alla standardizzazione dei contratti) e (costi connessi alla realizzabilità dei) rischi su di loro ineluttabilmente addossati attraverso le clausole vessatorie che infestano i contratti standard -; cioè che è dato presumere per i consumatori, si diceva, non lo si può presumere per gli imprenditori, anche quando questi ultimi si limitino ad aderire al contratto predisposto da controparte. In questa prospettiva non pochi dubbi solleva l’art. 6, il quale descrive tre tipi di clausole, giudicate nulle *a priori*».

<sup>(83)</sup> NATOLI, *L’abuso di dipendenza economica, Il contratto e il mercato*, Napoli, Jovene, 1.

rapporti commerciali con un'altra impresa, un *eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi*»).

La corrispondenza biunivoca che si viene a determinare tra le nozioni di abuso e di squilibrio qui descritte – il cui collegamento è rinvenibile, ancora una volta, nel canone della buona fede, sicché abusiva sarà innanzitutto la condotta ad essa contraria <sup>(84)</sup> – è poi corredata da un preciso indice fornito all'interprete dal legislatore. La dipendenza economica si valuta infatti *tenendo conto* anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.

Il comma secondo dell'art. 9 contiene un'elencazione – esemplificativa – di alcuni dei comportamenti che possono dar luogo ad una situazione di abuso che «può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto». In questo modo il legislatore sembra porre una sorta di abusività presunta di detti comportamenti sicché questi dovranno essere considerati abusivi *in re ipsa* sino, almeno, a prova contraria. Infine il comma 3 dell'art. 9 riconduce al patto con cui si realizzi un abuso di dipendenza economica la sanzione della nullità.

Risulta opportuno segnalare la norma *de qua* innanzitutto per la sua straordinaria capacità espansiva e sistematica. Essa infatti, benché inserita in una legge settoriale, quale appunto quella relativa alla “*Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*”, si ritiene applicabile ad ogni contratto tra imprese <sup>(85)</sup> offrendo così al giudice un formidabile strumento di valutazione della giustizia contrattuale del caso concreto.

Suffragano questo assunto una serie di argomenti <sup>(86)</sup>; innanzitutto l'art. 9, comma 1, che individua il soggetto passivo del rapporto con riferimento alle imprese “clienti” e non soltanto fornitrici. L'elenco – esemplificativo – di cui al secondo comma individua poi, tra le ipotesi di comportamento abusivo, il rifiuto di vendere escludendo, per tale via, che a subire lo stato di dipendenza economica sia necessariamente un'impresa fornitrice. «Differentemente da quanto avviene in altre disposizioni, nella fattispecie di abuso la tutela del contraente debole non dipende dalla sua astratta appartenenza ad una

---

<sup>(84)</sup> Intesa – evidentemente – nel suo risvolto oggettivo.

<sup>(85)</sup> RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, cit., 82; CASO, PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, cit., 733: «Per quanto riguarda i soggetti, va ribadito che la disposizione ha un campo di applicazione notevolmente più allargato rispetto a quello delineato dall'art. 1. Impresa, cliente e fornitrice sono espressioni in grado di ricomprendere entità imprenditoriali che vanno dai *franchisees* agli stessi produttori finali dipendenti dalle c.d. centrali di acquisto»; CASO, *Subfornitura industriale: analisi giuseconomica delle situazioni di disparità di potere contrattuale*, in *riv. crit. dir. priv.*, 1998, 286: «Si tratta dell'unica norma che ha un ambito di applicazione generale».

<sup>(86)</sup> ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio de rapporto*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 1182.

categoria di soggetti, ma è rimessa ad una valutazione circa l'effettiva sussistenza di uno squilibrio contrattuale da riscontrarsi in concreto <sup>(87)</sup>». Il concetto di abuso di dipendenza economica presenta indubbiamente delle similarità con l'art. 3 della legge 10 ottobre, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato, c.d. legge "Antitrust") che, com'è noto, vieta l'abuso di posizione dominante nei rapporti tra imprese <sup>(88)</sup> e lo stesso articolo 9 della l. 192/1998 doveva, in origine, rappresentare una mera modifica della legge antitrust. Le particolari circostanze legate alla sua genesi hanno condotto ad una forte disputa dottrinale di carattere interpretativo tra chi ritiene si sia in presenza di una figura avente carattere riequilibratrice dei rapporti tra privati e chi considera che, oggetto di protezione della norma, sia la tutela della concorrenza <sup>(89)</sup>. In quest'ultima ipotesi, in tanto vi sarebbe un abuso di

---

<sup>(87)</sup> ALBANESE, *ibidem*.

<sup>(88)</sup> SPINOZZI, *Equilibrio contrattuale eterodeterminato*, cit., 72, nota 130: «All'epoca, l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato espresse pareri negativi circa l'inserimento dell'articolo in esame nel testo della L. n. 287 del 1990 per la preoccupazione di non avere strutture sufficienti a coprire il suo raggio d'intervento»; Sul punto v. NATOLI, *Abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole. Il contratto e il mercato*, cit., 4; Si v. inoltre COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, cit., 64: «Originariamente i disegni di legge presentati nel corso della XII e XIII legislatura proponevano di inserire il nuovo istituto nell'ambito della normativa a tutela della concorrenza di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287, attraverso l'estensione del campo di applicazione della figura dell'abuso di posizione dominante. In particolare, il progetto di legge unificato A.S. n. 46 della XII legislatura qualificava l'art. 10 come abuso di posizione dominante alcuni comportamenti imposti dai committenti in ragione della loro maggiore forza contrattuale alla controparte. In sede di segnalazione all'esecutivo, tuttavia, l'AGCM espresse parere negativo evidenziando l'inopportunità di un'estensione della portata dell'art. 3». A parere dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, la «necessità di prevedere dei rapporti contrattuali di subfornitura improntati a correttezza ed efficienza, che produce certamente effetti positivi per la concorrenzialità dei mercati, non può essere risolta dilatando in modo innaturale la nozione di abuso di posizione dominante... l'art. 3 della legge 287/90, che vieta l'abuso di posizione dominante, già contempla la possibilità di intervenire nei confronti di un'impresa la quale, benché non dotata di una posizione dominante nella vendita dei propri prodotti, tuttavia detenga una posizione dominante dal lato della domanda nei confronti dei propri fornitori, in assenza di alternative economicamente significative per questi ultimi. È evidente, dunque, che rapporti di subfornitura non qui, laddove imposti a soggetti che non godono di posizioni economiche di scelta alternativa, possono ricadere, attraverso un'appropriata e contestualizzata definizione di mercato rilevante, nella fattispecie dell'abuso di posizione dominante. Diverso è il caso in cui la non equità di verificarsi nell'ambito di rapporti contrattuali di scambio bilaterale nei quali, pur in presenza di uno squilibrio tra le parti, che definisca ad esempio posizioni di dominanza relativa, non sia possibile identificare nella parte abusante una posizione dominante secondo il canone sopra descritto».

<sup>(89)</sup> SPINOZZI, *ibidem*; COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, cit., 67, il quale precisa che «la migrazione dell'abuso di dipendenza economica verso il diritto civile, sancita dall'art. 9, legge n. 192 del 1998, è stata tutt'altro che spontanea: le resistenze dell'Autorità hanno giocato un ruolo rilevante. Dietro la volontà di intendere l'istituto come strumento di riequilibrio contrattuale tra le parti, si intravede tutto il dibattito intorno all'individuazione dell'interesse protetto nella disciplina antitrust ... in altre parole, l'abuso di dipendenza economica sembrerebbe collocarsi all'interno dello spazio di concorrenzialità libera ed opererebbe entro i limiti della lecita negoziazione della concorrenza.

posizione economica, in quanto, dal comportamento scorretto sia derivato un effetto restrittivo della concorrenza. Non sarebbe, in altre parole, mai invocabile la fattispecie ex art. 9 della l. 192/1998 allorché l'impresa "dominante" non goda di un potere di mercato in senso classico che le consenta di adottare dei comportamenti unilaterali al riparo dagli effetti della concorrenza<sup>(90)</sup>. Quest'ultimo orientamento non sembra però meritare accoglimento. È senz'altro vero che ricondurre integralmente la fattispecie dell'abuso di dipendenza economica, nell'alveo del diritto civile, escludendone i collegamenti con il diritto antitrust, rischia di creare una contrapposizione che, ad un più attento esame, risulta essere soltanto apparente; l'abuso di dipendenza economica ha infatti un notevolissimo impatto sul principio di effettività della concorrenza e sulle finalità che la legge antitrust si propone di perseguire. Abuso – di posizione dominante e di dipendenza economica – determinano entrambi una perdita di surplus economico<sup>(91)</sup>. Al contempo però non si può ignorare che la particolare collocazione della normativa italiana<sup>(92)</sup> impedisce di "appesantire" la fattispecie, richiedendo la sussistenza di requisiti ulteriori a quelli di norma sufficienti ai fini della sua applicazione. L'art. 9 della l. 192/1998, come accennato poco fa, identifica l'abuso di posizione economica nel comportamento dell'impresa capace di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un *eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi*, puntualizzando altresì come la dipendenza economica debba essere valutata tenendo conto della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. Il giudizio di applicabilità della norma dovrà quindi fondarsi sul sussistere di due presupposti, segnatamente, sulla sussistenza di una situazione di dipendenza economica e sulla contestuale presenza di una condotta abusiva<sup>(93)</sup>. La dipendenza economica potrà certamente essere desunta dalla «mancanza di alternative» prevista nel testo della norma, ma dovrà anche essere valutata su altri parametri, quali le caratteristiche delle imprese, le condizioni di mercato dell'impresa e il dispiegarsi dell'intera relazione (e non del singolo contratto). Alcuni di questi sono individuati dal comma 2 dell'art. 9, altri devono essere rinvenuti nell'analisi economica e nella prassi applicativa<sup>(94)</sup>.

---

<sup>(90)</sup> ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio de rapporto*, cit., 1181, il quale, facendo riferimento all'ordinamento francese e tedesco, sottolinea come la normativa italiana si differenzi sensibilmente da quella degli ordinamenti appena citati poiché non postula l'esistenza di un potere di mercato, in senso tradizionale, in capo all'impresa dominante.

<sup>(91)</sup> COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, cit., 69.

<sup>(92)</sup> Che si pone al di fuori della legge antitrust, fermo restando le osservazioni svolte in precedenza.

<sup>(93)</sup> CASO, *Luci ed ombre della legge sull'abuso di dipendenza economica e sulla subfornitura industriale*, in [www.jus.unitn.it](http://www.jus.unitn.it), 16.

<sup>(94)</sup> CASO, *ibidem*.

L'art. 9, comma 3 della l. 192/1998 ricollega all'operazione contrattuale, che si concreti in un abuso di dipendenza economica, la sanzione della nullità; non ne precisa però la tipologia. Ciò ha condotto ad un acceso dibattito in dottrina circa sulla sua natura e sulla disciplina ad essa applicabile <sup>(95)</sup>. In particolare, ad un primo orientamento teso a rilevarne l'ordinarietà, poiché il legislatore tacendo circa le sue caratteristiche avrebbe facultizzato l'interprete verso l'applicazione dei principi generali sul tema <sup>(96)</sup>, se n'è contrapposto un altro che ne ha esaltato la natura protettiva. Quest'ultimo orientamento risulta allo stato attuale senz'altro maggioritario sicché è oggi possibile affermare che la disciplina sulla subfornitura non persegue tanto il fine di porre nel nulla il negozio, quanto quello di ripristinare un certo equilibrio negoziale mediante l'eliminazione di condizioni contrattuali eccessivamente inique e/o discriminatorie <sup>(97)</sup>. La legge sulla subfornitura è stata interessata di un'importante modifica da parte dell'art. 11 della legge n. 57 del 2001. La novella <sup>(98)</sup> ha innanzitutto innovato l'art. 9 della legge in discorso con l'introduzione dell'azione risarcitoria e dell'azione inibitoria che si vanno adesso ad affiancare alla sanzione della nullità <sup>(99)</sup>. L'intervento del legislatore si è reso necessario per una serie di ragioni. *In primis* per la scarsa prova di sé che ha dato la sanzione della nullità che appare applicabile soltanto in presenza di un negozio giuridico, e non nelle ipotesi in cui l'abuso si attui in un contesto non contrattuale. Si pensi, a questo riguardo, all'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali oppure al rifiuto di contrarre <sup>(100)</sup>. Nel silenzio della legge, l'assoluta maggioranza degli interpreti aveva proposto di ricorrere al generale rimedio del risarcimento del danno; altri, spingendosi oltre, avevano prospettato in capo al contraente forte un vero e proprio obbligo di contrarre suscettibile di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 del Codice civile.

---

<sup>(95)</sup> NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, in ROPPO, BENEDETTI (a cura di), *Trattato dei contratti*, V, Milano, Giuffrè, 2014, 398.

<sup>(96)</sup> In questo senso depone anche RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, cit., 87. sicché, poiché *quod nullum est nullum producit effectum*, l'invalidità del contratto dovrebbe sempre azionata sia d'ufficio che su apposita istanza di parte. Si noti però come questo ragionamento, sebbene coerenti, per certi versi, sul fronte sistematico, conduca ad un paradosso: di siffatta nullità potrebbe infatti servirsi anche l'impresa "dominante", con ciò vanificando la *ratio* di protezione dell'intera disciplina.

<sup>(97)</sup> SPINOZZI, *Equilibrio contrattuale eterodeterminato*, cit., 74; RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contr. Impr.*, 2009, 134.

<sup>(98)</sup> Articolo 11, comma 1, della Legge 5 marzo 2001, n. 57;

<sup>(99)</sup> L'attuale art. 9, comma 3, stabilisce che « Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni ».

<sup>(100)</sup> COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti: un'analisi economica e comparata*, cit., 81.

*In secundis*, si è introdotta la possibilità dell'AGCM <sup>(101)</sup> di attivare, anche d'ufficio, poteri d'indagine ed istruttori, con la possibilità di irrogare le sanzioni di cui all'art. 15 della legge antitrust (l. 287/1990). Quest'ultima modifica si è resa necessaria a fronte della scarsa propensione di chi subisce l'abuso ad affrontare in giudizio la controparte poiché un tale gesto rappresenterebbe la chiusura definitiva di future relazioni d'affari con quel partner commerciale <sup>(102)</sup>. L'intervento dell'autorità resta però allo stato attuale subordinato alla circostanza che l'abuso di dipendenza economica abbia «rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato <sup>(103)</sup>».

Infine, come ormai ripetuto più volte, la norma in questione fa riferimento allo squilibrio contrattuale attraverso l'adozione della formula dell'*eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi*. In questo senso, se è pacifico che la disposizione tuteli l'equilibrio inteso in senso giuridico, resta allo stato attuale controverso se essa faccia riferimento altresì all'equilibrio economico <sup>(104)</sup>, cioè se sia consentita la sussunzione nella fattispecie di abuso di dipendenza economica del patto le cui prestazioni risultino sproporzionate. Si registrano varie opinioni al riguardo.

Una parte della dottrina – decisamente minoritaria – ritiene che, premessa la possibilità di sindacare l'equilibrio normativo, non sia in alcun caso possibile interferire con l'equilibrio economico cui hanno dato vita i paciscenti <sup>(105)</sup>.

---

<sup>(101)</sup> L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è una Autorità amministrativa indipendente che svolge la sua attività e prende decisioni in piena autonomia rispetto al potere esecutivo. È stata istituita con la legge n. 287 del 10 ottobre 1990, recante "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato".

<sup>(102)</sup> CASO, *Luci ed ombre della legge sull'abuso di dipendenza economica e sulla subfornitura industriale*, cit., 10.

<sup>(103)</sup> L'attuale art. 9, comma 3-bis, della legge 192/1998 recita quanto segue: «Ferma restando l'eventuale applicazione dell' articolo 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 , l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall' articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 , nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso. In caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica».

<sup>(104)</sup> L'opinione largamente maggioritaria e quasi prevalente ammette il sindacato sull'equilibrio economico del contratto; è ciononostante rinvenibile qualche voce contraria.

<sup>(105)</sup> In questo senso depone BALESTRA, *Il diritto dei contratti nello specchio della contemporaneità*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 2017, 4, 1127 ss.: «La l. 18 maggio 1998, n. 182, a sua volta, nell'evidenziare precipua sensibilità nei confronti della contrattazione tra soggetti diseguali, ha attribuito rilievo allo squilibrio in relazione ai rapporti contrattuali di subfornitura e, dunque, concernenti soggetti entrambi imprenditori. Trattasi di normativa che si muove nel solco della protezione dell'imprenditore considerato debole attraverso, tra l'altro, la comminatoria di una serie di nullità, tra cui quella concernente il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica («situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi»: art. 9). Anche in questo caso il riferimento è allo squilibrio (eccessivo) dei diritti e degli obblighi e, quindi, a una sproporzione che non intacca direttamente il rapporto di valore tra le

A questa tendenza si contrappone la diversa posizione di chi si schiera per la sindacabilità del valore delle prestazioni dedotte in contratto <sup>(106)</sup> sulla base dell'assunto per cui, il comma 2 dell'art. 9, che identifica l'abuso nell'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, ha autonomo valore normativo non costituendo dunque una mera specificazione della nozione di squilibrio sindacabile posta dal comma 1. Sulla stessa direzione, altra dottrina giunge ad affermare la sindacabilità dell'equilibrio economico del contratto facendo utilizzo della clausola della buona fede <sup>(107)</sup>. In questo senso, il suddetto canone si rivelerebbe essere un *passepertout* a disposizione del giudice. Ma si tratta di una prospettazione da trattare con cautela poiché rischia di attribuire al giudice uno spazio di discrezionalità troppo ampio.

---

prestazioni, ancorché un'alterazione profonda di detto rapporto rispetto agli indici di mercato — anche tenuto conto che in questo contesto manca una specificazione analoga a quella di cui all'art. 34, comma 2°, cod. cons. — è fatalmente destinata a dispiegare una specifica incidenza nel giudizio di rilevanza dello squilibrio.

<sup>(106)</sup> Russo, *Sull'equità dei contratti*, cit., 86-87: «A norma del comma 2 l'abuso può anche consistere nell'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie. Orbene o si ritiene che tale disposto abbia carattere pleonastico, che esprime cioè un significato equivalente a quello del comma 1, ma sarebbe questa una chiara *interpretatio abrogans*, oppure deve ammettersi che esso abbia autonomo valore normativo, riferibile per l'appunto allo squilibrio economico, non sussumibile sotto la lettera del comma 1 afferente allo squilibrio dei diritti e degli obblighi. Che questa sia l'interpretazione corretta e confermato dall'utilizzo della parola "anche" ciò che lascia intendere come l'ipotesi di abuso ivi sanzionata sia una ulteriore rispetto a quella già precedentemente disciplinata».

<sup>(107)</sup> SPINOZZI, *Equilibrio contrattuale eterodeterminato*, cit., 77; si veda inoltre VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 754;

## Conclusioni

Il presente contributo si è posto il fine di far luce sui rapporti intercorrenti tra causa, giudizio di meritevolezza ed equilibrio contrattuale.

Nel corso del primo capitolo si è proceduto ad un'indagine storico-critica dei primi due istituti in cui si è tenuto conto in particolar modo del formante dottrinale. In relazione alla causa, si è chiarito come essa, inizialmente riferita all'obbligazione ed intesa in termini essenzialmente soggettivi, sia stata successivamente rapportata al contratto e concepita in termini rigorosamente oggettivi. Si sono quindi delineate le nozioni di causa astratta e di causa concreta. La prima corrisponde allo schema legislativo astratto disegnato dalla norma (c.d. tipo contrattuale) <sup>(1)</sup> mentre la seconda all'assetto di interessi cui in concreto hanno dato vita le parti attraverso il negozio <sup>(2)</sup>. Si è passati quindi a tracciare la parabola evolutiva del giudizio di meritevolezza ripercorrendo gli snodi principali della sua storia, le principali prospettive dottrinali sul tema ed il diverso modo di intendere l'istituto in dipendenza delle teorie sulla causa prese di volta in volta a riferimento.

Nel corso del secondo capitolo si è analizzata la più recente giurisprudenza relativa al vaglio giudiziale di meritevolezza. L'approfondimento del formante giurisprudenziale ha consentito di formulare una ricostruzione sistematica dell'istituto *de qua* ed ha consentito di chiarirne l'ambito applicativo, l'oggetto ed i criteri di valutazione. Quanto al primo, si è precisato che, sebbene sul piano sistematico appaia più corretto riferire il sindacato di meritevolezza a qualsivoglia genere di contratto – tipico o atipico esso sia – i giudici, in ottemperanza al dato letterale della norma, continuano a rapportarlo ai soli contratti atipici <sup>(3)</sup>.

In relazione all'oggetto, si è chiarito come questo venga a coincidere con la causa concreta del contratto intesa quale sintesi degli interessi reali perseguiti dai contraenti a prescindere dal tipo astratto utilizzato.

In riferimento poi ai criteri valutativi, si è sottolineato come il giudizio di meritevolezza sia un istituto autonomo ed indipendente dal giudizio di liceità della causa del contratto. Qualsiasi assimilazione dei rispettivi parametri valutativi appare pertanto inaccettabile poiché darebbe luogo ad un'indebita sovrapposizione concettuale dei due istituti ed all'abrogazione tacita della

---

<sup>(1)</sup> In questo senso la causa viene a coincidere con la funzione economico-sociale del contratto.

<sup>(2)</sup> In questo senso, i negozi tipici sono contestualmente muniti di una causa astratta e di una causa concreta.

<sup>(3)</sup> Dove con il concetto di tipo s'intende il solo tipo legale e non il c.d. tipo sociale. Un negozio atipico sul piano sociale ma tipico su quello legale sarà soggetto al vaglio giudiziale di meritevolezza degli interessi.

clausola ex art. 1322, c.c., comma 2. Preso atto di ciò, si è andati alla ricerca di impostazioni maggiormente persuasive. Si è scartata la tesi di Bettiana memoria che rinviene la meritevolezza nell'utilità sociale <sup>(4)</sup> poiché non è accettabile che in un ordinamento liberale la contrattazione venga indirizzata in positivo verso il perseguimento di fini super-individuali. Un giudizio di favore è stato invece espresso verso la prospettiva che identifica il vaglio giudiziale di meritevolezza degli interessi nella rispondenza della causa concreta dell'operazione economica ai principi generali del nostro ordinamento, specie quelli di matrice costituzionale, alla luce dei canoni di diritto internazionale in materia di contratti <sup>(5)</sup> e della disciplina di stampo europeo <sup>(6)</sup>. Si è quindi constatato come il fine più intimo del vaglio giudiziale di meritevolezza consista nel ripristino dell'equilibrio della contrattazione (i) a fronte della circostanza che un vantaggio ingiusto e sproporzionato sia stato attribuito ad una parte in danno dell'altra; (ii) del fatto che una parte sia stata posta in una posizione di soggezione rispetto all'altra; (iii) del caso che qualcuno abbia costretto qualcun altro a tenere delle condotte contrarie ai superiori doveri di solidarietà sociale garantiti dall'art. 2 della nostra Costituzione <sup>(7)</sup> i quali, secondo la giurisprudenza ad oggi prevalente, trovano ingresso nel contratto per mezzo della clausola di buona fede <sup>(8)</sup>.

Infine, nel terzo capitolo, si è accertato come il principio della rilevanza dell'equilibrio contrattuale, lungi dal costituire un'invenzione della nostra giurisprudenza, abbia ormai assunto un rilievo preponderante nell'attuale normazione nazionale, internazionale e sovranazionale anche al di fuori delle ipotesi contemplate dalle tradizioni dei codici continentali <sup>(9)</sup>.

Alla luce delle considerazioni sin qui operate, lo stato dell'arte dei rapporti intercorrenti tra causa concreta, meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale va composto nel senso di sottoporre un contratto eccessivamente squilibrato, frutto dell'abuso di una parte in danno dell'altra, al sindacato di meritevolezza degli interessi ex art. 1322, c.c., comma 2; quest'ultimo ha ad oggetto la causa concreta ed il fine di riequilibrare un assetto di interessi che

---

<sup>(4)</sup> Poiché in un ordinamento di stampo liberale non è accettabile un surrettizio direzionamento della contrattazione verso dei fini super-individuali.

<sup>(5)</sup> A tal fine si rinvia alle considerazioni elaborate nel corso del secondo capitolo.

<sup>(6)</sup> Il lettore più attento si interrogherà a questo punto sulle differenze intercorrenti tra siffatta prospettiva e quella che identifica meritevolezza degli interessi nell'utilità sociale. Il discrimine risulta con evidenza in BARCELLONA, *Della causa: il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 565, in cui si spiega che la funzione sociale di Betti consisteva nella conformazione del contratto alle relazioni che venivano maturando nel tessuto sociale in ragione dell'evolversi dell'economia; essa non aveva dunque mai di mira il trattamento che il singolo contraente poteva ricevere in ragione del sussistere di un'asimmetria informativa o di una debolezza sul piano negoziale.

<sup>(7)</sup> In particolar modo, viene a rilievo a questo riguardo il principio di solidarietà e non prevaricazione.

<sup>(8)</sup> In ottemperanza quindi ad un'interpretazione costituzionalmente orientata del canone di buona fede. A tal fine, si vedano in particolare le considerazioni svolte al Cap. II, Sez. III.

<sup>(9)</sup> V. cap. III, par. 2.

appaia “sperequato”. In questo senso, detto istituto è oggi annoverabile, a pieno titolo, tra gli strumenti posti a tutela del contraente debole. Per suo tramite la giurisprudenza ha introdotto <sup>(10)</sup> un formidabile strumento di controllo dell’equilibrio negoziale dell’operazione economica che prescinde dallo *status* dei soggetti contraenti o dal particolare settore in cui interviene la contrattazione consentendo così un superamento dei forti particolarismi e della spiccata settorialità della disciplina di stampo europeo posta a presidio della parte debole del rapporto negoziale <sup>(11)</sup>. La premessa da cui muove il ragionamento delle Corti è la stessa che ha spinto il legislatore dell’Unione ed i redattori dei principi europei di diritto dei contratti: segnatamente la constatazione che un eccessivo squilibrio della contrattazione derivi o da un’asimmetria informativa o da una disparità di potere economico. Il vaglio giudiziale di meritevolezza ha il fine di colmare questo *deficit* consentendo al giudice di intervenire sull’operazione economica in una maniera pressoché chirurgica rimuovendo e sostituendo le clausole contrattuali che, a cagione della loro iniquità, risultino il frutto di un abuso perpetrato da una parte in danno dell’altra. Questa constatazione è emersa più volte nel corso della presente trattazione <sup>(12)</sup> specie dalla giurisprudenza in tema di clausola *claims made* ove le Corti, sussistendone i presupposti, nello statuire l’immeritevolezza, hanno limitato in estensione l’efficacia della declaratoria di nullità che ad essa consegue proprio al fine di far salvo il contratto nella sua interezza di modo da evitare pericolosi vuoti di copertura alla persona dell’assicurato.

Ciò detto, siffatto utilizzo del sindacato di meritevolezza desta delle perplessità e spinge a chiedersi quale sia il limite di un intervento eteronomo su un regolamento negoziale privato: ci si chiede cioè fino a che punto lo scopo di tutelare il contraente debole giustifichi una declaratoria giudiziale di immeritevolezza; come distinguere lo squilibrio sindacabile da quello non sindacabile; quale sia il ruolo della parte debole in tutto questo ed in particolare se la medesima possa legittimamente impedire che un soggetto esterno modifichi o dichiari l’inefficacia del contratto o di una sua singola clausola. Non è affatto semplice dare risposta a questi interrogativi la cui risoluzione, per certi versi, viene a dipendere da fattori ideologici più che giuridici. Certo è che l’attuale stato dell’arte risulta connotato da una perenne incertezza. Gli stessi criteri sulla cui base operare la valutazione di meritorietà del negozio risultano allo stato attuale eccessivamente vaghi ed indefiniti venendosi così a scontrare

---

<sup>(10)</sup> Concettualmente sarebbe più corretto parlare di riscoperta e non di introduzione dato che la clausola ex art. 1322, comma 2, del Codice civile è vecchia quanto il Codice che la contiene. Utilizzo tuttavia il termine introdurre perché l’applicazione fatta dalla giurisprudenza del suddetto istituto è praticamente inedita alla sua storia.

<sup>(11)</sup> Nella *claims made*, ad esempio, oggetto delle attenzioni dei giudici è un soggetto – un libero professionista – che ai sensi del Codice del consumo non meriterebbe delle tutele specifiche. Un famoso autore, riferendosi a siffatta categoria, utilizza l’espressione “libero professionista in senso domestico”.

<sup>(12)</sup> v. Cap. II, Sez. II, par. 4.2.5.

con una delle principali necessità del mondo della contrattazione e del libero scambio: il principio di certezza del diritto e di tendenziale stabilità dei negozi. Si noti inoltre come la censura di immeritevolezza si risolva spesso, più che in una valutazione oggettiva ed imparziale sul regolamento negoziale, in un giudizio circa il comportamento tenuto da uno dei contraenti nell'ambito della negoziazione: un meccanismo che viene a confliggere con il principio di non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità e che rischia di mutare il ruolo tradizionalmente ricoperto dalla clausola della buona fede (sempre che tale mutazione non sia già avvenuta) <sup>(13)</sup>. In questo senso la giurisprudenza sembrerebbe contraddire se stessa confermando la piena validità di un principio, in astratto, e negandone la rilevanza, in concreto.

---

<sup>(13)</sup> Cap. II, Sez. I, par. 5.

## Bibliografia

### Libri, enciclopedie e trattati

ALPA, *Contratto e common law*, Padova, Cedam, 1987;

ALPA, DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, Padova, Cedam, 2005;

ALPA, *Il diritto dei consumi*, Roma-Bari, Laterza, 2002;

ALPA, *La causa ed il tipo*, in *i contratti in generale*, a cura di Enrico Gabrielli, I, Torino, Wolters Kluwer, 2006;

BARCELLONA, *Della causa: Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Milano, Wolters Kluwer, 2015;

BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Milano, Wolters Kluwer, 2017;

BENACCHIO, *Diritto privato della Unione Europea, fonti modelli e regole*, Milano, Wolters Kluwer, 2016;

BETTI, *Teoria del Negozio Giuridico*, in *Trattato Vassalli*, Torino, Unione tipografica torinese, 1960;

BIANCA., *Diritto civile, 3, Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2000;

BIANCHINI, *Commento sub art. 1469-quinquies*, in Barengi, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel Codice civile*, Napoli, Jovene, 1996;

BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, Torino, Giappichelli, 1997;

BOCCHINI, QUADRI, *Diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2016;

CALASSO, *Il Negozio Giuridico*, Milano, Giuffrè, 1959;

CAMERO, DELLA VALLE, *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, Milano, Giuffrè, 1999;

- CARDILLO, voce *Buona fede*, in *Altalexpedia*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com);
- CARINGELLA, DE MARZO, *Manuale di Diritto Civile*, III, *il Contratto*, Milano, Giuffrè, 2008;
- CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, II, Milano, Giuffrè, 2003;
- COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti: un'analisi economica e comparata*, Torino, Giappichelli, 2004;
- COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica, tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti, Un'analisi comparata*, Torino, Giappichelli, 2004;
- COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, Giuffrè, 1981;
- GRAZIOSO, GRAZIOSO, BAJ, *Il condominio di edifici privati e di edilizia residenziale pubblica*, in *Il diritto dei consumatori*, Frosinone, Key, 2016;
- D'ANGELO, MONATERI, SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, Giappichelli, 2005;
- D'ANGELO, *Principi Unidroit e regole causalistiche*, in *I contratti in generale, Aggiornamento 1991-1998*, diretto da Alpa e Bessone, V. I, Torino, Giappichelli, 1999;
- DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, Cedam, 2002;
- DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto privato*, Messina-Milano, Casa Editrice G. Principato, 1937;
- DI BARTOLOMEO, *La violenza morale nei contratti*, Napoli, Esi, 1996;
- DI MAJO, voce *Causa nel negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, 1988;
- DI MARZIO, *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, in *Quaderni della rassegna di diritto civile diretta da Perlingieri*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2004;
- FERRARA JR., *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940;
- FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, Milano, Società Editrice Libreria, 1914;

- FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1966;
- GALGANO, *Il diritto privato tra codice e Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1979;  
GALGANO, *Prefazione dei fatti illeciti*, Padova, Cedam, 2008;
- GALGANO, *Tratt. dir. civ.*, II, Padova, Wolters Kluwer, 2009;
- GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013;
- GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, III, Firenze, Cammelli, 1925;
- GIORGIANNI, voce *Causa (d. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960;
- GORLA, *Il contratto: problemi fondamentali trattati con il metodo comparatistico e casistico*, I, Milano, Giuffrè, 1955;
- GRAZIUSO, *Commento sub artt. 33-34-35-36-38 cod. cons.*, in Italia V., *Codice del Consumo-Commento al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, Milano, Giuffrè, 2015;
- GUARINO A., *Diritto Privato Romano*, Napoli, Jovene, 2001;  
INIZIATARI, PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, in *il diritto degli affari*, a cura di Bruno Inziatari, Lavis, Cedam, 2008;
- IURILLI, *Manuale di diritto dei consumatori*, Torino, Giappichelli, 2005;
- MARIOTTI GUACCI, *La responsabilità civile nelle polizze di assicurazione*, Milano, 2004;
- MOTTA, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Nuovo digesto italiano*, III, Torino, 1938;
- NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica, Il contratto e il mercato*, Napoli, Jovene, 2004;
- NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, in ROPPO, BENEDETTI (a cura di), *Trattato dei contratti*, V, Milano, Giuffrè, 2014;
- NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, in *Studi di diritto civile diretti da Nicolò e Santoro-Passarelli*, Milano, Giuffrè, 1975;
- NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 1975;

- ORRÙ, *La rescissione del contratto*, Padova, Cedam, 1997;
- PATTI, *Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, in *I contratti in generali* a cura di Enrico Gabrielli, in *Tratt. contr.* diretto da Rescigno e Gabrielli, Milano, Wolters Kluwer, 2006;
- POTHIER, *Trattato della vendita*, Livorno, 1841;
- ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, in *Le monografie di contr. e impr.* serie diretta da Francesco Galgano, Padova, Cedam, 2008;
- ROMANO, *Presentazione a il diritto dei privati* di CESARINI-SFORZA, Milano, Giuffrè, 1963;
- ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, Giappichelli, 2011;
- ROTONDI, *La causa nei negozi giuridici (dal diritto intermedio al codice civile italiano)*, in *Studi di Diritto Privato*, VI, Padova, CEDAM, 1932;
- RUFFOLO, *La inefficacia delle clausole vessatorie*, in Ruffolo, *Clausole "vessatorie" e "abusiva". Gli artt. 1469-bis ss. cc. e i contratti del consumatore*, Milano, Giuffrè, 1997;
- GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, in *Il diritto privato oggi*, Milano, Giuffrè, 2010;
- RUSO, *Sull'equità dei contratti*, in *Quaderni della rassegna di diritto civile diretta da Pietro Perlingieri*, Napoli, Edizioni scientifiche, 2001;
- SACCO, *Il contratto*, in *tratt. dir. civ.*, diretto da Filippo Vassalli, Torino, Unione tipografica torinese, 1975;
- SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, Utet, 1993;
- SMITH, *Atiyah's Introduction to the law of contract*, in *Clarendon law series*, Oxford, Clarendon, 2005;
- STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1947;
- TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990;

TROPEA, *Il giudice amministrativo, giudice dell'economia*, in *L'intervento pubblico nell'economia* a cura di Cafagno e Manganaro (a 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana, studi a cura di Ferrara Sorace), Firenze, 2016;

GALGANO, voce *Lex mercatoria*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 2001.

## Riviste

AGNELLO, *L'autonomia negoziale: i limiti, la meritevolezza degli interessi e gli strumenti di tutela del contraente debole nelle asimmetrie informative*, in [www.ildiritto.it](http://www.ildiritto.it);

AIELLO, *Il controllo di meritevolezza delle clausole claims made nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Assicurazioni*, 2016, 3-4, 506;

ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio de rapporto*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 1182;

BALESTRA, *Il diritto dei contratti nello specchio della contemporaneità*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 2017, 4, 1127;

BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1908, I, 125;

BONUOMO, *L'inserimento in un contratto assicurativo di una clausola «claims made» determina la stipulazione di un contratto atipico, lecito*, in *Giur. it.*, 2006, 257;

CARASSALE, *La clausola claims made nelle polizze di responsabilità civile professionale*, in *danno resp.*, 2006, 5, 600;

CARNEVALI, *La clausola claims made e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità*, in *Contratti*, 2017, 4, 383;

CARNEVALI, *La clausola claims made nella sentenza delle sezioni unite*, in *Contratti*, 2016, 8-9, 753;

CASO, *Fondamento costituzionale del dovere di ospitalità*, in *rass. dir. civ.*, 2011, 3, 1002;

CASO, *Luci ed ombre della legge sull'abuso di dipendenza economica e sulla subfornitura industriale*, in [www.jus.unitn.it](http://www.jus.unitn.it)

CASO, PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 4, 725;

CONTINO, *Contratti misti, collegati, e meritevolezza degli interessi*, in *Giust. civ.*, VII-VIII, 2001, 1897;

CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo*, in *Banca borsa titoli*, 2016, II, 657;

COSENTINO, *Eteronomia giudiziale e contratto diseguale*, in [www.comparazioneDirittocivile.it](http://www.comparazioneDirittocivile.it),

COSTANZA, *For you for nothing o immeritevolezza – il commento*, in *Società*, VI, 2016, 721;

D'AIELLO, *Il controllo di meritevolezza delle clausole claims made nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Assicurazioni*, 2016, 3-4, 510;

D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione*, in *Contratti*, 2009, 7, 732;

DELFINI, *Controllo di meritevolezza ex art. 1322 c.c. e clausole claims made nella assicurazione r.c. professionale (d.m. Giustizia 22 settembre 2016)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 5, 893;

DI GREGORIO, *Contratto di assicurazione: la Cassazione al vaglio delle nuove tendenze*, in *Giur. it.*, 2006, 3;

DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, 211;

ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 Cost.*, in *Giur. cost.*, VII, 1962;

FERMEGLIA, *Le Sezioni Unite confermano sé stesse sulla natura della clausola claims made*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2017, 5, 622;

FERRARA, in *Foro it.*, 2017, 2013;

FERRI, *Il "Code Europeen des Contrats"*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 345;

FERRI, *Meritevolezza dell'interesse ed utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1971, 81;

- FERRI, *Morte e resurrezione della causa*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, I, 911;
- FERRIGNO, *L'uso giurisprudenziale del concetto di causa del contratto*, in *Contr. impr.*, 1985;
- GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997, 418;
- GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, 924;
- GAROFALO, *Meritevolezza degli interessi e correzione del contratto*, in *NGCC*, 2017, 1205;
- GAZZARA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 55;
- GAZZARA, *Sezioni Unite e clausola claims made – la meritevolezza della claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2016, 10, 929;
- GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 57;
- GENTILI, *Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto atipico*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1989, 234;
- GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 799;
- HAZAN, *sezioni unite e clausola claims made - la singolare vicenda della claims made, prima e dopo le sezioni unite ("piacer figlio d'affanno; gioia vana...")*, in *Danno e resp.*, 2016, 10, 929;
- IZZU, *La causa del contratto come funzione economico-individuale*, in *Giust. civ.*, 2007, 1988;
- IZZO, *Il dovere di solidarietà sociale e l'ospitalità del conduttore*, in *Corr. giur.*, 2010, I, 61;

LAMICELA, *La riscoperta del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. tra squilibrio e irrazionalità dello scambio contrattuale*, in *Edizionicafoscari.unive.it*, V, II, 2016, 211;

LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1985, 310;

LONGU, *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 3, 352;

RENDA, *Esito di contrattazione e abuso di dipendenza economica: un orizzonte più sereno o la consueta "pie in the sky" ?*, in *Riv. dir. impresa*, 2000, 283;

MAGNI, *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità*, in *Giur. it.*, 2011, 834;

MAGNI, *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità*, in *Giur. it.*, 2011, 834;

MAZZOLA, *La copertura assicurativa claims made: origine, circolazione del modello e sviluppi normativi*, *Eur. dir. priv.*, 2017, 3, 1013;

NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi: l'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2003, 981;

PALUMBO, *Un'occasione mancata per chiarire alcuni (tra i tanti) dubbi in materia di collegamento negoziale nel credito al consumo*, in *Giur. it.*, 2013, 2;

PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali*, in *Contr. impr.*, 2008, 4-5, 936;

PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di negozio giuridico*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 2010;

RISPOLI, *Clausole generali e regole settoriali*, in *Giur. it.*, 2013, 1813;

ROMEO, *Vessatorietà, atipicità e dubbia meritevolezza delle clausole claims made*, in *www.dirittocivilecontemporaneo.com*, 2016;

RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contr. Impr.*, 2009, 134;

SERRAIOTTO, *L'obbligo di rinegoziare il contratto divenuto squilibrato: l'influenza della buona fede, dell'art. 2 Cost. italiana e del diritto dell'Unione Europea. Analisi di recenti ipotesi applicative*, in *Lex social*, 2017, 7;

TONETTI, *Intesa anticoncorrenziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 4, 1315;

TUCCI, *Contratti misti, contratti collegati e meritevolezza degli interessi*, in *Giust. civ.*, VII-VIII, 2001, 1897;

PAMPANINI, *Principi generali di gestione della politica comunitaria dei prezzi*, in <http://www.agr.unipg.it>,

TUCCI, *Il contratto inadeguato e il contratto immeritevole*, in *Contr. impr.*, 2017, III, 921;

VERSACI, *Giudizio di meritevolezza e violazione di regole di condotta in materia di intermediazione finanziaria*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 6, 852;

VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 1;

VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 754;

VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 1, 50.

## **Giurisprudenza**

### **Corte Costituzionale**

Corte Cost., 13 gennaio 2004, n. 14;

Corte Cost. 1 aprile 2014, n. 64;

### **Consiglio di Stato**

Cons. Stato, Sez. cons., 20 dicembre 2014, n. 1160

### **Cassazione**

Cass. civ., Sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490;

Cass. civ., Sez. III, 6 giugno 1967, n. 1248;

Cass. civ., Sez. III, 10 marzo 1980, n. 1602;

Cass. civ., Sez. II, 9 ottobre 1991, n. 10612;

Cass. civ., Sez. II, 29 agosto 1998, n. 8611;

Cass. civ., Sez. I, 24 settembre 1999, n. 10511;

Cass. civ., Sez. I, 26 novembre 2002, n. 16658;

Cass. civ., Sez. III, 24 maggio 2003, n. 8253;

Cass. civ., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828;

Cass. civ., Sez. III, 6 febbraio 2004, n. 2288;

Cass. civ., Sez. III, 15 marzo 2005, n. 5624;

Cass. civ., Sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024;

Cass. civ., Sez. Unite, 19 dicembre 2007, n. 26724;

Cass. civ., Sez. Unite, 19 dicembre 2007, n. 26725;

Cass. civ., Sez. II, 28 aprile 2008, n. 10798;

Cass. civ., Sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24795;

Cass. civ., Sez. III, 19 giugno 2009, n. 14343;

Cass. civ., Sez. III, 10 novembre 2009, n. 23741;

Cass. civ., Sez. III, 7 aprile 2010, n. 8235;

Cass. civ., Sez. Unite, 7 luglio 2010, n. 16035;

Cass. civ. Sez. I, 11 febbraio 2011, n. 3392;

Cass. civ., Sez. I, 3 febbraio 2012, n. 1584;  
Cass. civ., Sez. I, 20 settembre 2013, n. 21600;  
Cass. civ., Sez. VI, 21 ottobre 2013, n. 23873;  
Cass. civ., Sez. III, 17 febbraio 2014, n. 3622;  
Cass. civ., Sez. I, 10 aprile 2014, n. 8462;  
Cass. civ., Sez. I, 7 agosto 2014, n. 17783;  
Cass. civ., Sez. I, 22 luglio 2015, n. 15370;  
Cass. civ., Sez. VI, 30 settembre 2015, n. 19559;  
Cass. civ., Sez. I, 10 novembre 2015, n. 22950;  
Cass. civ., Sez. I, 15 febbraio 2016, n. 2900;  
Cass., Sezioni Unite, 6 maggio 2016, n. 9140;  
Cass. civ., Sez. I, 26 maggio 2016, n. 10942;  
Cass. civ., Sez. I, 23 dicembre 2016, n. 26948;  
Cass. civ., Sez. III, 28 aprile 2017, n. 10506;  
Cass. civ., Sez. III, 28 aprile 2017, n. 10509.

### **Corti di merito**

App. Napoli 28 febbraio 2011;  
App. Salerno, 11 gennaio 2012;  
App. Salerno, 30 settembre 2009;  
App. Torino, 14 luglio 2016;  
Trib. Bologna 10 febbraio 2002, n. 3318;

Trib. Bologna, 12 agosto 2016;  
Trib. Brindisi, 21 giugno 2005;  
Trib. Brindisi, 4 giugno 2009;  
Trib. Cagliari, 8 gennaio 2014;  
Trib. Casale Monferrato 25 febbraio 1997;  
Trib. Crotone 8 novembre 2004;  
Trib. Genova 8 aprile 2008;  
Trib. Genova, 27 luglio 2016;  
Trib. Milano 5 luglio 2005;  
Trib. Milano, 18 maggio 2017;  
Trib. Milano, 28 aprile 1990;  
Trib. Monza 16 giugno 2016;  
Trib. Monza, 19 gennaio 1982;  
Trib. Napoli, 20 giugno 2016;  
Trib. Genova, 1 giugno 2016;  
Trib. Roma 10 aprile 2013;  
Trib. Roma, 19 dicembre 2016;  
Trib. Roma, 25 gennaio 2017;  
Trib. Salerno, 12 aprile 2007;  
Trib. Salerno, 20 febbraio 2015;  
Trib. Treviso 10 giugno 2016.

## The Student Paper Series of the Trento Lawtech Research Group is published since Fall 2010

<http://www.lawtech.jus.unitn.it/index.php/student-paper-series?start=1>

### Freely downloadable papers already published:

#### STUDENT PAPER N. 41

##### **Graffiti, street art e diritto d'autore: un'analisi comparata**

Giordani, Lorenza (2018), Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 41. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-809-6

---

#### STUDENT PAPER N. 40

##### **Volo da diporto o sportivo e responsabilità civile per l'esercizio di attività pericolose**

Maestrini, Mattia (2018), Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 40. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-784-6

---

#### STUDENT PAPER N. 39

##### **“Attorno al cibo”. Profili giuridici e sfide tecnologiche dello Smart Packaging in campo alimentare**

Bordetto, Matteo (2018), Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 39. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-795-2

---

#### STUDENT PAPER N. 38

##### **Kitesurf e responsabilità civile**

Ruggiero, Maria (2018), Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 38. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-793-8

---

#### STUDENT PAPER N. 37

##### **Giudicare e rispondere. La responsabilità civile per l'esercizio della giurisdizione in Italia, Israele e Spagna**

MENEGHETTI HISKENS, SARA (2017), Giudicare e rispondere. La responsabilità civile per l'esercizio della giurisdizione in Italia, Israele e Spagna, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 37. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-778-5

---

**STUDENT PAPER N. 36****Il diritto in immersione: regole di sicurezza e responsabilità civile nella subacquea**

CAPUZZO, MARTINA (2017), Il diritto in immersione: regole di sicurezza e responsabilità civile nella subacquea, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 36. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-775-4

---

**STUDENT PAPER N. 35****La privacy by design: un'analisi comparata nell'era digitale**

BINCOLETTO, GIORGIA (2017), La privacy by design: un'analisi comparata nell'era digitale, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 35. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-733-4

---

**STUDENT PAPER N. 34****La dimensione giuridica del Terroir**

BERTINATO, MATTEO (2017), La dimensione giuridica del Terroir, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 34. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-728-0

---

**STUDENT PAPER N. 33****La gravità del fatto nella commisurazione del danno non patrimoniale: un'indagine (anche) nella giurisprudenza di merito**

MARISELLI, DAVIDE (2017), La gravità del fatto nella commisurazione del danno non patrimoniale: un'indagine (anche) nella giurisprudenza di merito, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 33. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-727-3

---

**STUDENT PAPER N. 32****«Edible insects». L'Entomofagia nel quadro delle nuove regole europee sui novel foods**

TASINI FEDERICO (2016), «Edible insects». L'Entomofagia nel quadro delle nuove regole europee sui novel foods = «Edible Insects»: Entomophagy in light of the new European

Legislation on novel Foods, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 32. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-709-9

---

**STUDENT PAPER N. 31**

**L'insegnamento dello sci: responsabilità civile e assicurazione per danni ad allievi o a terzi**

TAUFER FRANCESCO (2016), L'insegnamento dello sci: responsabilità civile e assicurazione per danni ad allievi o a terzi, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 31. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-697-9

---

**STUDENT PAPER N. 30**

**Incrocio tra Contratti e Proprietà Intellettuale nella Innovazione Scientifica e tecnologica: il Modello del Consortium Agreement europeo**

MAGGIOLO ANNA (2016), Incrocio tra Contratti e Proprietà Intellettuale nella Innovazione Scientifica e tecnologica: il Modello del Consortium Agreement europeo, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 30. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-696-2

---

**STUDENT PAPER N. 29**

**La neutralità della rete**

BIASIN ELISABETTA (2016) La neutralità della rete, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 29. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-693-1

---

**STUDENT PAPER N. 28**

**Negotiation Bases and Application Perspectives of TTIP with Reference to Food Law**

ACERBI GIOVANNI (2016) Negotiation Bases and Application Perspectives of TTIP with Reference to Food Law. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 28. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-563-7

---

## **STUDENT PAPER N. 27**

### **Privacy and Health Data: A Comparative analysis**

FOGLIA CAROLINA (2016) Privacy and Health Data: A Comparative analysis. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 27. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-546-0

---

## **STUDENT PAPER N. 26**

### **Big Data: Privacy and Intellectual Property in a Comparative Perspective**

SARTORE FEDERICO (2016) Big Data: Privacy and Intellectual Property in a Comparative Perspective. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 26. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-534-7

---

## **STUDENT PAPER N. 25**

**Leggere (nel)la giurisprudenza: 53 sentenze inedite in tema di responsabilità civile nelle analisi di 53 annotatori in formazione = Reading (in) the caselaw: 53 unpublished judgements dealing with civil liability law analyzed with annotations and comments by 53 students during their civil law course**

REMO ANDREOLLI, DALILA MACCIONI, ALBERTO MANTOVANI, CHIARA MARCHE'TTO, MARIASOLE MASCHIO, GIULIA MASSIMO, ALICE MATTEOTTI, MICHELE MAZZETTI, PIERA MIGNEMI, CHIARA MILANESE, GIACOMO MINGARDO, ANNA LAURA MOGETTA, AMEDEO MONTI, SARA MORANDI, BENEDETTA MUNARI, EDOARDO NADALINI, SERENA NANNI, VANIA ODORIZZI, ANTONIA PALOMBELLA, EMANUELE PASTORINO, JULIA PAU, TOMMASO PEDRAZZANI, PATRIZIA PEDRETTI, VERA PERRICONE, BEATRICE PEVARELLO, LARA PIASERE, MARTA PILOTTO, MARCO POLI, ANNA POLITO, CARLO ALBERTO PULEJO, SILVIA RICCAMBONI, ROBERTA RICCHIUTI, LORENZO RICCO, ELEONORA RIGHI, FRANCESCA RIGO, CHIARA ROMANO, ANTONIO ROSSI, ELEONORA ROTOLA, ALESSANDRO RUFFINI, DENISE SACCO, GIULIA SAKAZI, CHIARA SALATI, MATTEO SANTOMAURO, SILVIA SARTORI, ANGELA SETTE, BIANCA STELZER, GIORGIA TRENTINI, SILVIA TROVATO, GIULIA URBANIS, MARIA CRISTINA URBANO, NICOL VECCARO, VERONICA VILLOTTI, GIULIA VISENTINI, LETIZIA ZAVATTI, ELENA ZUCCHI (2016) Leggere (nel)la giurisprudenza: 53 sentenze inedite in tema di responsabilità civile nelle analisi di 53 annotatori in formazione = Reading (in) the caselaw: 53 unpublished judgements dealing with civil liability law analyzed with annotations and comments by 53 students during their civil law course. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 25. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-626-9

---

**STUDENT PAPER N. 24**

**La digitalizzazione del prodotto difettoso: stampa 3D e responsabilità civile= The Digital Defective Product: 3D Product and Civil Liability**

CAERAN, MIRCO (2016) *La digitalizzazione del prodotto difettoso: stampa 3D e responsabilità civile = The Digital Defective Product: 3D Product and Civil Liability*. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 24. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-663-4

---

**STUDENT PAPER N. 23**

**La gestione della proprietà intellettuale nelle università australiane = Intellectual Property Management in Australian Universities**

CHIARUTTINI, MARIA OTTAVIA (2015) *La gestione della proprietà intellettuale nelle università australiane = Intellectual Property Management in Australian Universities*. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 23. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-626-9

---

**STUDENT PAPER N. 22**

**Trasferimento tecnologico e realtà locale: vecchie problematiche e nuove prospettive per una collaborazione tra università, industria e territorio = Technology Transfer and Regional Context: Old Problems and New Perspectives for a Sustainable Co-operation among University, Entrepreneurship and Local Economy**

CALGARO, GIOVANNI (2013) *Trasferimento tecnologico e realtà locale: vecchie problematiche e nuove prospettive per una collaborazione tra università, industria e territorio*. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 22. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-525-5

---

**STUDENT PAPER N. 21**

**La responsabilità dell'Internet Service Provider per violazione del diritto d'autore: un'analisi comparata = Internet Service Provider liability and copyright infringement: a comparative analysis.**

IMPERADORI, ROSSELLA (2014) *La responsabilità dell'Internet Service Provider per violazione del diritto d'autore: un'analisi comparata*. Trento Law and Technology Research Group. Student Paper; 21. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-572-9

---

**STUDENT PAPER N. 20**

**Open innovation e patent: un'analisi comparata = Open innovation and patent: a comparative analysis**

PONTI, STEFANIA (2014) *Open innovation e patent: un'analisi comparata*. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 20. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-573-6

---

**STUDENT PAPER N. 19**

**La responsabilità civile nell'attività sciistica**

CAPPA, MARISA (2014) *La responsabilità civile nell'attività sciistica = Ski accidents and civil liability*. Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series, 19. Trento: Università degli Studi di Trento.

---

**STUDENT PAPER N. 18**

**Biodiversità agricola e tutela degli agricoltori dall'Hold-Up brevettuale: il caso degli OGM**

TEBANO, GIANLUIGI (2014) *Biodiversità agricola e tutela degli agricoltori dall'Hold-Up brevettuale: il caso degli OGM = Agricultural Biodiversity and the Protection of Farmers from patent Hold-Up: the case of GMOs*. Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 18. Trento: Università degli Studi di Trento.

---

**STUDENT PAPER N. 17**

**Produrre e nutrirsi "bio": analisi comparata del diritto degli alimenti biologici**

MAFFEI, STEPHANIE (2013) *Produrre e nutrirsi "bio" : analisi comparata del diritto degli alimenti biologici = Producing and Eating "Bio": A Comparative Analysis of the Law of Organic Food*. Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 17. Trento: Università degli Studi di Trento.

---

**STUDENT PAPER N. 16**

**La tutela delle indicazioni geografiche nel settore vitivinicolo: un'analisi comparata = The Protection of Geographical Indications in the Wine Sector: A Comparative Analysis**

SIMONI, CHIARA (2013) *La tutela delle indicazioni geografiche nel settore vitivinicolo: un'analisi comparata*. The Trento Law and Technology Research Group. Student Papers Series; 16. Trento: Università degli Studi di Trento. Facoltà di Giurisprudenza.

This paper is published in the Trento Law and Technology Research Group - Student Paper Series Electronic copy available at: <http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00004292/> 142.

---

#### **STUDENT PAPER N. 15**

##### **Regole di sicurezza e responsabilità civile nelle attività di mountain biking e downhill montano**

SALVADORI, IVAN (2013) Regole di sicurezza e responsabilità civile nelle attività di mountain biking e downhill montano. Trento Law and Technology Research Group. Student Paper; 15. Trento: Università degli Studi di Trento.

---

#### **STUDENT PAPER N. 14**

##### **Plagio, proprietà intellettuale e musica: un'analisi interdisciplinare**

VIZZIELLO, VIVIANA (2013) Plagio, proprietà intellettuale e musica: un'analisi interdisciplinare. Trento Law and Technology Research Group. Student Paper; 14. Trento: Università degli Studi di Trento.

---

#### **STUDENT PAPER N. 13**

##### **The Intellectual Property and Open Source Approaches to Biological Material**

CARVALHO, ALEXANDRA (2013) The Intellectual Property and Open Source Approaches to Biological Material. Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 13. Trento: Università degli Studi di Trento.

---

#### **STUDENT PAPER N. 12**

##### **Per un'archeologia del diritto alimentare: 54 anni di repertori giurisprudenziali sulla sicurezza e qualità del cibo (1876-1930)**

TRESTINI, SILVIA (2012) Per un'archeologia del diritto alimentare: 54 anni di repertori giurisprudenziali sulla sicurezza e qualità del cibo (1876-1930) = For an Archeology of Food Law: 54 Years of Case Law Collections Concerning the Safety and Quality of Food (1876-1930). The Trento Law and Technology Research Group. Student Papers Series, 12.

This paper is published in the Trento Law and Technology Research Group - Student Paper Series Electronic copy available at: <http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00004292/> 143.

---

#### **STUDENT PAPER N. 11**

## **Dalle Alpi ai Pirenei: analisi comparata della responsabilità civile per attività turistico-ricreative legate alla montagna nel diritto italiano e spagnolo**

PICCIN, CHIARA (2012) Dalle Alpi ai Pirenei: analisi comparata della responsabilità civile per attività turistico-ricreative legate alla montagna nel diritto italiano e spagnolo = From the Alps to the Pyrenees: Comparative Analysis of Civil Liability for Mountain Sport Activities in Italian and Spanish Law. The Trento Law and Technology Research Group. Student Papers Series, 11

---

### **STUDENT PAPER N. 10**

#### **Copynorms: Norme Sociali e Diritto d'Autore**

PERRI, THOMAS (2012) Copynorms: Norme Sociali e Diritto d'Autore = Copynorms: Social Norms and Copyright. Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series, 10

---

### **STUDENT PAPER N. 9**

#### **L'export vitivinicolo negli Stati Uniti: regole di settore e prassi contrattuali con particolare riferimento al caso del Prosecco**

ALESSANDRA ZUCCATO (2012), L'export vitivinicolo negli Stati Uniti: regole di settore e prassi contrattuali con particolare riferimento al caso del Prosecco = Exporting Wines to the United States: Rules and Contractual Practices with Specific Reference to the Case of Prosecco Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 9)

---

### **STUDENT PAPER N.8**

#### **Equo compenso e diritto d'autore: un'analisi comparata = Fair Compensation and Author's Rights: a Comparative Analysis.**

RUGGERO, BROGI (2011) Equo compenso e diritto d'autore: un'analisi comparata = Fair Compensation and Author's Rights: a Comparative Analysis. Trento: Università degli Studi di Trento (TrentoLawand Technology Research Group. Student Papers Series, 8)

This paper is published in the Trento Law and Technology Research Group - Student Paper Series Electronic copy available at: <http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00004292/>

144

---

### **STUDENT PAPER N.7**

#### **Evoluzione tecnologica e mutamento del concetto di plagio nella musica**

TREVISA, ANDREA (2012) Evoluzione tecnologica e mutamento del concetto di plagio nella musica = Technological evolution and change of the notion of plagiarism in music Trento:

---

**STUDENT PAPER N.6**

**Il trasferimento tecnologico università-imprese: profili giuridici ed economici**

SIRAGNA, SARA (2011) Il trasferimento tecnologico università-imprese: profili giuridici ed economici = University-Enterprises Technological Transfer: Legal and Economic issues Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 6)

---

**STUDENT PAPER N.5**

**Conciliare la responsabilità medica: il modello "generalista" italiano a confronto col modello "specializzato" francese**

GUERRINI, SUSANNA (2011) Conciliare la responsabilità medica: il modello "generalista" italiano a confronto col modello "specializzato" francese = Mediation & Medical Liability: The Italian "General Approach" Compared to the Specialized Model Applied in France Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 5)

---

**STUDENT PAPER N.4**

**"Gun Control" e Responsabilità Civile: una comparazione fra Stati Uniti e Italia**

PODETTI, MASSIMILIANO (2011) "Gun Control" e Responsabilità Civile: una comparazione fra Stati Uniti e Italia = Gun Control and Tort Liability: A Comparison between the U.S. and Italy Trento: Università degli Studi di Trento. (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 4)

This paper is published in the Trento Law and Technology Research Group - Student Paper Series Electronic copy available at: <http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00004292/>

145

---

**STUDENT PAPER N.3**

**Smart Foods e Integratori Alimentari: Profili di Regolamentazione e Responsabilità in una comparazione tra Europa e Stati Uniti**

TOGNI, ENRICO (2011) Smart Foods e Integratori Alimentari: Profili di Regolamentazione e Responsabilità in una comparazione tra Europa e Stati Uniti = Smart Foods and Dietary Supplements: Regulatory and Civil Liability Issues in a Comparison between Europe and United States Trento: Università degli Studi di Trento - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series; 3)

---

**STUDENT PAPER N.2****Il ruolo della responsabilità civile nella famiglia: una comparazione tra Italia e Francia**

SARTOR, MARTA (2010) Il ruolo della responsabilità civile nella famiglia: una comparazione tra Italia e Francia = The Role of Tort Law within the Family: A Comparison between Italy and France Trento: Università degli Studi di Trento - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series; 2)

---

**STUDENT PAPER N.1****Tecnologie belliche e danno al proprio combattente: il ruolo della responsabilità civile in una comparazione fra il caso statunitense dell'Agent Orange e il caso italiano dell'uranio impoverito**

RIZZETTO, FEDERICO (2010) Tecnologie belliche e danno al proprio combattente: il ruolo della responsabilità civile in una comparazione fra il caso statunitense dell'Agent Orange e il caso italiano dell'uranio impoverito = War Technologies and Home Soldiers Injuries: The Role of Tort Law in a Comparison between the American "Agent Orange" and the Italian "Depleted Uranium" Litigations Trento: Università degli Studi di Trento - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series; 1)